

Sygn. akt: KIO 995/12

WYROK
z dnia 1 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**
 Honorata Łopianowska
 Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2012 r. i 1 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **konsorcjum w składzie: Iberdrola Engineering and Construction Poland sp. z o. o., Iberdrola Ingeniería y Construcción S.A.U., Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Bels Investment sp. z o.o., ul. Obrońców Pokoju 2B, 58-500 Jelenia Góra,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum w składzie **Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 995/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum w składzie Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego pochodzenie towarów oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania obciąża **Bels Investment sp. z o.o., ul. Obrońców Pokoju 2B, 58-500 Jelenia Góra, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **konsorcjum w składzie: Iberdrola Engineering and Construction Poland sp. z o. o., Iberdrola Ingeniería y Construcción S.A.U., Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Bels Investment sp. z o.o., ul. Obrońców Pokoju 2B, 58-500 Jelenia Góra** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **konsorcjum w składzie: Iberdrola Engineering and Construction Poland sp. z o. o., Iberdrola Ingeniería y Construcción S.A.U., Al. Niepodległości 69, 02-626 Warszawa**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Bels Investment sp. z o.o. z siedzibą w Jeleniej Górze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w przedmiocie: „Budowa farmy wiatrowej WICKO o mocy 40 MW wraz z dostawą turbin”. W dniu 24 października 2011 r. zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2011/S 147838.

Odwołujący: konsorcjum w składzie: Iberdrola Engineering and Construction Poland sp. z o. o., Iberdrola Ingeniería y Construcción S.A.U. z siedzibą lidera w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: ALDESA NOWA ENERGIA sp. z o.o., ALDESA CONSTRUCCIONES S.A. (Madryt) z siedzibą lidera w Krakowie (zwane dalej „Konsorcjum ALDESA”);
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum ALDESA;
- 3) uznaniu za skuteczne zastrzeżenia przez Konsorcjum ALDESA tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechaniu odtajnienia zastrzeżonych informacji zawartych w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp” :

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 83 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp przez uznanie, iż treść oferty Konsorcjum ALDESA odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „siwz”), pomimo że jest to oferta wariantowa ze względu na zmianę sposobu rozliczeń ustalonego w siwz, w której zamawiający nie dopuścił takiej możliwości;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez bezprawne i bezzasadne uznanie, iż treść oferty Konsorcjum ALDESA odpowiada treści siwz, a w rezultacie zaniechanie odrzucenia tej oferty i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że:
 - a) Konsorcjum ALDESA zastrzegło w ofercie dodatkowe, prowizyjne wynagrodzenie (str. 201, 204 i 205 oferty Aldesa), pomimo że zamawiający nie przewidział w siwz takiej możliwości,
 - b) wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez Konsorcjum ALDESA jest inny niż wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez zamawiającego, przez co Mierzona Średnia Dostępność (MAA) Turbin, mierzona według wzoru Konsorcjum ALDESA będzie inna niż Mierzona Średnia Dostępność

- Turbin (MAA) uzyskana w takiej samej sytuacji przy zastosowaniu wzoru zamawiającego, co stanowi rażące odstępstwo od wymagań siwz,
- c) Mierzona Średnia Dostępność (MAA) w ofercie Konsorcjum ALDESA została wyliczona z uwzględnieniem średniej dostępności turbin, a nie jak wymagał zamawiający na podstawie łącznej dostępności całej infrastruktury elektrycznej oraz wszystkich urządzeń zlokalizowanych na farmie wiatrowej,
- d) Harmonogram rzeczowo-finansowy załączony do oferty Konsorcjum ALDESA jest niezgodny z pkt 10.19 ppkt VI siwz oraz załącznikiem nr 2 do siwz,
- 3) art. 138c ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ALDESA z powodu niezłożenia oświadczenia lub innego dokumentu potwierdzającego, iż udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50% pomimo, iż w pkt 10.16 w zw. z pkt 10.20 siwz zamawiający wyraźnie zastrzegł, że ofertę taką odrzuci;
- 4) art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ALDESA do wyjaśnienia treści oferty w zakresie:
- wzoru obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowanego przez Konsorcjum ALDESA;
 - Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin w ofercie Konsorcjum ALDESA obliczonej z uwzględnieniem średniej dostępności turbin, a nie jak wymagał zamawiający na podstawie łącznej dostępności całej infrastruktury elektrycznej oraz wszystkich urządzeń zlokalizowanych na farmie wiatrowej.
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez nieuprawnione przyjęcie, że oferta Konsorcjum ALDESA nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz, z ostrożności procesowej (jako że złożone wyjaśnienia w tym zakresie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa), uznanie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny za wystarczające, pomimo niezłączenia dowodów, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub z powodu niezłożenia wyjaśnień;
- 6) art. 8 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), poprzez wadliwe przyjęcie, że wyjaśnienia Konsorcjum ALDESA z dnia 27 kwietnia 2012 r. dotyczące rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia z dnia 9 maja

2012 r. dotyczące informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, które nie mogą być ujawnione, a w konsekwencji ograniczenie dostępu i zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w ofercie, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy wskazane informacje tajemnicy takiej nie stanowią;

- 7) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ALDESA, pomimo zaistnienia ku temu przesłanek oraz poprzez uniemożliwienie wglądu w treść oferty, w zakresie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i poddania ich treści weryfikacji przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenia ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum ALDESA i w konsekwencji:

- a) odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zawartych w wyjaśnieniach Konsorcjum ALDESA z dnia 27 kwietnia 2012 r. dotyczących rażąco niskiej ceny i wyjaśnieniach z dnia 9 maja 2012 r. dotyczących informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,
- b) odrzucenia oferty Konsorcjum ALDESA,
- c) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł także o powołanie biegłego sądowego z zakresu elektryki i energetyki przemysłowej na okoliczność, że oferta Konsorcjum ALDESA jest sprzeczna z treścią siwz bowiem:

- 1) wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez Aldesa jest inny niż wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez Zamawiającego, przez co Mierzona Średnia Dostępność (MAA) Turbin, mierzona według wzoru Aldesa, będzie inna niż Mierzona Średnia Dostępność Turbin (MAA) uzyskana w takiej samej sytuacji przy zastosowaniu wzoru Zamawiającego, co stanowi rażące odstępstwo od wymagań zamawiającego;
- 2) Mierzona Średnia Dostępność (MAA) w ofercie Konsorcjum ALDESA została wyliczona z uwzględnieniem średniej dostępności turbin, a nie jak wymagał zamawiający na podstawie łącznej dostępności całej infrastruktury elektrycznej oraz wszystkich urządzeń zlokalizowanych na farmie wiatrowej.

Odwołujący wyjaśnił, iż w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców, tj. odwołujący, Konsorcjum ALDESA, Neue Energien GmbH z siedzibą

w Dresden. Zamawiający nie wykluczył żadnego z wykonawców i żadna oferta nie została odrzucona. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum ALDESA. W ramach oceny ofert odwołujący uzyskał drugą pozycję w rankingu. Ponadto odwołujący podniósł następujące okoliczności.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (dotyczący dostępności)

Na skutek pytania nr 12 z listy pytań z dnia 27 lutego 2012 r. dotyczącego sposobu obliczania mierzonej średniej dostępności dla potrzeb gwarancji dostępności z pkt 1 Załącznika nr 4 zamawiający dokonał modyfikacji pierwotnego zapisu i nadał mu następujące brzmienie: „Wykonawca gwarantuje, że Mierzona Średnia Dostępność ("MAA") będzie nie niższa niż Gwarantowana Średnia Dostępność ("WAA"). W AA wynosi co najmniej 95% w każdym okresie produkcyjnym w Okresie Gwarancyjnym, za wyjątkiem: (i) trzech pierwszych miesięcy pierwszego okresu produkcyjnego, kiedy WAA wynosi co najmniej 91% albo (ii) całego pierwszego okresu produkcyjnego, kiedy WAA wynosi co najmniej 94%".

Ponadto, udzielając odpowiedzi na pytanie dotyczące treści siwz nr 12 dotyczącego sposobu obliczania mierzonej średniej dostępności dla potrzeb gwarancji dostępności z pkt 1 Załącznika nr 4 do siwz, zamawiający wyjaśnił, iż „Generator turbiny wiatrowej nie będzie uznawany za dostępny podczas przeprowadzania konserwacji, kiedy generator turbiny gazowej został zatrzymany przez użycie przycisku awaryjnego blokującego łopaty lub gdy generator został wprowadzony w tryb 'pauzy' z jakiegokolwiek powodu lub w trakcie Konserwacji".

W złożonej ofercie Konsorcjum ALDESA zachowało sobie prawo do 100 godzin na serwisowanie turbin wiatrowych i wliczyło te godziny do obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności ("WAA") - strona 201 oferty (definicja serwisu turbiny wiatrowej).

Zamawiający udzielając odpowiedzi na ww. pytanie nr 12 zastrzegł warunki dyspozycyjności i wskazał na zdarzenia podczas, których generator turbiny wiatrowej jest dostępny i powinny być uwzględnione w Godzinach Pracy i Godzinach OK (pod warunkiem, że nie wystąpią inne błędy skutkujące brakiem dostępności generatora turbiny wiatrowej), tj.: (i) prędkość wiatru poniżej wartości nominalnej 4m/s, (ii) prędkość wiatru przekraczająca wartość nominalną 25 m/s lub gdy odłączenie nastąpiło z powodu silnych wiatrów, i siła wiatru przekracza prędkość ponownego uruchomienia wynoszącą 20 m/s, (iii) temperatury przekraczającej zakres -30 stopni C do +40 stopni C, (iv) lód na łopatach.

Konsorcjum ALDESA nie uwzględniło w ofercie wyżej opisanej zmiany i zagwarantowało działanie turbiny wiatrowej jedynie do temperatury -20 stopni C (vide: strona 203 oferty).

Konsorcjum ALDESA nie uwzględniło również sposobu kalkulacji Średniej Mierzonej Dostępności (MAA) turbin wiatrowych - przedstawionego w odpowiedzi zamawiającego na

pytanie nr 12 z dnia 27 lutego 2012 r. (str. 201 - 206 oferty). Zastosowanie odmiennego wzoru od wymaganego przez zamawiającego prowadzi do wniosku, iż różnica w Mierzonej Średniej Dostępności zaoferowanej przez Konsorcjum ALDESA wynosi średnio od 0,5 do 1 punktu procentowego i oznacza wzrost Mierzonej Średniej Dostępności w porównaniu z Mierzona Średnią Dostępnością uzyskaną według wzoru zamawiającego. W konsekwencji, zakładając, że pomiar dokonywany jest w takich samych warunkach, wynik pomiaru Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) według wzoru zamawiającego wyniesie średnio od 94%, podczas gdy wynik pomiaru Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) według wzoru Konsorcjum ALDESA wyniesie od 94.5 - 95%.

Odwołujący złożył wniosek o powołanie biegłego sądowego z zakresu elektryki i energetyki przemysłowej na okoliczność, że oferta Konsorcjum ALDESA jest sprzeczna z treścią siwz bowiem:

- 1) wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez Konsorcjum ALDESA jest inny niż wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez Zamawiającego, przez co Mierzona Średnia Dostępność (MAA) Turbin, mierzona według wzoru Konsorcjum ALDESA, będzie inna niż Mierzona Średnia Dostępność Turbin (MAA) uzyskana w takiej samej sytuacji przy zastosowaniu wzoru Zamawiającego, co stanowi rażące odstępstwo od wymagań zamawiającego;
- 2) Mierzona Średnia Dostępność (MAA) w ofercie Konsorcjum ALDESA została wyliczona z uwzględnieniem średniej dostępności turbin, a nie jak wymagał zamawiający na podstawie łącznej dostępności całej infrastruktury elektrycznej oraz wszystkich urządzeń zlokalizowanych na farmie wiatrowej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (dotyczący dostępności całej infrastruktury).

Kolejną niezgodnością oferty Konsorcjum ALDESA z siwz skutkującą odrzuceniem, jest nie uwzględnienie postanowień pkt 2.4.5 Programu Funkcjonalno - Użytkowego oraz odpowiedzi na pytanie dotyczące treści siwz nr 43 z dnia 14 marca 2012 r. Do zamawiającego zwrócono się z wnioskiem o wyjaśnienie treści siwz w zakresie: czy wartości wskazane w pkt 2.4.5 Programu Funkcjonalno-Użytkowego oznaczają dostępność wszystkich turbin łącznie wchodzących w skład Farmy Wiatrowej (czy wartości te to średnie wartości dla wszystkich turbin) czy też wartości procentowe wymienione w ww. postanowieniu dotyczą tylko pojedynczej turbiny (każdej turbiny z osobna). Zamawiający wyjaśnił, iż „Gwarancja dostępności dotyczy łącznej dostępności całej Farmy Wiatrowej a nie tylko Turbin, a zatem uwzględnia m.in. dostępność całej infrastruktury elektrycznej oraz wszystkich urządzeń zlokalizowanych na Farmie Wiatrowej.” Z powyżej odpowiedzi wynika,

iż Mierzoną Średnią Dostępność należy przedstawić dla całej infrastruktury, a nie tylko dla turbin wiatrowych.

Konsorcjum ALDESA nie uwzględniło tych wyjaśnień i przedstawiło Mierzoną Średnią Dostępność (MAA) dla każdej turbiny z osobna, jak i dla wszystkich łącznie. Z uwagi na fakt, iż turbiny wiatrowe stanowią jedynie część składową całej infrastruktury, a ponadto infrastruktura, o której mowa powyżej to łącznie cała infrastruktura elektro-energetyczna, kable, zabezpieczenia (jak np. wyłączniki), stacja elektroenergetyczna, rozdzielnice) - oferta wykonawcy jest sprzeczna z siwz i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z uwagi na zawłość zarzutu odwołujący wniósł o powołanie biegłego sądowego z zakresu elektryki i energetyki przemysłowej, na okoliczność ustalenia niezgodności treści oferty Konsorcjum ALDESA z treścią siwz.

Zarzut naruszenia art. 138c ust. 1 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (dotyczący udziału towarów pochodzących z państw członkowskich UE).

Zgodnie z pkt 10.16 siwz „Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, w której udział towarów pochodzących z państwo członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%”. Ponadto, na podstawie pkt 10.20 „[...] Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty dokumenty potwierdzające pochodzenie zaoferowanych produktów”. Kwestia dokumentów potwierdzających pochodzenie zaoferowanych towarów była przedmiotem odpowiedzi na pytanie nr 67 z dnia 15 marca 2012 r.

Konsorcjum ALDESA nie złożyło wymaganych oświadczeń, dlatego oferta ta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z pkt 10.16 siwz. Działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 138c ust. 1 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 83 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp, a także naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczący braku stałej ceny za serwis gwarancyjny turbiny.

Zgodnie z pkt 5 rozdziału II siwz (wzór umowy o generalne wykonawstwo i serwis gwarancyjny), zamawiający żądał, aby wykonawcy przedstawili stałą cenę za wykonanie zamówienia, które obejmuje serwis gwarancyjny turbin, tj. „Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i nie podlega zmianom, za wyjątkiem sytuacji, w których postanowienia Umowy wyraźnie przewidują zwiększenie lub zmniejszenie Wynagrodzenia w trybie przewidzianym w art. 144 Prawa Zamówień Publicznych. Wynagrodzenie obejmuje należności za wszystkie świadczenia Wykonawcy (w tym Podwykonawców) określone w Umowie, także za wszelkie

świadczenia niewyspecyfikowane w części szczegółowej Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego lub pozostałych postanowieniach Umowy, a konieczne do zrealizowania Inwestycji i wykonane przez Wykonawcę lub na jego zlecenie zgodnie z Umową".

Zdaniem odwołującego oferta Konsorcjum ALDESA nie zawiera stałej ceny, gdyż wykonawca zastrzegł (str. 204 i 205 oferty, załącznik 8, punkt 5), że będzie uprawniony do otrzymania premii za dostępność, jeżeli w którymkolwiek Okresie Produkcji Roczna Średnia Dostępność będzie przekraczała Gwarantowaną Średnią Dostępność. Wysokość premii będzie liczona na podstawie podanego wzoru, uzależniającego ją od stosunku Gwarantowanej Średniej Dostępności do Rocznej Średniej Dostępności, pomniejszonego o jeden i pomnożonego przez Roczną Produkcję Energii oraz połowę ujemnej Ceny Energii.

Zamawiający żądał, aby wykonawcy przedstawili stałą cenę za całość zamówienia, a możliwość dopłat pozostawił do szczególnie wskazanych przypadków. Mimo to oferta Konsorcjum ALDESA przewiduje Premie Motywacyjne w przypadku wykonania zamówienia na poziomie wyższym niż wymagany w siwz, czyli przewiduje możliwość zmiany ceny. Opisany mechanizm prowadzić może także do konieczności podzielenia się przez zamawiającego z wykonawcą zyskiem z tytułu sprzedaży energii w przypadku, w którym Mierzona Średnia Dostępność przekroczy Gwarantowaną Średnią Dostępność, co w siwz nie zostało przewidziane. O konieczności odrzucenia oferty świadczy także odpowiedź udzielona przez zamawiającego w dniu 14 marca 2012 r. na pytanie nr 31, w którym wskazano, iż koszt obsługi turbin ciąży na wykonawcy i jest objęty zakresem Serwisu Gwarancyjnego, do którego zobowiązany jest wykonawca. Ponadto „Koszt Serwisu Gwarancyjnego powinien być ujęty w cenie ofertowej i uwzględniony w tabelce stanowiącej Załącznik nr 16 do Umowy". Zdaniem odwołującego zastrzeżenie uprawnienia do otrzymania premii za utrzymanie dyspozycyjności spowodowało, iż Konsorcjum ALDESA mogło zaoferować cenę zdecydowanie niższą, niż wykonawcy, którzy zaoferowali ceny stałe.

Zarzut dotyczący złożenia oferty wariantowej

Odwołujący podniósł, iż powyższe wpływa również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 83 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż oferta Konsorcjum ALDESA jest ofertą wariantową ze względu na zmianę sposobu rozliczeń ustalonego w siwz, w sytuacji gdy zamawiający zgodnie z pkt 10.5 siwz nie dopuścił składania ofert wariantowych. Tym samym, zgodnie z art. 2 pkt 7 Pzp, wykonawca nie może złożyć oferty przewidującej odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (dotyczący ceny energii).

Zgodnie z pkt 19.8 siwz (zmienionym na skutek odpowiedzi na pytanie nr 34 z dnia 15 marca 2012 r.) zamawiający zastrzegł uprawnienie do nakładania kar umownych na

wykonawców w przypadku, w którym nie dotrzymają oni warunków technicznych. Zamawiający przedstawił w ww. odpowiedzi również wzór na obliczenie kary umownej. Jedną z niewiadomych użytych we wzorze jest niewiadoma „R”, która oznacza cenę energii. We wzorze zamawiającego niewiadoma „R” jest nieograniczona.

Konsorcjum ALDESA zastrzegło w ofercie ograniczenie ceny energii do 0,092 Euro/kWh (str. 201 oferty Aidesa, ppkt. 1.3). Oznacza to, że zastosowanie we wzorze zamawiającego ograniczenia ceny energii zaproponowanego przez Konsorcjum ALDESA stwarza ryzyko ograniczenia kary umownej należnej zamawiającemu za niedotrzymanie warunków technicznych. Dodatkowo na stronie 204 w punkcie 4 oferty Konsorcjum ALDESA przedstawiło swój wzór obliczania kar umownych - jedną z niewiadomych użytych w tym wzorze jest niewiadoma „EP” oznaczająca cenę energii. Stąd, wzór ten zakłada ograniczenie tej niewiadomej do 0,092 Euro/kWh. Oferta sporządzona w tym zakresie jest niezgodna z siwz, gdyż wzór na obliczenie kary umownej zamawiającego nie dopuszcza żadnego ograniczenia w tym zakresie. Na marginesie odwołujący wskazał, iż wartość wskazana przez Konsorcjum ALDESA jest podana w innej walucie niż wymagał zamawiający, tj. Euro zamiast PLN.

Zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (dotyczący harmonogramu rzeczowo-finansowego).

Zgodnie z punktem 10.18 (VI) siwz zamawiający wymagał, aby oferta zawierała „szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem poszczególnych odcinków dróg, poszczególnych fundamentów, poszczególnych odcinków kabla SN, poszczególnych odcinków budowy GPZ Wicko-Enwod, itp) w formacie MS Project i w postaci wykresu Gantta, uwzględniający termin realizacji poszczególnych Kamieni Milowych stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ”. Z kolei, zgodnie z załącznikiem nr 2 do siwz zamówienie podzielone zostało na 10 etapów. Z postanowień siwz wynika, iż w harmonogramie należało uwzględnić: kamienie milowe, poszczególne odcinki dróg, fundamentów, odcinków kabla SN i budowy GPZ Wicko-Enwod.

Załączony do oferty Konsorcjum ALDESA harmonogram rzeczowo - finansowy (str. 17 oferty) uwzględnia jedynie terminy realizacji poszczególnych kamieni milowych, natomiast nie przedstawia poszczególnych odcinków dróg, fundamentów, odcinków kabla SN i budowy GPZ Wicko-Enwod.

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)

Obowiązkiem zamawiającego, w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jest przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia

tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak więc zamawiający powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja, a następnie ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji.

Zamawiający wezwał Konsorcjum ALDESA pismem z dnia 8 maja 2012 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W dniu 27 kwietnia 2012 r. wykonawca udzielił wyjaśnień. Pismem z dnia 8 maja 2012 r. zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia też wyjaśnień w zakresie informacji w ofercie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. W dniu 9 maja 2012 r. wykonawca udzielił wyjaśnień, które również zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 27 kwietnia 2012 r. oraz w dniu 7 maja 2012 r. odwołujący zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie i odtajnienie wszystkich dokumentów oferty Konsorcjum ALDESA jak również - korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W dniu 14 maja 2012 r. zamawiający podjął decyzję o nieodtajnieniu wyjaśnień z dnia 27 kwietnia 2012 r. dotyczących rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień z dnia 9 maja 2012 r. dotyczących informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze, iż wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny powinny zawierać kalkulację cenową lub inny opis składników, wchodzących w skład ceny oferty, a także fakt, iż zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp informacja o cenie jest informacją jawną - wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, w ocenie odwołującego, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 Pzp (dotyczący rażąco niskiej ceny).

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wprowadza domniemanie prawne w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeżeli zamawiający prawidłowo wzywa do wyjaśnienia na podstawie tego przepisu, to wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca jest zatem zobowiązany udowodnić, że wystąpiły wyjątkowe, obiektywne okoliczności, niedostępne w sposób standardowy innym wykonawcom oraz, że te okoliczności mają wpływ na cenę w taki sposób, iż ich wystąpienie pozwoliło wykonawcy zaoferować o wiele niższą cenę niż wartość zamówienia oszacowana

przez zamawiającego i oferowana przez innych wykonawców cena. Bezsporne jest, iż ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji rażąco niskiej ceny. Ocenę czy dana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia pozostawia się zamawiającemu, który jest odpowiedzialny za efektywne i celowe wydatkowanie środków publicznych. Instytucja rażąco niskiej ceny służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny. (por. wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r. sygn. akt 586/11, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1515/10). Odwołujący wyjaśnił, iż znaczną część wartości zamówienia stanowi zakup turbiny wiatrowej. Z uwagi na fakt, iż wykonawcy zaoferowali turbiny tego samego dostawcy (tj. Vestas Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie) należy założyć, iż wartość samej turbiny jest we wszystkich ofertach zbliżona. Dlatego też zaoferowana przez Konsorcjum ALDESA cena w zakresie robót budowlanych całej infrastruktury farmy wiatrowej (tj. materiałów, roboczogodzin, wykonanie stacji itd.), a także usług gwarancyjnych nie jest adekwatna do przedmiotu zamówienia - cena zawarta w ofercie nie pokrywa wydatków związanych z robotami budowlanymi i usługami (głównie gwarancyjnymi) objętymi zakresem zamówienia. Zdaniem odwołującego zastrzeżenie przez Konsorcjum ALDESA uprawniające do otrzymania premii niewątpliwie ma wpływ na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Dodatkowo, w ocenie odwołującego, wykonawca dokonał błędnych założeń mających wpływ na zarzut rażąco niskiej ceny, co wynika z treści harmonogramu rzeczowo-finansowego. Ilości pracy poświęconej na budowę np. poszczególnych fundamentów ma bowiem znaczenie dla ceny oferty (np. wpływ roboczogodziny). Wpływ na rażąco niską cenę może mieć również kwestia dostępności, o której mowa w niniejszym odwołaniu.

Wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie: konsorcjum w składzie - Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A. (Konsorcjum ALDESA) zgłosiło w dniu 21 maja 2012 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako niezasadnego w całości.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania, jako niezasadnego w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania. Oferta odwołującego jest na drugim miejscu w rankingu ofert, a zatem w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, a tym samym odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Konsorcjum ALDESA, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba stwierdziła niezasadność zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 83 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 4 Pzp przez uznanie przez zamawiającego, iż treść oferty Konsorcjum ALDESA odpowiada treści siwz, pomimo że jest to oferta wariantowa ze względu na zmianę sposobu rozliczeń ustalonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - oferta zawiera zmianę sposobu rozliczeń ustalonego w siwz, w sytuacji gdy zamawiający zgodnie z pkt 10.5 siwz nie dopuścił składania ofert wariantowych. Tym samym, zgodnie z art. 2 pkt 7 Pzp, wykonawca nie może złożyć oferty przewidującej odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Ponadto wykonawca nie zaoferował stałej ceny za serwis gwarancyjny turbiny; oferta wbrew postanowieniom siwz zawiera ograniczenie ceny energii, co stwarza ryzyko ograniczenia kary umownej należnej zamawiającemu za niedotrzymanie warunków technicznych, zgodnie z pkt. 19.8 siwz (zmienionym na skutek odpowiedzi na pytanie nr 34 z dnia 15 marca 2012 r.).
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, iż treść oferty Konsorcjum ALDESA odpowiada treści siwz, pomimo że:
 - Konsorcjum ALDESA zastrzegło w ofercie dodatkowe, prowizyjne wynagrodzenie w sytuacji gdy zamawiający nie przewidział w siwz takiej możliwości, a tym samym oferta Konsorcjum ALDESA nie zawiera stałej ceny,
 - wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez Konsorcjum ALDESA jest inny niż wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez zamawiającego, przez co Mierzona Średnia Dostępność (MAA) Turbin, mierzona według wzoru Konsorcjum ALDESA będzie inna niż Mierzona Średnia Dostępność Turbin (MAA) uzyskana w takiej samej sytuacji przy zastosowaniu wzoru zamawiającego, co stanowi rażące odstępstwo od wymagań siwz,
 - Mierzona Średnia Dostępność (MAA) w ofercie Konsorcjum ALDESA została wyliczona z uwzględnieniem średniej dostępności turbin, a nie jak wymagał

zamawiający na podstawie łącznej dostępności całej infrastruktury elektrycznej oraz wszystkich urządzeń zlokalizowanych na farmie wiatrowej,

Izba ustaliła, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 10.18 ppkt (vii) wymagał aby wykonawcy złożyli w ofercie „dokumenty referencyjne producenta Turbin określające ogólną specyfikację techniczną Turbin wystawione przez producenta Turbin, obejmujące m.in.:

- (a) parametry techniczne Turbin,
- (b) gwarancje udzielone przez producenta Turbin (w szczególności: Gwarancji Dostępności, Gwarancji Krzywej Mocy, Gwarancji Krzywej Akustycznej) w tym zasady kalkulacji kar umownych należnych Wykonawcy od producenta Turbin z tytułu niedotrzymania tych gwarancji zapewniające zachowanie obowiązujących w tym zakresie standardów rynkowych,
- (c) określone przez producenta Turbin zasady serwisowania Turbin, których przestrzeganie jest warunkiem utrzymania gwarancji udzielonej przez producenta Turbin, ze szczególnym uwzględnieniem opisu zdarzeń, które powodują utratę gwarancji producenta Turbin.”

Powyższe dokumenty zostały złożone w ofercie Konsorcjum ALDESA, w tym w części zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jak wynika z treści odwołania wszystkie wskazane powyżej zarzuty zostały oparte przez odwołującego na informacjach zawartych w ofercie Konsorcjum ALDESA w części oznaczonej jako Aneks nr 8. Z treści oferty wynika, że jest to dokument stanowiący załącznik do projektu „Umowy o świadczenie usług i dostępności (AOM 4000) pomiędzy Vestas Poland sp. z o.o. jako Usługodawca dotyczy Farmy Wiatrowej WECKO”, złożony przez wykonawcę na podstawie pkt 10.18 ppkt (vii) siwz. Jak wyjaśnił zamawiający „dokumenty referencyjne producenta” nie były wymagane w celu potwierdzenia spełnienia wymagań podniesionych przez odwołującego we wskazanych powyżej zarzutach. Powyższe potwierdza także treść postanowienia pkt 10.18 ppkt (vii) siwz, z którego nie wynika, że dokumenty te nie są wymagane w celu potwierdzenia spełnienia wymagań w zakresie oferowanych przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu gwarancji dostępności turbin, zasad serwisowania, w tym sposobu dokonywania rozliczeń pomiędzy wykonawcą a zamawiającym.

Treść dokumentu Anaks nr 8, z której odwołujący wywodził zarzuty, nie stanowi zatem treści oferty wykonawcy w znaczeniu ścisłym. Jest to dokument określający projektowane zobowiązania pomiędzy wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia a producentem turbin, które zostaną podjęte w formie umowy pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem. Kwestionowane zatem przez odwołującego informacje wynikające z Aneksu nr 8 nie stanowią podstawy do oceny zgodności treści oferty

Konsorcjum ALDESA z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W szczególności informacje dotyczące sposobu naliczania kar umownych, w tym wzór na obliczenie kary umownej (str. 204 oferty pkt 4), jak również ograniczenie ceny energii do 0,092 Euro/kWh (str. 201 oferty Konsorcjum ALDESA, ppkt. 1.3), a także prawo do 100 godzin na serwisowanie turbin wiatrowych i wliczenie ich do obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności ("WAA") (str. 201 oferty Konsorcjum ALDESA -definicja serwisu turbiny wiatrowej) nie stanowią treści oferty Konsorcjum ALDESA w zakresie wymagań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Nie znajduje potwierdzenia w treści oferty również fakt, iż Konsorcjum ALDESA nie uwzględniło w ofercie wymogu zamawiającego dotyczącego działania turbiny wiatrowej w temperaturze w zakresie -30 stopni C do +40 stopni, a jedynie do temperatury -20 stopni C (str. 203 oferty).

Wynikający z treści Aneksu nr 8 sposób kalkulacji Średniej Mierzonej Dostępności (MAA) turbin wiatrowych (str. 201 - 206 oferty Konsorcjum ALDESA) odmienny od wzoru przedstawionego przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 27 lutego 2012r. jest wzorem stosowanym przez producenta turbin, co podkreślał również odwołujący. Wzór ten został określony w dokumencie regulującym przyszły stosunek zobowiązaniowy pomiędzy wykonawcą a producentem. Skoro dokument ten nie stanowi treści oferty, to zawarte w nim postanowienia nie mają wpływu na stosunek pomiędzy wykonawcą a zamawiającym w zakresie dotyczącym sposobu obliczania mierzonej średnicy dostępności dla potrzeb gwarancji dostępności zgodnie z pkt 1 Załącznika nr 4. w brzmieniu wynikającym z odpowiedzi na pytanie nr 12 z listy pytań z dnia 27 lutego 2012 r.

Izba uznała, na podstawie jak wyżej, że nie stanowi treści oferty wykonawcy zastrzeżenie zawarte w Aneksie nr 8 (str. 204 i 205 oferty, punkt 5) odnośnie premii za dostępność w przypadku przekroczenia Gwarantowanej Średniej Dostępności, która należna jest producentowi od wykonawcy.

Podobnie jeśli chodzi o wymaganie zamawiającego, iż Gwarancja Dostępności będzie obliczana jako łączna dostępność całej farmy wiatrowej, a nie tylko turbin (pkt 2.4.5 Programu Funkcjonalno - Użytkowego oraz odpowiedzi na pytanie dotyczące treści siwz nr 43 z dnia 14 marca 2012 r. Powyższe postanowienia zawarte w Aneksie nr 8 (dokumenty referencyjne producenta) nie mogą być ocenione jako niezgodność treści oferty z treścią siwz, ani też nie stanowią oferty wariantowej w rozumieniu art. 2 pkt 7 Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że Konsorcjum ALDESA uwzględniło w ofercie wymaganie dotyczące zagwarantowania działania turbiny wiatrowej w zakresie od -30 stopni C. do +40 stopni C. (str 203 oferty), zgodnie z wymaganiem zawartym w odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 27 lutego 2012 r. określającym m.in. zdarzenia podczas, których generator turbiny wiatrowej jest dostępny, co powinno być uwzględnione w Godzinach Pracy i Godzinach OK., w tym sytuację gdy występują temperatury w zakresie od -30 stopni C do +40 stopni C. Jak

wynika z pkt 4 (ii) Aneksu numer 8, okresy przestoju turbiny wynikające ze spadku temperatury poniżej -20 stopni C. nie są klasyfikowane jako zdarzenia po stronie usługodawcy i wówczas okres przestoju uznaje się za eksploatacyjny i dostępny. Powyższe określenie nie przeczy spełnieniu przez oferowany przedmiot zamówienia wymagania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu

W odniesieniu do powyższych zarzutów Izba uznała, że treść oferty potwierdza spełnienie wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z oświadczeniami złożonymi przez wykonawcę w formularzu ofertowym w pkt 1, 2, 4, 5, 6 lit. a i lit. b, w których wykonawca potwierdził w szczególności, że zapoznał się z treścią siwz i nie wnosi uwag ani zastrzeżeń, oświadczył, że oferowane roboty budowlane i dostawy są zgodne z wymaganiami określonymi w siwz, wyjaśnieniami do siwz, modyfikacjami siwz, w szczególności z wymaganiami technicznymi określonymi w dokumentacji projektowej oraz programie funkcjonalno – użytkowym, potwierdził wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z postanowieniami siwz, oświadczył, że zaoferowana cena uwzględnia wszystkie wymagania siwz, potwierdził zaoferowanie gwarancji w zakresie przewidzianym w projekcie umowy o generalne wykonawstwo robót budowlanych i serwis gwarancyjny na warunkach określonych w siwz (Gwarancje Jakości Robót, Gwarancje Techniczne).

Izba uznała, że przedłożone przez odwołującego dowody w postaci informacji technicznej firmy GL Garrad Assan oraz opinii technicznej mgr inż. Antoniego Jędrucha z dnia 29 maja 2012 r. nie mają znaczenia dla oceny zgodności treści oferty Konsorcjum ALDESA z treścią siwz, gdyż odnoszą się do dokumentu, który nie stanowi treści oferty wykonawcy. Izba nie uwzględniła także wniosku odwołującego o powołanie biegłego sądowego z zakresu elektryki i energetyki przemysłowej na okoliczność, że oferta Konsorcjum ALDESA jest sprzeczna z treścią siwz bowiem:

- 1) wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez Konsorcjum ALDESA jest inny niż wzór obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowany przez Zamawiającego, przez co Mierzona Średnia Dostępność (MAA) Turbin, mierzona według wzoru Konsorcjum ALDESA, będzie inna niż Mierzona Średnia Dostępność Turbin (MAA) uzyskana w takiej samej sytuacji przy zastosowaniu wzoru Zamawiającego, co stanowi rażące odstępstwo od wymagań zamawiającego;
- 2) Mierzona Średnia Dostępność (MAA) w ofercie Konsorcjum ALDESA została wyliczona z uwzględnieniem średniej dostępności turbin, a nie jak wymagał zamawiający na podstawie łącznej dostępności całej infrastruktury elektrycznej oraz wszystkich urządzeń zlokalizowanych na farmie wiatrowej.

Izba uznała, że rozstrzygnięcie zarzutów dotyczących zgodności treści oferty Konsorcjum ALDESA z treścią siwz nie wymaga wiadomości specjalnych.

Zarzut niezgodności treści oferty złożonej przez Konsorcjum ALDESA w zakresie harmonogramu rzeczowo-finansowego załączonego do oferty z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartymi w pkt 10.19 ppkt vi siwz oraz załącznikiem nr 2 do siwz Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 10.18 ppkt (vi) siwz zamawiający wymagał, aby oferta zawierała „szczegółowy harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem poszczególnych odcinków dróg, poszczególnych fundamentów, poszczególnych odcinków kabla SN, poszczególnych odcinków budowy GPZ Wicko-Enwod, itp) w formacie MS Project i w postaci wykresu Gantta, uwzględniający terminy realizacji poszczególnych Kamieni Milowych określone w harmonogramie realizacji Kamieni Milowych stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ". Zgodnie natomiast z załącznikiem nr 2 do siwz, zamówienie podzielone zostało na 10 etapów. Powyższe postanowienie siwz wskazuje, że zamawiający nie określił w sposób precyzyjny stopnia szczegółowości harmonogramu rzeczowo-finansowego. Wymagał uwzględnienia w harmonogramie dotyczącym realizacji przedmiotu zamówienia poszczególnych elementów robót wskazując je jedynie przykładowo. Pozostawił zatem wykonawcom pewną swobodę co do sposobu sformułowania tego dokumentu. Z postanowienia siwz wynika, że harmonogram powinien „uwzględniać” poszczególne elementy robót, a także „uwzględniać” terminy realizacji tzw. Kamieni Milowych, określonych w załączniku nr 2 do siwz. Konsorcjum ALDESA złożyło w ofercie harmonogram rzeczowo - finansowy (str. 17 oferty) uwzględniający terminy realizacji Kamieni Milowych, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Jednocześnie choć harmonogram nie przedstawia odcinków dróg, fundamentów, odcinków kabla SN i budowy GPZ Wicko-Enwod w takim stopniu szczegółowości jak w ofercie odwołującego, to trudno się zgodzić z odwołującym, iż powyższe oznacza, że harmonogram nie uwzględnia poszczególnych odcinków. W specyfikacji nie ma wymagania, które przewiduje obowiązek przedstawienia czasu realizacji dla każdego z poszczególnych fundamentów. Zamawiający nie wykluczył, w odniesieniu do harmonogramu rzeczowo-finansowego, możliwości przedstawienia czasu realizacji poszczególnych etapów łącznie, tj. nie dzieląc go na poszczególne odcinki i nie przyporządkowując każdemu z nich odrębnego czasu realizacji. Wskazać także należy, że zamawiający nie dokonał precyzyjnego podziału przedmiotu zamówienia na odcinki, zatem wykonawca mógł dowolnie przyjąć jakie prace wyszczególni w harmonogramie. Zauważyć należy dodatkowo, że stopień szczegółowości harmonogramu nie ma istotnego znaczenia dla sposobu rozliczenia za wykonane prace. Jak wynika ze specyfikacji zamawiający przewidział płatności zgodnie z terminami realizacji „kamieni milowych”. Ponadto, harmonogram będzie aktualizowany przed zawarciem umowy, co

wynika wprost z brzmienia pkt 4.3 projektu umowy i pkt 13.8 siwz oraz dowodzi, że ww. dokument składany w ofercie nie ma charakteru w pełni ostatecznego.

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący braku złożenia przez Konsorcjum ALDESA w ofercie oświadczenia lub innego dokumentu potwierdzającego, iż udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%, zgodnie z wymaganiami pkt 10.16 w zw. z pkt 10.20 siwz, postawionymi przez zamawiającego pod rygorem odrzucenia oferty.

Zgodnie z pkt 10.16 siwz zamawiający postanowił, iż „odrzuci ofertę Wykonawcy, w której udział towarów pochodzących z państwo członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%”. Ponadto, na podstawie postanowienia pkt 10.20 siwz „[...] Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty dokumenty potwierdzające pochodzenie zaoferowanych produktów”. Kwestia dokumentów potwierdzających pochodzenie zaoferowanych towarów była przedmiotem odpowiedzi na pytanie nr 67 z dnia 15 marca 2012 r., w której zamawiający potwierdził, że oświadczenie producenta jest jednym z dokumentów potwierdzających spełnianie ww. wymagania.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że złożony w ofercie (str. 542 oferty) przez Konsorcjum ALDESA certyfikat dotyczący turbin zaoferowanych przez wykonawcę potwierdza spełnienie powyższego wymagania siwz, tj. potwierdza, że zaoferowane turbiny będą pochodziły z Danii. Powoływany jako dowód przez zamawiającego certyfikat został złożony w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski, a w związku z tym nie mógł być uwzględniony jako dowód w sprawie w związku z wymogiem wynikającym z § 19 ust. 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 289). Ponadto jak wyjaśnił zamawiający dokument ten wskazuje producenta turbin oraz zgodnie z wymaganiem pkt 10.18 (xii) siwz potwierdza dopuszczenie turbin do użytkowania na terytorium państw Unii Europejskiej. W ocenie Izby powyższe nie oznacza, że dostarczone turbiny zostaną wytworzone w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie, z którym Unia Europejska zawarła umowę o równym traktowaniu przedsiębiorców. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wymagany dokument potwierdzający spełnianie wymagania dotyczącego przedmiotu zamówienia nie został przez wykonawcę złożony. Ponieważ jest to dokument tzw. przedmiotowy w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp podlega on uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wykonawca powinien zostać wezwany przez zamawiającego do złożenia tego dokumentu.

Uwzględniając odwołanie w zakresie powyższego zarzutu Izba nakazała zamawiającemu wezwanie Konsorcjum ALDESA do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego pochodzenie zaofertowanych towarów. Jednocześnie Izba uznała, iż naruszenie art. 138c ust. 1 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku błędnego przyjęcia przez zamawiającego, że wykonawca złożył dokument potwierdzający pochodzenie towarów, miało wpływ i może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp stanowi przesłankę do uwzględnienia odwołania. W konsekwencji Izba uznała także, że działanie zamawiającego w ramach dokonanej oceny ofert narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w prowadzonym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę ustalony stan sprawy Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw do żądania wyjaśnienia od Konsorcjum ALDESA treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w zakresie wzoru obliczenia Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin stosowanego przez Konsorcjum ALDESA oraz Mierzonej Średniej Dostępności (MAA) Turbin w ofercie Konsorcjum ALDESA obliczonej z uwzględnieniem średniej dostępności turbin, a nie jak wymagał zamawiający na podstawie łącznej dostępności całej infrastruktury elektrycznej oraz wszystkich urządzeń zlokalizowanych na farmie wiatrowej. Informacje dotyczące relacji wykonawcy z producentem turbin nie budzą wątpliwości, a wobec tego nie zaistniała przesłanka do zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 8 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), poprzez przyjęcie przez zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum ALDESA z dnia 27 kwietnia 2012 r. dotyczące rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia z dnia 9 maja 2012 r. dotyczące informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jak słusznie zauważył odwołujący zasada jawności postępowania wyrażona w art. 8 ust. 1 Pzp jest generalną zasadą udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4". Zamawiający, w każdym przypadku zastrzeżenia przez wykonawcę informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ma obowiązek przeprowadzić indywidualne badanie zastrzeżonych dokumentów i ustalenie, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Konieczne jest dokonanie oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja, czy zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje są takimi informacjami, które nie są znane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność

są zainteresowane ich posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zapewnienia danej informacji w poufności.

W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający wezwał pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. Konsorcjum ALDESA do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 8 maja 2012 r. zamawiający wezwał również wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie informacji objętych w ofercie klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 27 kwietnia 2012 r. Konsorcjum ALDESA udzieliło wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty, a w dniu 9 maja 2012 r. – wyjaśnień co do informacji, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po dokonaniu oceny złożonych wyjaśnień, w dniu 14 maja 2012 r. zamawiający podjął decyzję o nieodtajnieniu zarówno wyjaśnień z dnia 27 kwietnia 2012 r. jak i wyjaśnień Konsorcjum ALDESA z dnia 9 maja 2012 r.

W odniesieniu do wyjaśnień dotyczących ceny oferty Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż skoro wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny powinny zawierać kalkulację cenową lub inny opis składników, wchodzących w skład ceny, a zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp informacja o cenie jest informacją jawną – to wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Izba zważyła, iż szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem m.in. kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone dokumenty zawierające szczegółowe zestawienia w zakresie kalkulacji cenowej, kopie ofert poddostawców wraz z wyceną poszczególnych elementów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawione w piśmie z dnia 9 maja 2012 r. w ocenie Izby zawierają informacje handlowe niosące ze sobą wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy pozostające w związku z informacjami, które zostały złożone w ofercie i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę treść wyjaśnień odnośnie czynników mających znaczenie dla kalkulacji ceny oferty, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, poprzez przyjęcie, że oferta Konsorcjum ALDESA nie zawiera rażąco niskiej ceny, a złożone wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny są wystarczające.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp w przypadku powzięcia przez zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp zamawiający, oceniając złożone przez wykonawcę wyjaśnienia bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wykonawca jest zobowiązany udowodnić wystąpienie obiektywnych okoliczności, które mają wpływ na cenę w taki sposób, aby wykazać możliwość zaoferowania ceny znacząco niższej od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego lub cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, lub też cen rynkowych. Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający ma obowiązek dołożyć najwyższej staranności przy dokonywaniu oceny złożonych wyjaśnień. Jak wskazuje orzecznictwo KIO (por. wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r. sygn. akt 586/11, wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1515/10) za rażąco niską ceną uznać należy taką cenę, która nie gwarantuje, że zamówienie zostanie wykonane należycie, w sposób wymagany przez zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy. Ponadto, ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych.

Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum ALDESA w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostały opracowane w sposób szczegółowy. Są to wyjaśnienia rzeczowe i poparte stosownymi dokumentami, uzasadniającymi wysokość ceny zaoferowanej przez Konsorcjum ALDESA. Jednocześnie podane przez wykonawcę informacje mają charakter w pełni obiektywny, co pozwala na pozytywną ocenę przez zamawiającego wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 2 Pzp. Biorąc pod uwagę okoliczności przedstawione w wyjaśnieniach, zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa Izba uznała, że zarzut rażąco niskiej ceny, jak i zarzut niezłożenia wyjaśnień i dowodów uzasadniających wysokość zaoferowanej przez Konsorcjum ALDESA ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia nie są uzasadnione.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Przewodniczący: