

**WYROK**

**z dnia 13 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstom Power Sp. z o.o., Metal Expert Sp. z o.o., S.K.A., Ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrownię Kozienice S.A., Kozienice 1, 26-900 Świerże Górne,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TurboCare Sp. z o.o., TurboCare Inc., ul. Paprotna 12a, 51-117 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert,**

**2. kosztami postępowania obciąża Elektrownię Kozienice S.A., Kozienice 1, 26-900 Świerże Górne i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstom Power Sp. z o.o., Metal Expert Sp. z o.o., S.K.A., Ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Elektrowni Kozienice S.A., Kozienice 1, 26-900 Świerże Górne** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstom Power Sp. z o.o., Metal Expert Sp. z o.o., S.K.A., Ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych)

zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania 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 Radomiu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Elektrownia „Kozienice” S.A., Świerże Górne, gmina Kozienice, 26-900 Kozienice 1 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest modernizacja i remont turbozespołów bloków nr 3 i 6”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 6 września 2011 r. pod numerem 2011/S 170 - 280278.

Odwołujący – konsorcjum wykonawców: Alstom Power Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Elblągu, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg, Metal Expert Sp. z o.o. S.K.A., ul. Słomińskiego 5/231, 00-195 Warszawa w dniu 24 listopada 2011 r. otrzymał od Zamawiającego faksem pismo z tego samego dnia (znak pisma DZP-EK-461-44/11) zawierające informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze oferty Konsorcjum Turbocare jako oferty najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością odrzucenia jego oferty i wyboru oferty konkurencyjnej oraz z zaniechaniem odrzucenia oferty wygrywającej przetarg Odwołujący w dniu 2 grudnia 2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Ww. czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz:

a) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści SIWZ;

b) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo iż Odwołujący potwierdził wykonanie całego opisanego w SIWZ przedmiotu zamówienia za wskazaną w ofercie cenę, której nie można uznać za cenę rażąco niską;

c) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Turbocare, której treść nie odpowiada treści SIWZ;

d) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i w związku z art. 104 i 105 ustawy kodeks cywilny w związku

z art. 14 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Turbocare, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

e) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy w związku ze złożeniem przez niego nieprawdziwych informacji, a w związku z tym zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Turbocare na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) oraz art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp;

f) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Turbocare, w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

g) z daleko idącej ostrożności procesowej gdyby Izba nie podzieliła zarzutów i argumentów dotyczących wykluczenia i/lub odrzucenia oferty Konsorcjum Turbocare, zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy Konsorcjum Turbocare do uzupełnienia polisy oraz pełnomocnictwa;

h) zarzucił naruszenie innych przepisów wymienionych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;

b) unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Turbocare jako najkorzystniejszej oferty;

c) powtórzył czynności badania i oceny ofert;

d) wykluczył wykonawcę Turbocare i odrzucił tę ofertę;

e) dokonał wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Na wstępie odwołania Odwołujący oświadczył, że treść pism znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, które zobowiązany będzie przedłożyć Izbie tj; odpowiedź z dnia 26 października 2011 r. (doręczona Zamawiającemu w dniu 27 października 2011 roku), dotycząca elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz udziału poszczególnych elementów modernizacji w obniżeniu jednostkowego zużycia ciepła oraz odpowiedź z dnia 4 listopada 2011r. (doręczona Zamawiającemu w dniu 4 listopada 2011 roku) dotycząca układu łopatkowego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) i w związku z tym nie podlegają one ujawnieniu żadnym osobom fizycznym, prawnym oraz jednostkom organizacyjnym nie posiadającym osobowości

prawnej zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112 poz. 1198 ze zm.).

Odwołujący uznał stanowisko Zamawiającego w zakresie odrzucenia jego oferty za błędne i nie znajdujące uzasadnienia w materiale przetargowym, w szczególności z powodu braku sprzeczności jego oferty z pkt 3.1. Modernizacja i remont turbozespołu bloku nr 3 I - 2, jak również z pkt 3.2. Modernizacja i remont turbozespołu bloku nr 6 I – 2 SIWZ.

Powołał się na własne oświadczenie zawarte w pkt 1 oferty, w którym zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SIWZ oraz oświadczenie zawarte w załączniku nr A 1, iż podstawą do opracowania oferty była treść SIWZ jaka obowiązywała przed terminem składania ofert.

Podkreślił również, iż Zamawiający w dniu 21 października 2011 r. zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie sposobu wykonania części zamówienia tj. układu łopatkowego, a na to wezwanie Odwołujący odpowiedział w dniu 27 października 2011 r., że złożona oferta jest w pełni zgodna z wszystkimi postanowieniami SIWZ, i że wskutek przeprowadzonej modernizacji turbozespołów bloków nr 3 i nr 6, Zamawiający uzyska wzrost mocy o 3MW części WP, przy czym sprawność części WP będzie nie mniejsza niż wymagane 85%, a obniżenie jednostkowego zużycia ciepła wyniesie 120 kJ/kWh (czym potwierdził oświadczenie zawarte w Załączniku nr A10 do oferty). Podobnie Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko w zakresie zgodności treści oferty z treścią SIWZ w odpowiedzi z dnia 4 listopada 2011 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 października 2011 r.

Wobec tego niezrozumiałym dla Odwołującego było dopatrywanie się jakiegokolwiek sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, skoro Zamawiający dysponuje oświadczeniami złożonymi w ofercie i w toku procedury wyjaśnień, gwarantującymi wykonanie zobowiązania przyjętego na skutek akceptacji postanowień SIWZ.

W zakresie czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 tejże ustawy z powodu rażąco niskiej ceny argumentował, że jest ona wyliczona rzetelnie, uwzględnia wszystkie dostawy i usługi dla wykonania przedmiotowego zadania oraz zakłada rozsądny poziom zysku dla realizacji przedmiotowego projektu.

Zauważył, że składając ofertę w poprzednim przetargu Odwołujący powziął w sposób całkowicie jawny informacje jaki jest poziom cenowy konkurencji oraz jego możliwości

technologiczne, i miał wystarczająco dużo czasu aby przedsięwziąć skuteczne środki techniczne i logistyczne, tak aby nawiązać do takiego pułapu cenowego.

Twierdził, że wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych ceny, Odwołujący potraktował poważnie do złożenia Zamawiającemu konkurencyjnej oferty, w tym dokonał ponownego przeglądu technologii oferowanej w poprzednim przetargu przez Odwołującego i Turbocare, wziął pod uwagę wymagania SIWZ i dostosował swoje możliwości oraz przedsięwziął daleko idące działania, aby złożyć konkurencyjną ofertę w tym przetargu.

Podkreślił, iż dokonał analizy wszystkich uwarunkowań opisanych w SIWZ i dostosował do nich posiadany i dostępny Odwołującemu jako profesjonalistę potencjał, doświadczenie i zasoby, aby zoptymalizować cenę oferty.

Kolejny zarzut dotyczył zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Turbocare w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy i z zaniechaniem odrzucenia Konsorcjum Turbocare na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że harmonogram realizacji przedłożony w ofercie Konsorcjum Turbocare jest niezgodny z wymaganiami SIWZ, bowiem we wzorze umowy, w § 4 pkt. 1.1.5 Zamawiający wymagał, aby przekazanie dokumentacji remontowej powykonawczej nastąpiło 2012-08-23, zaś w harmonogramie oferty Konsorcjum Turbocare przekazanie dokumentacji remontowej powykonawczej przewidziane jest na dzień 2012-08-30, tj. 8 dni po terminie wymaganym przez SIWZ.

W ramach zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem odrzucenia Konsorcjum Turbocare na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp i w związku z art. 104 i 105 ustawy kodeks cywilny w związku z art. 14 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że pełnomocnictwo do złożenia oferty w imieniu TurboCare Inc. oferty przez Pana Marka Dudzińskiego oraz Pana Piotra Roberta Podszus obowiązywało do 31 sierpnia 2011 roku, tym samym złożenie oferty w imieniu TurboCare Inc. nastąpiło bez umocowania.

Wywodził, że jednostronna czynność prawna dokonana bez umocowania jest bezwzględnie nieważna (art. 103 i 104 k.c.), gdyż nie może być potwierdzona przez mocodawcę, a więc złożona przez Konsorcjum Turbocare oferta jest nieważna.

Zwrócił uwagę, że w takim przypadku zachodzi czyn nieuczciwej konkurencji jako takie działanie, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przekonywał, że w przedmiotowej sprawie zgodnie z normą art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, interes ten został ewidentnie naruszony, poprzez oświadczenia Konsorcjum Turbocare zawarte w ofercie na okoliczność rzekomo wykonanej modernizacji w Kosowie oraz poprzez posłużenie się dokumentem niewiarygodnym. Zauważył także, iż informacje te dotyczą konkretnego wykonawcy - Konsorcjum Turbocare i były przekazane przez niego samego.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż Zamawiający jest zobligowany normą art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa jednakże na przeszkodzie do dokonania tej czynności stoi zarzut podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Następny zarzut skierowany był przeciwko zaniechaniu Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Turbocare z powodu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i naruszeniem przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy w związku ze złożeniem przez niego nieprawdziwych informacji, a w związku z tym zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Turbocare na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że Konsorcjum Turbocare, nie wykazało się doświadczeniem wymaganym przez pkt. 6.2 SIWZ poprzez załączony do oferty wykaz wykonanych zamówień (str. 27 oferty Konsorcjum Turbocare).

Zdaniem Odwołującego, żadnej z załączonych do oferty referencji nie można uznać jako doświadczenia kwalifikującego konsorcjum Turbocare do niniejszego postępowania.

W pierwszej kolejności Odwołujący podważał referencję wystawioną przez Kosovo Energy Corporation J.S.C.

Według Odwołującego list referencyjny z dnia 26.07.2011 dołączony do oferty TurboCare, sporządzony przez Kosovo Energy Corporation J.S.C. dla TurboCare Sp. z o.o. we Wrocławiu, zawiera nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, bowiem rzeczywisty zakres prac i dostaw jakie rzeczywiście zostały

wykonane podczas remontu kapitalnego turbiny LMZ K200-130-3 w Elektrowni Kosovo na bloku A5 w latach 2007-2009, którego ten list dotyczy, nie był modernizacją.

Dodatkowo wskazał, że w czerwcu 2011r. odbyło się spotkanie w Kosowie firmy Alstom Power Sp. z o.o. z odpowiednimi przedstawicielami Kosovo Energy Corporation J.S.C., a rozmowy, w których uczestniczyli przedstawiciele Kosovo Energy Corporation J.S.C. - Remzi Shahini oraz Skinder Sufi, dodatkowo potwierdziły iż zakres prac wykonanych przez TurboCare sp. z o.o w trakcie realizacji przywołanego w tym liście dotyczący kontraktu na remont kapitalny turbiny na bloku A5 w Elektrowni w Kosowie jest zakresem typowym dla remontu kapitalnego z wymiana zużytych elementów i nie zawiera on znamion modernizacji. A zatem zakres prac rzeczywiście wykonanych podczas remontu turbiny na bloku A5 w Kosowie jest inny niż sugerowany w liście referencyjnym, a co za tym idzie nie powinien być brany pod uwagę, ponieważ jest niezgodny z zakresem prac wymaganych dla referencji opisanych w SIWZ dla postępowania o udzielenie zamówienia na „Modernizację i remont turbozespołów bloków nr 3 i 6 w EI. Kozienice S.A.” w pkt. 6 ppkt. 6.2 SIWZ.

Odwołujący wnosil o dopuszczenie biegłego i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność czy przedmiotowe, prowadzone przez Kosovo Energy Corporation J.S.C. postępowanie nr KCBC-02/259A5/07 było remontem czy modernizacją oraz czy prace w postępowaniu nr KCBC-02/259A5/07 mają podobny zakres do zakresu postępowania.

W ocenie Odwołującego zakres prac przedmiotowego remontu w Kosowie nie jest podobny do zamówienia będącego przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ przedmiotem prowadzonego przez Kosovo Energy Corporation J.S.C. postępowania nr KCBC-02/259A5/07 był remont kapitalny turbozespołu A5 z wymianą zużytych elementów bez znamion modernizacji, a uzyskany przyrost sprawności wiązał się jedynie z efektem tak przeprowadzonego remontu kapitalnego.

Nadto zwrócił uwagę, że dołączone referencje z dnia 12 września 2011 roku różnią się od referencji wydanych przed poprzednim postępowaniem na modernizację bloków nr 3 i 6. Nowe referencje dołączone do niniejszego postępowania nie wskazują modernizacji, co oznacza, że wydający takie referencje ostrożniej, z refleksją odnosi się do poprzednio błędnie formułowanych referencji.

Wskazał, że do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie nieprawdziwych informacji i ich możliwy wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo skutkowym.



Argumentował, że wystąpienie pierwszej ze wskazanych przesłanek zostało ujawnione na podstawie wykazu oraz referencji sporządzonej przez Kosovo Energy Corporation J.S.C. (vide: str. 27 oraz 32, 33 oraz 35 oferty Konsorcjum Turbocare).

Przekonywał, że w przedmiotowym postępowaniu zaszła również druga ze wskazanych przesłanek, skoro informacja ta dotyczyła wykazania, iż Odwołujący ma wymagane przez Zamawiającego doświadczenie wymagane warunkami ogłoszenia, to nie ulega wątpliwości, że wykazanie ściśle określonego doświadczenia był jednym z elementów, niezbędnych do uznania, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zatem fakt posiadania wymaganego doświadczenia determinuje udział Odwołującego się w postępowaniu i w dalszej konsekwencji okoliczność ta ma wpływ na wynik postępowania. Niewykazanie żądanego doświadczenia przez konkurenta powoduje, że Wykonawca jest wykluczony z postępowania i nie zostaje zaproszony do składania ofert.

Wskazywał, że zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz z literalną wykładnią art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 Pzp, podanie nieprawdy w dokumentach nie może być uważane za błąd lub brak złożenia dokumentów.

Odwołujący podważał także załączone do oferty referencje RWE Power Aktiongesellschaft Kraftwerk Ibbenburen wydane na rzecz spółki Siemens AG oraz oświadczenie Siemens AG o wsparciu dla realizacji zadania polegającego na Modernizacji i remoncie turbozespołów bloków nr 3 i 6 w Elektrowni Kozienice swoim doświadczeniem i wiedzą.

Wskazał, że Zamawiający w pkt. 5.3 SIWZ ustanowił wymóg, aby Wykonawca nie mógł powierzyć żadnemu Podwykonawcy realizacji „Modernizacji części przepływowej WP wraz z uszczelnieniami końcowymi i międzystopniowymi” podpunkt 2 w części I opisu przedmiotu zamówienia pkt. 3 SIWZ. Wobec tego Odwołujący uznał, że niedopuszczalne jest również korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich, w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, którzy winni brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia właśnie jako podwykonawcy.

Twierdził, że jeżeli ze względu na specyfikę żądanej modernizacji części WP i unikalne cechy potrzebne dla wykonania tych operacji Zamawiający zdecydował, że tę część prac nie może wykonywać podwykonawca, a wyłącznie wykonawca, to tym samym nie jest dopuszczalne posługiwanie się doświadczeniem podwykonawców w tym zakresie dla

wykazania się doświadczeniem wykonawcy dla kwalifikowania się do wykonania tego zadania.

Zdaniem Odwołującego przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy zamawiający wprost zakazał polegania na wiedzy i doświadczeniu podwykonawców. W przedmiotowej sytuacji, Konsorcjum Turbocare powołuje się na dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, który to podmiot będzie brał udział w realizacji zamówienia, choć pkt. 5.3 uniemożliwia powierzenie prac dotyczących modernizacji części WP podwykonawcy.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż polisa przedłożona w ofercie Konsorcjum Turbocare jest niezgodna z wymaganiami SIWZ, tj. w pkt. 6.4.3. SIWZ, bowiem Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał (oraz do oferty załączył dokument opłaconej polisy) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 40.000.000 PLN.

Zarzucał, że Konsorcjum Turbocare nie spełniło wymagań Zamawiającego, bowiem do oferty załączyło polisę niespełniającą ww. minimum, tj. polisę w której łączna kwota ubezpieczenia OC ograniczona jest do 10.000.000 PLN, tj. 30.000.000 PLN mniej niż wymóg SIWZ.

Wywodził, że z tego powodu Zamawiający jest zobligowany normą art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa, jednakże na przeszkodzie do dokonania tej czynności stoi zarzut podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Ostatecznie z ostrożności procesowej podniósł, że gdyby Izba nie podzieliła zarzutów i argumentów dotyczących wykluczenia i/lub odrzucenia oferty Konsorcjum Turbocare, zgłosił zarzut naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa i polisy wraz z dowodem jej opłacenia.

W dniu 8 grudnia 2011r. wykonawca – Konsorcjum: TurboCare sp. z o.o. i TurboCare Inc. zgłosił skutecznie swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej załączników, wyjaśnień Odwołującego z dnia 26.10.2011r. i 4.11.2011r., ofert Odwołującego i Przystępującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez uczestnika i strony wyjaśnień oraz pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust.1 i 3, art.89 ust.1 pkt 2 i 4, art.91 ust.1 ustawy Pzp, lecz nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.24 ust.2 pkt 3, art.89 ust.1 pkt 1, 5 i 8 oraz pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.) oraz art.104 i 105 kodeksu cywilnego.

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz czy nie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego naruszając te przepisy, a w konsekwencji dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty poza granicami prawa.

Izba doszła do przekonania, że zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia pozostawał w granicach jego opisu znajdującego się w pkt 3.1, l.2 i pkt 3.2, l.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącego modernizacji części przepływowej WP wraz z uszczelnieniami końcowymi i między stopniowymi.

Z ustaleń Izby dokonanych na rozprawie na podstawie oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego wynika, że innego szczegółowego opisu wykonania powyższych prac Zamawiający w SIWZ nie przewidział.

Należy również wskazać, że Zamawiający pomimo stworzenia w SIWZ postanowień obejmujących definicje dla potrzeb prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie dokonał omówienia pojęcia modernizacji części WP.

W takim przypadku pojęcie to należy rozumieć zgodnie z przyjętymi regułami języka polskiego jako unowocześnienie czy usprawnienie urządzenia.

W następstwie takiego opisu części przedmiotu zamówienia nie określającego zakresu modernizacji oraz jej rezultatu Odwołujący zaproponował rozwiązanie techniczne stanowiące modernizację części WP zawarte w załączniku nr 10A na stronie 111 oferty.

Odwołujący w swojej ofercie zaproponował dokonanie między innymi modernizacji turbozespołu dobraną przez siebie metodą pozwalającą na osiągnięcie żądanymi treścią SIWZ parametrów sprawności wewnętrznej WP 85%, przyrostu mocy elektrycznej o 3 WM oraz obniżenia jednostkowego zużycia ciepła o 120 KJ/kWh.

Zamawiający nie kwestionował spełniania przez przedmiot zamówienia w tym zakresie wymagań, lecz podważał jedynie zaoferowaną metodę wykonania przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że wobec braku precyzyjnego opisanego przez Zamawiającego czynności modernizacyjnych nie mógł on ograniczyć metody spełnienia świadczenia, jeżeli ta gwarantowała wymagane treścią SIWZ parametry.

Potwierdzeniem prawidłowości doboru tej metody świadczenia jest również opinia prof.dr.hab.inż Janusz Badur z Instytutu Maszyn Przepływowych z dnia 2.12.2011r. dotycząca modernizacji turbiny parowej. W szczególności Izba podziela wnioski końcowe tej opinii w kwestii dopuszczalności zastosowania zaoferowanej przez Odwołującego metody w kontekście braku w SIWZ odpowiedniego doprecyzowania przez Zamawiającego pojęcia modernizacji.

Izba nie podzieliła wniosków wynikających ze stanowiska prof.dr hab.Krzysztofa Jesionek z Zakładu Kotłów i Turbin Instytutu Techniki Ciepłej i Mechaniki Płynów Wydziału Mechaniczno-Energetycznego Politechniki Wrocławskiej z dnia 12 grudnia 2011r., bowiem jej autor uczynił zastrzeżenie o krótkim okresie przygotowania opinii i konieczności określenia dokładniejszych danych liczbowych poprzez przeprowadzenie obliczeń

areodynamicznych, szczegółowej analizy specjalistycznej literatury oraz wyników pomiarów przeprowadzonych w kraju modernizacji podobnych turbin parowych.

Odnosząc się do przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego w trybie przepisu art.90 i nast. ustawy Pzp Izba uznała, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oferty była zbyt daleko idąca.

Wartość szacunkowa zamówienia w protokole postępowania została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 44 900 000 zł na dzień 22.08.2011r.

Należy wskazać, że stosownie do treści art.90 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Takie działanie Zamawiający podjął kierując stosowne zapytanie do Odwoływającego.

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Odwoływający w wyjaśnieniach z dnia 26.11.2011r. zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa podał szczegółowe odniesienie się do cen z pozycji formularza ofertowego z ich uzasadnieniem w kalkulacji ceny w 13 pozycjach, które są zdaniem Izby przekonywujące i mogą wpłynąć na obniżenie ceny zaoferowanego świadczenia.

Wskazał również na sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy oraz obniżenie zakładanego zysku.

Zamawiający zarówno w uzasadnieniu do rozstrzygnięcia przetargu, jak i na rozprawie z wyłączeniem częściowej jawności nie odniósł się do wszystkich pozycji kosztowych wskazanych przez Odwoływającego, lecz dokonał jedynie wybiórczego wskazania tych pozycji co do których miał wątpliwości, nie wykazując jednak na czym te wątpliwości polegały.

Istota jednak oceny Zamawiającego w aspekcie rażąco niskiej ceny sprowadzała się do uznania przez niego, że Odwoływający zaoferował świadczenie niezgodne z oczekiwaniami Zamawiającego dotyczącymi modernizacji części WP, co miało wpływ na obniżenie ceny. Potwierdza to w całości stanowisko Komisji Przetargowej zawarte w protokole z dnia 22.11.2011r., DZP-EK-461-44/11. Ocena taka z punktu widzenia treści art.90 ust.3 ustawy Pzp jest niedopuszczalna.

W ocenie Izby wszystkie okoliczności podniesione przez Odwołującego w wyjaśnieniach miały charakter obiektywny i odnosiły się do konkretnych pozycji cenowych.

Odwołujący udowodnił zatem zdaniem Izby, że przy podanej cenie uzyska odpowiedni poziom zysku zapewniający rentowność jego przedsiębiorstwa i że zostaną przy tak ustalonej cenie wykonane wszystkie elementy konieczne przedmiotu zamówienia.

W takim wypadku, opierając się na takich wyjaśnieniach, Zamawiający nie powinien na zasadzie art.90 ust.3 w związku z art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp odrzucać oferty wykonawcy, który złożył kompletne wyjaśnienia, a dokonana na ich podstawie ocena powinna prowadzić do wniosku, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W każdej sytuacji ocena wyjaśnień wykonawcy przez Zamawiającego powinna być poprzedzona wnikliwą analizą cenową i zawierać uzasadnienie adekwatne do zakresu złożonych wyjaśnień. Brak tych elementów prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie przedstawił takich przeciwdowodów, które umożliwiłyby przyjęcie tezy o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia z rażąco niską ceną.

Jednocześnie nie ma także powodów do uznania, że cena jest rażąco niska także w sytuacji gdy niektóre ceny jednostkowe zostały zaniżone przez wykonawcę. W sprawie tej Izba jednak nie dostrzegła podanej praktyki.

W rozpoznawanej sprawie zaoferowana cena Odwołującego odbiega od drugiej zaoferowanej ceny jedynie o około 17%, nie ma też rażącej rozbieżności w stosunku do powołanej na wstępie wartości szacunkowej zamówienia. Wymaga podkreślenia, że rażąco niska cena jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegającą od cen przyjętych w danego rodzaju obrocie, wskazującą na fakt realizacji zamówienia rozpoznawanej poniżej kosztów wytworzenia.

Nadto należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w swoim uzasadnieniu do rozstrzygnięcia przetargu z dnia 22.11.2011r. stwierdził, że w poprzednim, unieważnionym przetargu przetargu na modernizację i remont turbozespołów bloków nr 3 i 6 (znak sprawy 3/KR/11/ZP) cena oferty Odwołującego wynosiła 50 550 466, 20 PLN. Z okoliczności tej można wnioskować, że Zamawiający dokonał szacowania wartości przedmiotu zamówienia bez zachowania należytej staranności, skoro w swoich kalkulacjach pominął powyższą wartość ceny rynkowej i wycenił zamówienie na kwotę 44 900 000 zł.

Powyższego stanowiska Izby w aspekcie rozpatrywanego zagadnienia braku rażąco niskiej ceny nie zmienia przedłożone na rozprawie przez pełnomocnika Zamawiającego zestawienie odnoszące się do cen zaoferowanych przez Odwołującego w poprzednim przetargu.

Przechodząc do oceny zarzutów skierowanych przeciwko ofercie Przystępującego Izba stwierdziła, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Izba nie uznała zarzutu Odwołującego dotyczącego niezgodności harmonogramu realizacji przedłożonego przy ofercie z terminem przekazania dokumentacji remontowej wymaganym w § 4 pkt 1.1.5. Izba uznała czynność Zamawiającego poprawienia powyższej omyłki na zasadzie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp jako mieszczącą się w granicach cyt. przepisu.

W zakresie zarzutu skierowanego przeciwko referencji z dnia 18 czerwca 2010r. i referencji z dnia 12 września 2011r. Izba uznała, że spełniają one warunek pkt 6 ppkt.6.2 SIWZ. Zakresy obu przedmiotowych referencji w żaden sposób się nie wykluczają i łącznie obejmują one zarówno remont, jak i modernizację (str.32 – 35 oferty Przystępującego), co świadczy o podobnym zakresie wykonanych prac w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z tego powodu Izba uznała, że brak jest dostatecznych powodów do uznania za uzasadnione dopuszczenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność czy przedmiotowe, prowadzone przez Kosovo Energy Corporation J.S.C postępowanie było remontem oraz czy prace mają podobny zakres do zakresu postępowania, skoro powyższa okoliczność została już stwierdzona innymi dowodami.

Podobną ocenę dowodów w podnoszonym zakresie dokonał już Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 8 sierpnia 2011r., sygn. akt KIO 1587/11 wydanym w postępowaniu odwoławczym dotyczącym wprowadzie unieważnionego już postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale obejmującego ten sam przedmiot zamówienia, w którym stwierdził, że „zakres prac jakie zostały wykonane podczas remontu kapitalnego i modernizacji turbiny LMZ K200-130-3 w Elektrowni Kosovo na bloku A5 w latach 2007-2009, potwierdza spełnianie przez przystępującego warunku określonego w pkt 6.2 siwz.”.

Odwołujący zatem w żaden sposób nie udowodnił, że przedłożony przez Przystępującego wykaz(str.27 oferty) wraz z powyższymi referencjami(str.32-35) świadczy o

złożeniu nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego referencji RWE Power Aktiengesellschaft Kraftwerk Ibbenburen wydanych na rzecz spółki Siemens AG oraz oświadczenia Siemens AG o wsparciu dla realizacji zadania polegającego na Modernizacji i remoncie turbozespołów bloków nr 3 i 6 w Elektrowni Kozienice swoim doświadczeniem i wiedzą Izba uznała, że dokumenty te potwierdzają spełnianie przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Z ustaleń Izby wynika, że Przystępujący nie ma zamiaru powierzyć wykonania „Modernizacji części przepływowej WP wraz uszczelnieniami końcowymi i międzystopniowymi” powyższemu podmiotowi. Natomiast Izba nie podziela zapatrywania Odwołującego, że niedopuszczalne byłoby korzystanie wykonawcy z doświadczenia i wiedzy powyższego podmiotu.

Jednocześnie Izba uznała, że przedłożone na rozprawie przez pełnomocnika Zamawiającego prawidłowe tłumaczenie udzielonego Markowi Dudzińskiemu i Robertowi Podszus pełnomocnictwo do złożenia oferty w imieniu Turbocare Inc obowiązujące do dnia 31 grudnia 2011r.potwierdziło prawo do działania wyżej wymienionych osób w imieniu tego podmiotu w powyższym zakresie.

Ostatecznie wobec wycofania na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego zarzutu skierowanego przeciwko polisie Przystępującego Izba odstąpiła od rozpatrywania tego zarzutu.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:** .....