

**Sygn. akt KIO/UZP 1464/10**

**WYROK**  
**z dnia 29 lipca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „CONTROL PROCESS” S.A., ENERGIA Sp. z o.o., ul. Skrzyszowska 6, 33-100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** protestu z dnia 21 czerwca 2010 r.

przy udziale **Zakład Elektroniki Górniczej ZEG S.A., ul. Biskupa Burschego 3, 43-100 Tychy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu oraz odrzucenie oferty Zakładu Elektroniki Górniczej ZEG S.A. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia**

2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „CONTROL PROCESS” S.A., ENERGIA Sp. z o.o., ul. Skrzyszowska 6, 33-100 Tarnów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „CONTROL PROCESS” S.A., ENERGIA Sp. z o.o., ul. Skrzyszowska 6, 33-100 Tarnów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „CONTROL PROCESS” S.A., ENERGIA Sp. z o.o., ul. Skrzyszowska 6, 33-100 Tarnów.**

## Uzasadnienie

Zamawiający, Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę kogeneracyjnego układu z generatorem około 4.0 MWe zasilanego gazem z odmetanowania kopalni dla JSW S.A. KWK „Krupiński”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 20.01.2010 r, tym samym do niniejszego odwołania stosuje się przepisy Pzp w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 z dnia 29.12.2009).

W dniu 11.06.2010 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę Zakładu Elektroniki Górniczej ZEG S.A. (zwanej dalej „ZEG”).

W dniu 21.06.2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „CONTROL PROCESS” S.A. i ENERGIA Sp. z o.o. (zwani dalej „Konsorcjum”) wnieśli protest wobec ww. czynności zamawiającego, domagając się wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Protestujący zarzucił zamawiającemu (zarzuty referowane w zakresie podtrzymanym następnie w odwołaniu):

- 1) naruszenie art. 7 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 3 oraz w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez brak wykluczenia ZEG oraz brak odrzucenia jego oferty mimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz złożona oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 2) naruszenie art. 89 ust 1 pkt. 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaoferowanie przez wykonawcę ZEG jednostkowego kosztu produkcji MW znacznie różniącego się w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców, co powoduje, że koszt produkcji MW jest poniżej kosztów wytworzenia;

- 3) naruszenie art. 7 w zw. z art. 90 ust 1 i 2 ustawy poprzez nie wezwanie wykonawcy ZEG do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
- 4) naruszenie art. 7 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez błędną ocenę oferty „ZEG”. Oferta ta winna zostać odrzucona bowiem nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w zakresie parametrów oferowanego agregatu kogeneracyjnego,
- 5) naruszenie art. 7 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy poprzez niewykluczenie wykonawcy, którego uzupełnienie oferty nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Referencje dostarczone przez ZEG na wezwanie zamawiającego nie potwierdzają spełnienia powyższych warunków. Jednocześnie ZEG nie dostarczyła Wykazu wykonanych zamówień potwierdzających spełnianie warunku opisanego w potwierdzających spełnienie warunku udziału opisanych w siwz pomimo wyraźnego wezwania zamawiającego w piśmie z dnia 4 maja 2010 r.;
- 6) naruszenie art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy poprzez, nieodrzuconie oferty ZEG pomimo podpisania jej przez osoby nieprawidłowo reprezentujące wykonawcę.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in.:

- I. Zarzut rażąco niskiej ceny, zarzut udzielenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz zarzut sprzeczności oferty z zapisami siwz. Brak zastosowania przez zamawiającego procedury z art. 90 ustawy.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę ZEG. Oferta wybranego wykonawcy otrzymała łącznie 99,34 punkty, w tym 49,34 punkty w kryterium „Cena”, 35 punktów w kryterium „Jednostkowy koszt produkcji MWh netto w okresie 10 lat w cenach roku 2010” i 15 punktów w kryterium „Współczynniki sprawności całkowitej”.

Zgodnie z załącznikiem nr 12 do oferty o tytule „Parametry gwarantowane układu kogeneracyjnego” (str. 55 oferty) Wykonawca ZEG oferuje dostawę agregatu kogeneracyjnego GE Jenbacher JMS 624 GS-SL wersja G75 (poz. 1.1 załącznika).

Gwarantowane parametry oferowanego agregatu kogeneracyjnego wynoszą:

- sprawność elektryczna 44,1% (poz. 1.4),
- sprawność cieplna 44% (poz. 1.5),
- co w konsekwencji daje sprawność całkowitą (ogólną) wynoszącą **88,1%** (poz. 1.6).
- deklarowany przez ZEG jednostkowy koszt eksploatacyjny ogółem **2,51 €/MWh<sub>e</sub>** (poz. 4).

Oprócz ZEG dostawę tego samego agregatu w ramach realizacji zamówienia zaoferowało jeszcze pięciu (1.Konsorcjum: ELEKTROMETAL Cieszyn S.A., ZPiDT „GORPPROJET” Sp. z o.o., ELEKTROMONTAŻ Energetyka Sp. z o.o.;2. WARBUD SA.;3. Konsorcjum: Energomontaż Chorzów Sp. z o.o., ELPRO-7 Sp. z o.o.; 4. ELBRO, 5. PKiMSA Carboautomatyka S.A.) innych wykonawców spośród dziesięciu, którzy złożyli oferty. Wszyscy pozostali wykonawcy, którzy zaoferowali dostawę agregatu GE Jenbacher JMS 624 GS-SL wersja G75, gwarantowali parametry wynoszące odpowiednio:

- sprawność elektryczna - 44,1% (poz. 1.4),
- sprawność cieplna - **43,7%** (poz. 1.5),
- sprawność całkowita - **87,8%** (poz. 1.6),
- jednostkowy koszt eksploatacyjny ogółem **-3,51 €/MWh** (poz. 4). Z wyjątkiem sprawności elektrycznej, parametry gwarantowane przez pozostałych wykonawców są **inne** niż parametry rzekomo gwarantowane przez ZEG.

Parametry podane przez pozostałych wykonawców oparte są na informacji jedyne go autoryzowanego przedstawiciela producenta silnika w Polsce, tj. spółki KWE - Technika Energetyczna Sp. z o.o., zwanej dalej KWE. Wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, w tym ZEG, otrzymali od KWE taką samą informację. KWE jest jedynym autoryzowanym przedstawicielem Jenbacher w zakresie dystrybucji, sprzedaży i serwisu na terenie Polski.

**Dowód:** parametry gwarantowane układu kogeneracyjnego podane przez KWE

Z uwagi na powyższe rozbieżności Zamawiający wezwał ZEG do złożenia wyjaśnień. Pismem z 10 maja 2010 r. ZEG wyjaśnił, iż rozbieżności dotyczące powyższych parametrów wynikają z potraktowania przez ZEG agregatu jako podstawy do budowy układu kogeneracyjnego, a wykorzystanie każdego potencjalnego źródła energii dla celów technologicznych oraz dogłębna analiza nakładów rzeczowo - finansowych pozwoliły na uzyskanie przez oferowany układ parametrów podanych w załączniku nr 12 do oferty ZEG.

Po pierwsze, z kolejności pozycji w załączniku nr 12 do SIWZ w sposób jednoznaczny wynika, że w pozycjach 1.2-1.7 należało podać parametry techniczne oferowanego silnika (agregatu) wskazanego w pozycji 1.1., a nie całego układu. Następnie dane techniczne silnika z poz. 1.6 należało przenieść do formularza oferty. Zwraca uwagę fakt, że w ten właśnie sposób postanowienia SIWZ rozumiało pięciu pozostałych wykonawców. Stanowisko ZEG, według którego ocenie w ramach kryterium „Współczynniki sprawności całkowitej” podlega sprawność całego układu, a nie silnika stanowiącego jego część, nie znajduje zatem oparcia w treści siwz. Skoro ZEG wpisał w pozycjach 1.2-1.7 Załącznika 12 parametry oferowanego układu, a nie silnika, to treść jego oferty w powyższym zakresie jest **sprzeczną z treścią SIWZ**. W konsekwencji oferta ZEG podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej

treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówieni wyjaśnień ZEG wynika, iż oferuje wykorzystanie mocy cieplnej niskotemperaturowej w ilości 28,64 KW do podgrzewania wody do celów socjalnych (kąpeli, mycia rąk) pracowników obsługi agregatu bądź ogrzewania pomieszczeń sterowni, co pozwoli na osiągnięcie zwiększonej sprawności cieplnej układu. Moc ta ma być uzyskana z chłodzenia mieszanki napędowej II stopnia. W tym kontekście podkreślić należy, że przeznaczeniem układu kogeneracyjnego, którego wykonanie stanowi przedmiot zamówienia, jest przekazywanie ciepła uzyskanego z gazu z odmetanowania kopalni do sieci ciepła technologicznego, co potwierdzają przykładowo postanowienia punktu 2.4 lit. c i k oraz punktu 3.1. lit. c załącznika nr 3 do SIWZ. Układ kogeneracyjny ma być zatem wykorzystywany w celach przemysłowych, a nie socjalnych.

Biorąc pod uwagę, że ciepło ma być przekazywane z układu do instalacji ciepłowniczej na wartość sprawności cieplnej może mieć wpływ wyłącznie moc cieplna wysokotemperaturowa. Moc cieplna wysokotemperaturowa oferowanego przez ZEG silnika wynosi 4000 kW, co potwierdzają zarówno informacje KWE, jak i materiały przedstawione przez ZEG. Moc cieplna silnika wykazana została w poz. 1.3 informacji KWE (moc termiczna znamionowa) i wynosi 4000 kW. Zgodnie z zastrzeżeniem poczynionym przez KWE podana moc cieplna nie uwzględnia chłodzenia mieszanki II stopnia, którą ZEG rzekomo zamierza wykorzystać do podwyższenia sprawności cieplnej układu.

**Zaskakujące jest, że ZEG w poz. 1.3 Załącznika nr 12 nie uwzględnił mocy cieplnej niskotemperaturowej pozyskiwanej z chłodzenia mieszanki napędowej II stopnia, mimo że deklaruje, iż uzyskanie zwiększonej sprawności cieplnej oferowanego układu wynika właśnie z wykorzystania tej mocy. ZEG podał w poz. 1.3 Załącznika, że moc cieplna wynosi 4000 kW (czyli wyłącznie moc cieplną wysokotemperaturową), a nie 4235 kW lub 4028,64 kW.**

Odnosząc się do wyjaśnień ZEG dotyczących jednostkowych kosztów materiałów eksploatacyjnych, wskazać należy, iż uwzględnione przez ZEG materiały (olej, filtry, świece i głowice) stanowią materiały eksploatacyjne, których normalny okres zużycia nie przekracza 36 miesięcy. Dostawa takich materiałów nie jest przedmiotem zamówienia, zgodnie bowiem z punktem V.3 załącznika nr 1 do SIWZ, wykonawca ma obowiązek zapewnienia na własny koszt w okresie gwarancji pełnego zakresu usług serwisowych łącznie z zapewnieniem pełnego asortymentu części zamiennych. Obowiązek ten nie dotyczy jednakże materiałów eksploatacyjnych, których normalny okres zużycia nie przekracza 36 miesięcy. Zamawiający zamierza zatem podpisać na dostawę tych materiałów odrębną umowę z wykonawcą wybranym w stosownym trybie.

Skoro zatem wykonawca, którego oferta zostanie wybrana w niniejszym postępowaniu, nie będzie dostarczał powyższych materiałów eksploatacyjnych o okresie zużycia do 36 miesięcy, nieuprawnione jest uwzględnianie w wycenie jednostkowych kosztów materiałów

eksploatacyjnych rzekomych „marż i upustów”, które może uzyskać centralny dział logistyki grupy kapitałowej, do której należy wykonawca ZEG.

Powyższa uwaga odnosi się również do kosztów remontu kapitalnego. Wykonanie remontu kapitalnego nie stanowi przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Jedyną „specjalistyczną” firmą na terenie Polski wykonującą remonty kapitalne jest autoryzowany przedstawiciel producenta - KWE. KWE wyceniła jednostkowy koszt remontu generalnego na 0,87 euro/MWhe, czyli dwukrotnie wyżej niż ZEG. Dodatkowo należy zauważyć, iż żadna ze spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej KOPEX nie realizowała inwestycji z wykorzystaniem silnika Jenbacher, nie mogła się zatem „wyspecjalizować się” w jego naprawach.

Podkreślić należy ponownie, że Wykonawca ZEG nie posiada uprawnień, by zagwarantować Zamawiającemu możliwość skorzystania z upustów oraz tańszego wykonawstwa remontu kapitalnego, rzekomo dostępnych temu Wykonawcy.

Powyższe okoliczności potwierdzają, że podane w ofercie ZEG parametry: sprawność cieplna i koszt jednostkowy eksploatacji są niezgodne ze stanem rzeczywistym. ZEG podał nieprawdziwe dane w ofercie w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami, którzy zamierzali zaoferować to samo urządzenie o takich samych parametrach. Miało to wpływ na wynik postępowania, ponieważ ZEG uzyskał maksymalną ilość punktów w kryteriach: „Jednostkowy koszt produkcji MWh netto w okresie 10 lat w cenach roku 2010” i „Współczynniki sprawności całkowitej”. W konsekwencji oferta ZEG została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Reasumując, należy stwierdzić, iż uzasadnienie wystosowane przez Wykonawcę ZEG w piśmie z 10 maja 2010 r. jest mało wiarygodne i polega na poszukiwaniu uzasadnienia zadeklarowanych parametrów *post factum*.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym niniejszy protest jest uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie.

Protestujący podniósł również, iż uzasadnienie przyjętych założeń sporządzone przez ZEG opiera się na dowolnie przyjętych i nierealnych stawkach, co bezpośrednio wpływa na niewiarygodność ceny całej usługi zaoferowanej przez ZEG. Cena ta nie pozwala w żadnej mierze na osiągnięcie zysku co powoduje, że usługa świadczona będzie poniżej kosztów jej wytworzenia.

Na str. 4 w pkt. 5 oferty wykonawca ZEG podał jednostkowy koszt produkcji MW netto w okresie 10 lat w cenach z roku 2010 w wysokości 2,51 euro. Różnica w wysokości jednostkowego kosztu produkcji MW netto pomiędzy ZEG a pozostałymi wykonawcami jest znaczna, bowiem koszt podany przez wszystkich pozostałych wykonawców (3,51 euro) jest

ok. 39% wyższy w stosunku do oferty ZEG, pomimo zastosowania tego samego silnika firmy GE Jenbacher (str. 55 oferty). Fakt ten powoduje, iż w rezultacie koszty podane przez ZEG należy uznać za mało wiarygodne, co sprawia, iż końcowa cena zamówienia winna zostać oceniona jako rażąco niska.

Protestujący podnosi, iż w świetle powyższego z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że przyczyną podania przez Wykonawcę ZEG jednostkowego kosztu produkcji MW netto różniącego się w stosunku do wszystkich pozostałych wykonawców dokładnie o 1 euro, jest błąd w obliczeniu ceny, który nie może być traktowany jako omyłka rachunkowa, a zatem nie podlega poprawieniu.

Protestujący zarzuca, iż zamawiający występując do ZEG o wyjaśnienia nie wdrożył obowiązkowej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy, lecz zażądał wyjaśnień w nieprawidłowym trybie art. 87 ust. 1 ustawy, co stanowi błąd proceduralny.

Należy stwierdzić, iż wyjaśnienia złożone przez ZEG w piśmie z dnia 10 maja 2010 r. są mało wiarygodne, zbyt ogólnikowe oraz nierzetelne, zatem nie mogą stanowić podstawy uznania proponowanych w ofercie założeń za prawdziwe.

Protestujący zarzuca, iż zamawiający naruszył dyspozycję art. 90 ust.1 i 2 ustawy, zgodnie z którym w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a 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. Zamawiający w celu wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 90 ustawy, polegającego na weryfikacji cen rażąco niskich, obowiązany jest porównać ceny złożonych ofert nie tylko z własną kalkulacją ceny, ale też z cenami innych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Cena zawarta w ofercie Wykonawcy „ZEG” budzi oczywiste wątpliwości co do jej wiarygodności i rzetelności obliczenia. Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy, który nakłada na Zamawiającego obowiązek weryfikacji niewspółmiernie niskiej ceny w stosunku do zakresu zamówienia. Podkreślić należy, że wymieniony przepis nie wymienia procentowo wskaźnika różnicy pomiędzy ceną najwyższą i najniższą, po przekroczeniu którego Zamawiający dopiero wszczyna postępowanie wyjaśniające. Jednakże w sytuacji znaczącej rozbieżności cen proponowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu Zamawiający zobligowany był do weryfikacji, a następnie odrzucenia oferty nie gwarantującej rzetelnego wykonania zamówienia.



II. Zarzut nieprawidłowego uzupełnienia referencji przez ZEG, które nie potwierdziły spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

W złożonej przez „ZEG” ofercie na str. 25 w poz. 1 i 2 *Wykazu wykonanych zamówień* wskazano, że wykonano „zabudowę agregatu prądowórczego w obudowie typu kontener zasilanego gazem ujmowanym przez powierzchniową stację odmetanowywania wraz z infrastrukturą niezbędną do ich funkcjonowania. Ze wspomnianego *Wykazu wykonanych zamówień* oraz załączonych do oferty „ZEG” kopii dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia (str. 26 i 27 oferty) nie wynika jednakże, że wykonanie zamówienia obejmuje budowę i uruchomienie układu kogeneracyjnego (z odbiorem ciepła) oraz włączenia do sieci SN. Protestujący popiera stanowisko Zamawiającego, który wezwał Wykonawcę ZEG do uzupełnienia *Wykazu* w powyższym zakresie.

**W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, „ZEG” w piśmie ZEG/1672/DM/852/2010 z dnia 10 maja 2010 r. przedłożył referencje wystawione przez Kompanię Węglową S.A., z której wynika, że wykonawca spełnia warunek - budowę i uruchomienie układu kogeneracyjnego z agregatem o mocy co najmniej 1MW z włączeniem do sieci SN.**

Należy jednak podkreślić, że referencje zostały wystawione przez Kompanię Węglową w dniu 06.05.2010 r. czyli po terminie składania ofert, który upłynął w dniu 17.03.2010 r.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy i z ugruntowaną linią orzecniczą - nie jest dopuszczalne, aby wystawione dokumenty miały datę późniejszą. Jako przykład można powołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1341/08), w którym skład orzekający stwierdza, iż: „na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz.U. z 2008 r. nr 171, poz. 1058) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe z wyjątkiem przepisów dotyczących m.in. przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym znowelizowaną ustawą. Zgodnie z tą nowelizacją nawet dokumenty podmiotowe powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zatem Zamawiający winien odrzucić ofertę Przystępującego również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż uzupełnione dokumenty powstały i potwierdzały stan faktyczny po terminie złożenia oferty.”

Reasumując, uzupełniane oświadczenia i dokumenty muszą potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych najpóźniej na dzień ustalony jako termin składania ofert lub wniosków. Zatem, biorąc pod uwagę fakt przedłożenia przez Wykonawcę ZEG dokumentu wystawionego po terminie składania ofert należy stwierdzić, że Wykonawca ten nie spełniał warunku udziału w

postępowaniu w dniu składania ofert. W związku z powyższym oferta Wykonawcy ZEG podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy.

Ponadto, należy zarzucić, iż ZEG nie uzupełnił wszystkich wymaganych dokumentów zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Zamawiający bowiem w piśmie z dnia 04.05.2010 r wzywał wykonawcę „ZEG” do uzupełnienia „Wykazu wykonanych zamówień potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. IX B) siwz, wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do siwz”. Wykonawca ZEG tymczasem nie przedłożył uzupełnionego Wykazu, załączając jedynie dokument z referencjami wystawionymi przez Kompania Węglowa S. A. Należy stwierdzić, iż w tym zakresie Wykonawca ZEG nie uczynił zadość żądaniu Zamawiającego, bowiem z dotychczasowego Wykazu (załączonego do oferty - str. 25 oferty) nie wynika, że wykonanie zamówienia obejmuje budowę i uruchomienie układu kogeneracyjnego (z odbiorem ciepła) z włączeniem do sieci SN.

Reasumując, Wykonawca „ZEG” nie złożył w wyznaczonym terminie wykazu o który wzywany był przez Zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę, wykonawca „ZEG” nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i nie wykazał się posiadaniem wiedzy i doświadczenia potrzebnego do realizacji przedmiotowego zamówienia. Oferta w powyższym zakresie winna podlegać wykluczeniu.

### III. Zarzut niewłaściwej reprezentacji Wykonawcy ZEG

Z analizy dokumentacji ofertowej Wykonawcy ZEG wynika, iż na formularzu oferty oraz na wszystkich załącznikach w imieniu ZEG S.A. składają podpisy Prezes zarządu Adam T. oraz prokurent Anna B. Dodatkowo na piśmie z dnia 11 maja 2010 r. (złożonym na dzienniku podawczym w dniu 12 maja 2010 r.) wystosowanym przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego widnieją podpisy Prezesa zarządu Adama T. wraz z drugim z prokurentów Dariuszem G. Zgodnie z załączonym do oferty odpisem z KRS „do składania oświadczeń woli i podpisywania w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie prezesa i członka zarządu lub dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem”. Kodeks spółek handlowych w art. 373 § 1 wprowadza zasadę, iż jeżeli zarząd jest wieloosobowy, sposób reprezentowania spółki określa jej statut. Jeżeli statut nie zawiera żadnych postanowień w tym przedmiocie, do składania oświadczeń w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. O ile więc statut nie przewiduje żadnych unormowań w kwestii szczególnych uprawnień prezesa zarządu, jego status prawny niczym w zasadzie nie różni się od statusu pozostałych członków zarządu. Jednakże w spółce akcyjnej, z mocy jej statutu, istnieje możliwość przyznania odrębnych uprawnień prezesowi zarządu tej spółki, różniących się od

uprawnień przysługujących każdemu członkowi zarządu (art. 371 § 2 k.s.h.). W przypadku wykonawcy ZEG w umowie spółki skorzystano ze wspomnianych wyżej dyspozycji Ksh i regulowano zasady reprezentacji odrębnie od dyspozycyjnych zapisów kodeksu wprowadzając rozróżnienie pomiędzy uprawnieniami prezesa zarządu a uprawnieniami pozostałych członków zarządu. Mianowicie, zapisy KRS wprowadzają reprezentację łączną, która została w KRS szczegółowo doprecyzowana, tj. w zakresie reprezentacji dopuszcza się jedynie współdziałanie prezesa i członka zarządu lub dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Zatem, co nietrudno zauważyć umowa spółki w sferze reprezentacji wprowadza rozróżnienie w zakresie osoby prezesa zarządu oraz pozostałych członków zarządu. Należy dodać, iż zjawisko takie często występuje w praktyce spółek kapitałowych. Mianowicie, jak wynika z zapisów KRS prezes zarządu ma prawo do reprezentacji spółki jedynie we współdziałaniu z członkiem zarządu. Natomiast pozostali członkowie zarządu uprawnieni zostali do reprezentacji występując łącznie albo z prezesem zarządu, albo z innym członkiem zarządu albo z prokurentem. Reasumując, zapisy KRS spółki wykonawcy ZEG nie przewidują takiej reprezentacji jak łączne występowanie prezesa zarządu wraz z prokurentem. Skoro zatem umowa spółki wykonawcy ZEG wprowadza ograniczenia w zakresie reprezentacji co do osoby prezesa zarządu, występowanie przez prezesa zarządu wbrew powyższemu regułom powoduje, iż reprezentacja spółki w tym zakresie będzie nieprawidłowa. Tym samym należy zarzucić nieprawidłową reprezentację osób podpisujących ofertę, a oświadczenie woli w niej zawarte należy uznać za wadliwie złożone. Zgodnie z ogólną zasadą uregulowaną w art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy oferta podpisana przez osobę nienależycie umocowaną podlega odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów i brak ten zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym w dniu złożenia oferty nie podlegał uzupełnieniu.

W dniu 01.07.2010 r. zamawiający oddalił ww. protest wykonawcy.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazano, m.in.:

Nieprawdziwy jest zarzut Protestującego, że w załączniku nr 12 do SIWZ „Parametry gwarantowane układu kogeneracyjnego”, poz. od 1.2 do 1.7 dotyczą jedynie silnika a nie całego układu. Jak wynika z tytułu załącznika nr 12 do SIWZ, określenia przedmiotu zamówienia oraz zapisów załącznika nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna wykonania przedmiotu zamówienia” pkt II.4, Zamawiający jednoznacznie wymagał podania parametrów technicznych układu kogeneracyjnego, a nie silnika. Ponieważ dane układu kogeneracyjnego w części odzysku ciepła w znacznej mierze zależą od przyjętego rozwiązania oraz zastosowanych urządzeń, zamawiający nie ma podstaw do uznania, że podane przez ZEG SA dane są

nieprawdziwe. Zamawiający nie może zatem przyjąć twierdzenia protestującego, że oferta ZEG SA. podlega odrzuceniu ponieważ jest sprzeczna z treścią SIWZ. Natomiast decyzja o przeznaczeniu ciepła z układu kogeneracyjnego leży po stronie zamawiającego, a jako nie mająca znaczenia w rozwiązaniu technicznym nie może być przedmiotem protestu. Sposób odzysku ciepła stanowiący element oferty zależał tylko i wyłącznie od Wykonawcy i nie może być przedmiotem oceny tak przez Zamawiającego jak i przez Protestującego.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna wykonania przedmiotu zamówienia”, jednostkowe koszty materiałowe ponoszone przez Zamawiającego, powinny uwzględniać koszty materiałów eksploatacyjnych również o okresie zużycia do 36 miesięcy (pkt V.3 załącznika nr 1 do SIWZ .Specyfikacja techniczna wykonania przedmiotu zamówienia), których koszty zakupu ponosi Zamawiający z uwzględnieniem najkorzystniejszej ceny. SIWZ nie zawierał wymagań aby zakup materiałów odbywał się u producenta oraz nie stawiał wymogu remontu kapitalnego wykonywanego przez firmę działającą w Polsce oraz będącą autoryzowanym przedstawicielem producenta.

Mając powyższe na uwadze oraz fakt gwałtownego rozwoju rynku układów kogeneracyjnych (co znacząco obniża koszty usług) Zamawiający stoi na stanowisku, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty ZEG S.A. jako mało wiarygodnej i rażąco niskiej. Tym samym nie ma podstaw do twierdzenia, iż Zamawiający naruszył art. 90 pzp. Ponadto cena zaproponowana przez Wykonawcę za realizację przedmiotu zamówienia nie odbiega od cen proponowanych przez innych Wykonawców.

W dniu 10.07.2010 protestujący wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu podtrzymując żądania, zarzuty i twierdzenia w proteście zawarte.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego składającą się na akta postępowania odwoławczego, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła, co następuje.**

Zgodnie z postanowieniami Załącznika nr III do siwz przedmiotem niniejszego zamówienia obejmował m.in. zaprojektowanie i budowę układu kogeneracyjnego ciepła (wymienników I i II stopnia) z płynną regulacją wydajności (pkt 2.4 lit k) wraz z budową rurociągu CO z pośrednim wymiennikiem ciepła (pkt 2.4 lit c) oraz budowa rurociągu wodnego i kontenera socjalnego (pkt 2.4 lit d). Zgodnie z pkt 3.1 lit c ww. załącznika sporządzona dokumentacja

obejmować miała cały układ kogeneracyjny wraz z punktami styku z sieciami ciepła technologicznego w branży ciepłej oraz siecią wodociągową i kanalizacyjną w branży wod-kan. (Tak samo w pkt 2.4 lit c,d,k i pkt 3.1 lit c Załącznika nr 1 do siwz).

W rozdz. 4 Załącznika nr 1 do siwz podano wymagania dla układu:

pkt 4.1 – moc elektryczna od 3900 do 4100 kW,

pkt 4.2 – moc termiczna nie mniejsza niż 4000 kW, kogeneracja (wymienniki I i II stopnia) z płynną regulacją odbioru ciepła,

pkt 4.3 – min. sprawność elektryczna 41%.

Zgodnie z zastrzeżeniem z pkt 4.24 Załącznika nr 1 do siwz instalacja układu kogeneracyjnego nie mogła być rozwiązaniem prototypowym.

Zgodnie z rozdz. XVII siwz kryteriami oceny ofert w postępowaniu były:

- cena brutto za realizację przedmiotu zamówienia (w złotych) - waga 50 punktów,
- przewidywany jednostkowy koszt produkcji MWh netto w okresie 10 lat w cenach z roku 2010 r (w euro) - waga 35 punktów,
- współczynnik sprawności całkowitej (elektrycznej i ciepłej), podany procentowo - waga 15 pkt.

Podanie ww. wartości wymagano w formularzu ofertowym (Załącznik nr 2 do siwz)

Jak wynika z druku ZP 12 „Zbiornicze zestawienie ofert” w przedmiotowym postępowaniu złożono 10 ofert, w tym oferty ZEG i Konsorcjum.

W ofercie ZEG zaoferowano cenę – 15 701 400 zł, przewidziano jednostkowy koszt produkcji MWh netto w okresie 10 lat w cenach z roku 2010 r – 2.51 euro, oraz wskazano współczynnik sprawności całkowitej (elektrycznej i ciepłej) układu na poziomie 88,10%.

W ofercie Konsorcjum było to odpowiednio: 15 493 060,60 zł; 3,80 euro; 87,71 %.

Jak wynika z druku ZP-21 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia było to dwie najwyżej ocenione oferty w postępowaniu, którym w wyniku przeprowadzonej oceny przyznano:

- ZEG: kryterium cena – 49,34 punkty, koszt MWh – 35 pkt, sprawność – 15 pkt, razem 99,34 pkt.
- Konsorcjum: cena – 50 pkt, koszt MWh – 23,12 pkt, sprawność – 14,93 pkt, razem 88,05 pkt.

Zamawiający w Załączniku nr 12 do siwz zatytułowanym „Parametry gwarantowane układu kogeneracyjnego” w części tabeli oznaczonej jako „1. Dane techniczne” wymagał podania w ofercie (w postaci dołączenia do oferty ww. załącznika) następujących danych:

- pkt 1.1 – Producent, typ silnika;
- pkt 1.2 – Moc elektryczna znamionowa;
- pkt 1.3 – Moc termiczna znamionowa;
- pkt 1.4 – Sprawność elektryczna;
- pkt 1.5 – Sprawność cieplna;
- pkt 1.6 – Sprawność całkowita (ogólna).

W części tabeli oznaczonej jako „4. Jednostkowy koszt eksploatacyjny ogółem ...” zamawiający wymagał podania w euro wartości MWh w rozbiciu na:

- pkt 4.1 – jednostkowy koszt materiałów eksploatacyjnych;
- pkt 4.2 – jednostkowy koszt przeglądów (bez materiałów);
- pkt 4.3 – jednostkowy koszt remontu kapitalnego.

Jak wynikało z treści oświadczenia zawartego w ww. załączniku, wykonawca gwarantował parametry techniczne i eksploatacyjne wykazane w ofercie i zobowiązywał się do pokrycia strat zamawiającego powstałych w wyniku niemożliwości ich dotrzymania czy osiągnięcia w trakcie eksploatacji układu. Do podawanych kosztów eksploatacji powyższych gwarancji nie odniesiono.

W dołączonej do oferty ZEG tabeli powielającej załącznik nr 12 do siwz (str. 55 oferty), podano:

- pkt 1.1 – producent, typ silnika – GE Jenbacher JMS 624 GS-SL wersja G75;
- pkt 1.2 – Moc elektryczna znamionowa – 4034 KWe;
- pkt 1.3 – Moc termiczna znamionowa – 4000 KWt;
- pkt 1.4 – Sprawność elektryczna – 44.1 %;
- pkt 1.5 – Sprawność cieplna – 44 %;
- pkt 1.6 – Sprawność całkowita (ogólna) – 88,1 %.
- pkt 4.1 – jednostkowy koszt materiałów eksploatacyjnych – 1,95;
- pkt 4.2 – jednostkowy koszt przeglądów (bez materiałów) – 0,16;
- pkt 4.3 – jednostkowy koszt remontu kapitalnego – 0,40;
- w pkt 4 - jednostkowy koszt eksploatacyjny ogółem określono w wysokości 2,51 euro/MWh.

Dane dotyczące sprawności całkowitej oraz jednostkowego kosztu eksploatacyjnego ogółem, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, przeniesiono do formularza ofertowego.

Ofertę ZEG podpisał prezes zarządu spółki oraz prokurent samoistny spółki. W załączonym do oferty odpisie aktualnym z KRS dla spółki uwidocznił następujący sposób reprezentacji: do składania oświadczeń woli wymagane jest współdziałanie prezesa zarządu i członka zarządu lub dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem.

ZEG posiada aktualnie zarząd jednoosobowy.

Do oferty ZEG załączono wykaz wykonanych zamówień (str. 25 oferty) gdzie m.in. w pozycji 1 wskazano budowę aparatu prądowłóczego dla KW S.A. w KWK „Szczygłowice” zakończoną w kwietniu 2009 r. oraz przedstawiono referencje z dnia 02.02.2010 r. potwierdzające należyte wykonanie ww. zadania wystawione przez KW S.A. Oddział KWK „Knurów-Szczygłowice” (str. 26 oferty).

Pismem z dnia 04.05.2010 zamawiający zwrócił się do ZEG o wyjaśnienia w przedmiocie wskazanych na str. 55 oferty parametrów układu, tj. jego sprawności i kosztów eksploatacji, wskazując, na istotność tych parametrów w związku z ich powiązaniem z kryteriami oceny ofert. Ponadto zamawiający wskazał, iż różnią się od parametrów podawanych przez innych wykonawców składających oferty w postępowaniu (sprawność 87,8% i koszt jednostkowy 3.51 euro) którzy przewidzieli wykonanie urządzenia tego samego typu.

Ponadto zamawiający zwrócił się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, wskazując, iż z informacji zawartych w wykazie i referencji doń załączonych nie wynika czy wskazywane tam prace obejmowały swoim zakresem budowę i uruchomienie układu kogeneracyjnego oraz włączenie do sieci SN.

W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 10.05.2010 r ZEG wyjaśniła, że przedmiotowe zadanie nie dotyczyły jedynie budowy urządzenia/agregatu kogeneracyjnego, ale całego maksymalnie sprawnego układu kogeneracyjnego. Sprawność elektryczna układu pozostała niezmienną w stosunku do ofert pozostałych wykonawców natomiast podniesiono jego sprawność cieplną przez założenie wykorzystania mocy cieplnej niskotemperaturowej pochodzącej z chłodzenia mieszanki napędowej II-ego stopnia o parametrach 50/60 C dostępną w układzie. Przy jej pełnym wykorzystaniu sprawność cieplna układu mogłaby wynosić nawet 46,2 %, ale w związku z trudnościami eksploatacyjnymi złożono wykorzystanie ww. mocy jedynie na poziomie 28,64 KW dla podgrzewania wody w celach socjalnych bądź ogrzewania pomieszczenia sterowni. Uwzględnienie powyższej wielkości daje sprawność cieplną układu na poziomie 44%.

ZEG wskazał również, że obwód mody cieplnej niskotemperaturowej jest zawsze odseparowany od układu cieplnego w związku z powyższym zadanie to zostanie wykonane przez zbudowanie dodatkowego wymiennika ciepła o mocy wskazanej wyżej razem z zaworem trójdrożnym do sterowania chłodnicą.

Odnosnie wyliczenia podanych w ofercie kosztów eksploatacyjnych wykonawca wyjaśnił, iż koszt przeglądów przyjął taki sam jak pozostali wykonawcy, tj. uwzględniając cenę autoryzowanego przedstawiciela firmy Jensbacher, KWE-Technika Energetyczna KWE Sp. z o.o.. Wyjaśnił również, iż ceny w pozostałych pozycjach przyjął po analizie rzeczywistych rozmiarów koniecznych nakładów i wymian, powołując się przy ich wycenieniu na doświadczenie własnej grupy kapitałowej oraz możliwość stosowania różnorakich marż i upustów.

Odnosnie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca wyjaśnił również, że dwa zadania wskazane w wykazie spełniają wymagania zamawiającego, co do zakresu robót (realizacje w KWK „Szczygłowice” i „KWK „Sośnica-Makoszowy”), opisał zakres wykonanych tam robót, a na potwierdzenie rodzaju prac wykonywanych w KWK Szczygłowice załączył również referencje potwierdzające nie tylko należyte wykonanie robót, ale także opisujące ich zakres wystawione przez Kompanię Węglową S.A. Oddział Knurów-Szczygłowice w dniu 06.05.2010 r.

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

I. Zarzut rażąco niskiej ceny, zarzut udzielenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz zarzut sprzeczności oferty z siwz. Brak zastosowania przez zamawiającego procedury z art. 90 ustawy.

Odnosnie ww. zarzutów Izba wskazuje, iż odwołujący formalnie (przez miejsce i sposób prezentacji zarzutów w odwołaniu), jak i merytorycznie, pomieszał różne zarzuty zarówno w zakresie ich podstawy prawnej, jak i konkretnych okoliczności faktycznych dane zarzuty konstytuujących.



W pierwszej kolejności podkreślić należy, że cena w ofercie wybranej pomimo formalnego wskazywania naruszenia przepisów do rażąco niskiej ceny się odnoszących i zarzucania zamawiającemu zaniechania jej wyjaśnienia, a także popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji poprzez sprzedaż towarów czy usług poniżej kosztów ich wytworzenia (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), w rzeczywistości nie została zakwestionowana. Odwołujący, prawdopodobnie z powodu, iż koszty eksploatacyjne układu wyrażano w wartościach pieniężnych, pomyłkowo zakwalifikował je jako cenę ofertową oraz w związku z ich niską wysokością podaną w ofercie ZEG odniósł do nich regulacje dotyczące ceny rażąco niskiej oraz czynu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem jednostkowy koszt wytworzenia MWh nie jest elementem wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia (nie jest przez niego „sprzedawany”), ale parametrem/cechą użytkową układu wyrażaną w jednostkach pieniężnych, której wartość (jak najniższą) zamawiający punktował (oddzielnie od ceny ofertowej) w ramach kryteriów oceny ofert.

Niezależnie od powyższego, pokrótce odnosząc się natomiast do samej ceny oferty wybranej podnieść należy, iż jest to cena wyższa niż cena zaoferowana przez odwołującego oraz nie odbiega istotnie od cen innych wykonawców, tym samym brak jakichkolwiek poszlak do wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 Pzp.

Zarzuty dotyczące wycenienia kosztów eksploatacyjnych należało więc rozpatrzyć jako podnoszone również w proteście i odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. podania nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Na marginesie Izba wskazuje, że nie oceniała racjonalności kryteriów oceny ofert odnoszących się do tego informacji podawanych przez wykonawców ani założeń zamawiającego, co do możliwości wykorzystania informacji o wysokości kosztów eksploatacyjnych podanych przez wykonawców w trakcie oceny ofert w trakcie użytkowania przedmiotu zamówienia, gdy zamawiający np. zamawiał będzie usługi serwisowe i materiały eksploatacyjne oraz ich rzeczywiste koszty w danym momencie ponosił. Wskazać w tym kontekście jednak należy, iż rzeczywisty brak gwarancji wykonawcy, co do utrzymania wskazanego przezeń poziomu kosztów w całym 10-letnim okresie eksploatacji oraz wysoka wartość punktowa odnoszącego się do nich kryterium oceny oferty, mogły prowadzić do zaniżania przez wykonawców ich rzeczywistej wartości w celu osiągnięcia przy ocenie ofert przewagi punktowej w ramach kryterium.

Jakkolwiek można wskazać, iż wyjaśnienia wybranego wykonawcy w przedmiocie wskazanego w ofercie poziomu kosztów eksploatacyjnych są gołosłowne, nie poparte żadnymi dowodami czy odwołują się do własnych doświadczeń czy możliwości wykonawcy, które dla innych podmiotów są właściwie nieweryfikowalne, nie oznacza to, iż wskazana

przez niego wartość jest rzeczywiście zaniżona. Zamawiający np. wyjaśnienia jej dotyczące oraz jej poziom na podstawie własnego doświadczenia, znajomości przedmiotu zamówienia oraz znajomości rynku uznał za wiarygodne. Przede wszystkim jednak należy wskazać, iż w myśl zasady procesowej *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* wyrażonej w powołanych niżej przepisach, faktu zaniżenia ww. kosztów eksploatacyjnych odwołujący w żaden sposób nie udowodnił. W szczególności nie powołał żadnych dowodów, z których wynikałaby rzeczywista wielkość koniecznych prac i nakładów pozwalających ostatecznie sfalsyfikować założenia przyjęte przez ZEG. Fakt wskazania w pozostałych ofertach cen wyższych jest jedynie poszlaką wskazującą na zaniżenie ich wartości przez ZEG, a nie dowodem w tym przedmiocie, w szczególności w kontekście uznawanego przez Izbę braku wyrażonego w siwz obowiązku przyjęcia do wyliczeń i założenia dokonywania zakupów części i materiałów czy wykonywania remontów w autoryzowanym serwisie producenta. Postawione w siwz wymaganie odnośnie samego istnienia autoryzowanego serwisu producenta oferowanego urządzenia w Polsce nie oznacza konieczności wyłącznego korzystania z usług tego serwisu (przynajmniej poza okresem gwarancji producenta). Skalkulowanie w kosztach eksploatacji w pozycjach dotyczących jednostkowego kosztu materiałów eksploatacyjnych i kosztu remontu kapitalnego cen autoryzowanego serwisu producenta przez pozostałych wykonawców, samo w sobie może częściowo wyjaśniać różnice w wartościach wskazanych w ich ofertach a ofercie wybranej.

Odnosnie powyższego zaznaczyć należy, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego – zgodnie z art. 188 ust. 1 ustawy strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne najpóźniej do końca rozprawy. Ponadto art. 190 ust. 2 stanowi, iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uwzględniając powyższe oraz zasadę ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 KC Izba nie uznała za udowodnioną przez odwołującego tezę o podaniu nieprawdziwych informacji przez wybranego wykonawcę w wyżej wskazanym zakresie.

Również zarzut podania nieprawdziwych informacji w odniesieniu do parametrów technicznych układu podanych w ofercie uznano za niepotwierdzony.

W tym zakresie Izba wskazuje, że wyjaśnienia wybranego wykonawcy o zastosowaniu dodatkowego wymiennika ciepła w celu wykorzystania mocy niskotemperaturowej można uznać za wystarczające i wiarygodne. Nie przedstawiono żadnych dowodów na poparcie tez odwołującego o zmianie treści oferty poprzez podanie informacji w niej nie zawartych jedynie w celu wytłumaczenia i wyjaśnienia nieprawidłowego parametru sprawności cieplnej układu. W tym kontekście wskazać należy, iż wymagania siwz odnośnie sposobu przygotowania

oraz treści oferty nie pociągały za sobą konieczności wyspecyfikowywania i podawania wszystkich rozwiązań technicznych jakie wykonawca zamierza zastosować w projektowanym i budowanym przez siebie układzie.

Również w świetle przytoczonych w uzasadnieniu i powoływanych przez strony na rozprawie postanowień siwz nie sposób wyprowadzić zakazu wykorzystania mocy niskotemperaturowej w projektowanym układzie. Wykonawca uprawniony więc był do wyjaśnienia podanej sprawności cieplnej układu odwołując się do danych w ofercie nie zawartych, a zakładających wykorzystanie dostępnych źródeł mocy, do których zamawiający w siwz się nie odniósł, ale które w pracy układu są dostępne oraz nie zakazano wyraźnie ich wykorzystania. Wobec braku jednoznacznego stanowiska siwz w przedmiocie zakładanego czy dopuszczanego wykorzystania tzw. ciepła socjalnego, a w szczególności wobec braku wyraźnego zakazu posłużenia się jego właściwościami w pracy układu, interpretując siwz w sposób względniejszy dla wykonawcy, skorzystanie z tego typu możliwości należało dopuścić.

Potwierdzono natomiast zarzut sprzeczności treści oferty z treścią siwz w związku z zestawieniem parametrów podanych w pkt 1.3 i 1.5 załącznika do oferty pn. „Parametry gwarantowane układu kogeneracyjnego”, tj. podania niezgodnego z siwz parametru mocy termicznej układu w pkt 1.3 tabeli. Wyjaśnienia wykonawcy w przedmiocie podniesienia mocy termicznej układu przez wykorzystanie dodatkowej mocy niskotemperaturowej, co w ocenie Izby w sposób dostateczny wyjaśniło podwyższony w stosunku do ofert innych wykonawców poziom sprawności cieplnej układu (i w konsekwencji sprawności całkowitej) przesądzają o sprzeczności treści oferty z wymaganiami siwz w zakresie podanej termicznej mocy znamionowej układu – 4000 KW (pkt 1.3). Nie została w tym zakresie zaprzeczona rzetelność wyliczeń odwołującego, które Izba uznaje za prawidłowe, iż w przypadku wykazanej sprawności cieplnej moc cieplna układu winna wynosić 4028,64 KW. Jeżeli więc ZEG rzeczywiście gwarantował sprawność cieplną układu na poziomie 44% jak deklaruje w swoich wyjaśnieniach, (a nie np. zwyczajnie pomylił się o 03% w tym zakresie), to winien uwzględnić tą okoliczność podając odpowiadającą powyższemu prawidłową moc termiczną układu.

Izba nie uznała za skuteczną próbę pogodzenia sprzeczności ww. danych podjętą na rozprawie przez zamawiającego przez wskazanie, iż pkt. 1.2 i 1.3 tabeli załącznika 12 do siwz dotyczyły mocy znamionowej samego silnika, a nie mocy całego układu. Powyższe stoi w opozycji do argumentacji zamawiającego zawartej w rozstrzygnięciu protestu oraz w wyjaśnieniach ZEG z dnia 10.05.2010 r. Przedmiotem zamówienia miał być więc w tym przypadku układ kogeneracyjny, a nie sam silnik, i to do układu miały odnosić się gwarantowane parametry wymagane w załączniku nr 12. Jak słusznie podniósł zamawiający w rozstrzygnięciu protestu sam tytuł załącznika generalnie przesądza o rodzaju parametrów,

do których się odnosi. W przypadku gdy treść opisu danego wiersza tabeli wyraźnie nie przesądza o odmiennej kwalifikacji danej wielkości należy ją odnieść bezpośrednio do całego układu kogeneracyjnego. W pkt. 1.3 tabeli załącznika nr 12 nie wskazano więc, że należy tam podać znamionową moc termiczną silnika, ale ogólnie poprzestano na wskazaniu mocy znamionowej. Samo użycie zwyczajowego przymiotnika „znamionowa” nie przesądza i nie oznacza, że moc taka może odnosić się tylko do jednorodnego urządzenia. Układ urządzeń również może posiadać swoją moc znamionową, którą można uwidocznic na tabliczce układ ten opisującej. W przypadku gdy wykonawca wzbogacił, tak jak twierdzi, oferowany agregat kogeneracyjny o określonych parametrach, o dodatkowy układ wykorzystujący moc niskotemperaturową, to winien w swojej ofercie, w miejscu do tego przeznaczonym (tj. tabeli gwarantowanych parametrów, w pkt 1.3) podać i odzwierciedlić moc całego układu jako jego gwarantowanego parametru.

W związku z potwierdzeniem odnośnego zarzutu protestu (okoliczności faktyczne z nim związane zawarte w proteście w niniejszym uzasadnieniu pogrubiono) potwierdzono naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej na podstawie ww. przepisu pomimo jej sprzeczność z treścią siwz we wskazanym zakresie.

II. Zarzut nieprawidłowego uzupełnienia referencji przez ZEG, które nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert oraz zarzut nieprawidłowej reprezentacji wykonawcy.

Odnośnie ww. zarzutów należałoby poprzestać na przywołaniu rzymskiej paremii prawniczej: *de minimis non curat pretor*. Jednakże powyższe w świetle przepisów regulujących postępowanie przed Izba, nie umożliwia pominięcia rozpatrywania takich zarzutów lub pominięcia uzasadnienia ich oddalenia.

W przedmiocie zarzutów dotyczących wykazania przez ZEG spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odwołujący nie kwestionował materialnego wypełnienia wymagań zamawiającego przez inwestycje wskazaną w wykazie załączonym do oferty ZEG, której wystarczający dla przyjęcia powyższego zakres został opisany w referencjach załączonych do wyjaśnień z dnia 10.05.2010 r, co wprost przyznał w odwołaniu, stwierdzając, że z treści referencji wynika, że zakres robót wskazanego zamówienia odpowiada wymaganiom siwz w tym zakresie (odnośny fragment protestu powołany w niniejszym uzasadnieniu pogrubiono). Konsorcjum kwestionowało natomiast, jako formalnie nieprawidłowy, sposób wykazania

spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z brakiem przedłożenia wykazu usług pomimo wezwania zamawiającego oraz przedstawienie referencji wystawionych z datą późniejszą niż dzień składania ofert w postępowaniu.

Oдноśnie tak sformułowanych zarzutów Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom odwołującego wykonawcy nie są związani wezwaniem do uzupełnienia dokumentów skierowanym do nich przez zamawiającego. Nawet brak odpowiedzi na tego typu wezwanie nie stanowi samoistnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Wykonawca zobowiązany jest jedynie do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z ustawą oraz siwz, i tylko w przypadku uchybienia temu obowiązkowi podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Natomiast wezwanie do uzupełnienia np. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu skierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest czynnością bez której uprzedniego wykonania zamawiający nie może zastosować dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Przesłanki zastosowania ww. przepisu ocenia się na podstawie całokształtu dokumentów i informacji przekazanych zamawiającemu przez wykonawcę wraz z ofertą czy w ramach uzupełnienia. Jeszcze raz należy podkreślić, że hipoteza ww. przepisu generalnie odnosi się do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie mieści się w niej wykluczenie z powodu formalnie nieprawidłowej reakcji na wezwanie o uzupełnienie dokumentów.

Reasumując, w ocenianym przypadku ZEG wraz z ofertą złożył wykaz wykonywanych prac, oодноśnie którego pismem z dnia 10.05.2010 r. przedstawił stosowne wyjaśnienia, które przesądziły, iż wskazane pierwotnie w wykazie realizacje odpowiadają zakresowo warunkom postawionym przez zamawiającego i tym samym wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Pierwotnie załączony do oferty wykaz robót wraz z informacjami wyjaśniającymi jaki był rzeczywisty zakres prac w ramach zadań w tym wykazie przedstawionym należy i wystarczająco potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego daty wystawienia przedstawionych referencji Izba wskazuje, iż odwołujący nie rozróżnia daty sporządzenia dokumentu oraz czasu zaistnienia okoliczności, do których treść dokumentu referuje. Abstrahując od dywagowania nt. czy w przedmiotowym przypadku przedstawianie nowych referencji przez ZEG było w ogóle potrzebne, wskazać należy, iż referencje wystawione po dacie składania ofert ale potwierdzające należyte wykonanie prac, które miały miejsce przed ich składaniem, modelowo odpowiadają normie zawartej w art. 26 ust. 3 zd. 2 Pzp, tj. potwierdzają, iż wykonawca legitymował się wymaganym doświadczeniem już w dniu składania ofert, a więc potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu w tej dacie.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieprawidłowej reprezentacji ZEG przy podpisywaniu oferty Izba wskazuje, że również ten zarzut jest niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba nie podziela stanowiska odwołującego jakoby w świetle ustanowionego sposobu reprezentacji spółki rozróżniano prezesa zarządu spółki od zwykłych członków zarządu przypisując im odmienne role w tym zakresie. Prezes zarządu pozostaje w tym przypadku członkiem zarządu i w zakresie sposobu reprezentowania spółki rolę członka zarządu spełnia i wykonuje. Powoływane rozróżnienie w uwidocznionym w odpisie z KRS sposobie reprezentacji ma więc jedynie znaczenie tytularne oraz pozbawione jest znaczenia prawnego skutkującego ograniczeniem możliwości reprezentacji spółki przez prezesa zarządu w stosunku do pozostałych członków zarządu. Przeciwna interpretacja oświadczenia woli jakim niewątpliwie jest ustanowienie sposobu reprezentacji spółki byłoby sprzeczne z dyrektywami wykładni oświadczeń woli zawartymi w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zwłaszcza przy okoliczności jednoczesnego powołania i utrzymywania jednoosobowego zarządu spółki.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż ofertę ZEG podpisał prokurent samoistny spółki.

Zgodnie z Art. 109<sup>1</sup> § 1 Kodeksu cywilnego prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

Jak wynika z § 1 ww. przepisu prokura jest szczególną postacią pełnomocnictwa obejmującego swoim zakresie najszersze umocowanie do prowadzenia wszelkich spraw związanych z działalnością przedsiębiorstwa (z ograniczeniami wynikającymi z przepisów szczególnych, np. Art. 109<sup>3</sup> Kc). Z pewnością złożenie oferty w ramach postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego podstawie przepisów ustawy mieści się w zakresie czynności pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

Następnie § 2 powołanego przepisu stanowi, iż nie można ograniczyć prokury ze skutkiem wobec osób trzecich, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej.

Tym samym oferta podpisana przez prokurenta samoistnego spółki, niezależnie od przewidywanego w statucie spółki sposobu jej reprezentacji, pozostaje ważna i wiąże spółkę względem osób trzecich. Natomiast ewentualne przekroczenie przez prokurenta przyznanых mu przez mocodawcę uprawnień ma znaczenie i rozpatrywane może być jedynie w stosunkach wewnętrznych spółki.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami) nie uwzględniono wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w związku z brakiem przedłożenia do akt sprawy stosownego rachunku wymaganego w powołanym przepisie – zlecenie wykonania usług nie jest rachunkiem wystawionym przez zleceniobiorcę za ich wykonanie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....