

Sygn. akt KIO 931/18
KIO 935/18

WYROK
z dnia 22 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Adam Skowroński
Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 28 maja, 11 czerwca oraz 20 czerwca 2018 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 7 maja 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A. z siedzibą w Paryżu** (35 rue de Bassano, 75008 Paryż, Francja), **CNIM Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (ul. Półwiejska 17 lok. 27, 61-885 Poznań) oraz **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa) - sygn. akt: KIO 931/18,
- B. w dniu 7 maja 2018 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie** (ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy), **TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia z siedzibą w Mediolanie** (ul. Lodovico Mancini 5, 20129 Mediolan, Włochy) oraz **Atzwanger S.p.A. z siedzibą w Bolzano** (Via T.A. Edison 14, 39100 Bolzano, Włochy) - sygn. akt: KIO 935/18,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa)

przy udziale:

- A. wykonawcy **Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd., z siedzibą w Szanghaju** (Pudong New Area No. 116, Lane 219 Jijing Road (N) Shanghai Chińska Republika Ludowa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 931/18 i sygn. akt: KIO 935/18 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie** (ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy), **TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia z siedzibą w Mediolanie** (ul. Lodovico Mancini 5, 20129 Mediolan, Włochy) oraz **Atzwanger S.p.A. z siedzibą w Bolzano** (Via T.A. Edison 14, 39100 Bolzano, Włochy) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 931/18 po stronie odwołującego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A. z siedzibą w Paryżu** (35 rue de Bassano, 75008 Paryż, Francja), **CNIM Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (ul. Półwiejska 17 lok. 27, 61-885 Poznań) oraz **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 935/18 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A. z siedzibą w Paryżu** (35 rue de Bassano, 75008 Paryż, Francja), **CNIM Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (ul. Półwiejska 17 lok. 27, 61-885 Poznań) oraz **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa) i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie** (ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy), **TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia z siedzibą w Mediolanie** (ul. Lodovico Mancini 5, 20129 Mediolan, Włochy) oraz **Atzwanger S.p.A. z siedzibą w Bolzano** (Via T.A. Edison 14, 39100 Bolzano, Włochy), i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:
- A. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A. z siedzibą w Paryżu** (35 rue de Bassano, 75008 Paryż, Francja), **CNIM Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** (ul. Półwiejska 17 lok. 27, 61-885 Poznań) oraz **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania,
 - B. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie** (ul. G.V. Bona 65, 00156 Rzym, Włochy), **TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia z siedzibą w Mediolanie** (ul. Lodovico Mancini 5, 20129 Mediolan, Włochy) oraz **Atzwanger S.p.A. z siedzibą w Bolzano** (Via T.A. Edison 14, 39100 Bolzano, Włochy) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 931/18

KIO 935/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. Kontrakt 5 – „Zaprojektowanie i rozbudowa Instalacji Termicznego Przekształcenia Odpadów na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych (ZUSOK) w Warszawie” realizowany w ramach Przedsięwzięcia pn. „Rozbudowa i Modernizacja Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych przy ul. Zabranieckiej 2 w dzielnicy Targówek m. st. w Warszawie” (nr sprawy JRP.27.2.2017.MP, dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 maja 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 098-193065.

KIO 931/18

W dniu 7 maja 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A. z siedzibą w Paryżu (Francja), CNIM Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz PORR S.A. z siedzibą w Warszawie wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności podjętych w Postępowaniu przez Zamawiającego polegających na:

- 1) nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty złożonej przez Shanghai Electric Power Construction Co. Ltd z siedzibą w Szanghaju, Chiny (dalej jako „SEPC”);
- 2) niezasadnym zaniechaniu odrzucenia oferty SEPC z uwagi na rażąco niską cenę;
- 3) niezasadnym zaniechaniu wykluczenia SEPC z Postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta SEPC nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty SEPC, mimo iż

wykonawca ten nie wykazał w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską;

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 25a ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SEPC z Postępowania z uwagi na niespełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 6.13.1 JDW ewentualnie
- 3) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia okoliczności mających znaczenie dla oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu a w konsekwencji:
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej w Postępowaniu przez SEPC;
- wykluczenia SEPC z Postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta SEPC nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty SEPC, mimo iż wykonawca ten nie wykazał w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Niezależnie od zawartości udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które zostały przez SEPC utajnione, nie jest obiektywnie możliwa realizacja zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania za cenę zaoferowaną przez SEPC. Cena ta jest ceną rażąco niską, tj. ceną niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych. Należy zauważyć, że:

- a) cena zaoferowana przez SEPC jest o prawie 700 mln zł brutto tańsza od kolejnej oferty (różnica wynosi 40 %);
- b) średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w Postępowaniu (bez uwzględnienia oferty SEPC) jest wyższa o 46 % od oferty SEPC;

- c) średnia arytmetyczna cen ofert złożonych w Postępowania (przy uwzględnieniu oferty SEPC) jest wyższa o 37 % od oferty SEPC.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że drugorzędne znaczenie przypisać należy zbieżności ceny ofertowej SEPC z szacunkową wartością zamówienia (Odwołujący zakłada, że jest ona równa kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia). Nie ulega wątpliwości, że w przypadku skomplikowanych przedsięwzięć infrastrukturalnych to wycenom opracowywanym przez wykonawców a nie kalkulacjom zamawiającego przyznać należy prymat. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Oznacza to, że za punkt odniesienia służący do oceny prawidłowości poziomu cenowego oferty SEPC posłużyć powinny oferty pozostałych wykonawców złożone w Postępowaniu, tj. Konsorcjum Astaldi oraz Odwołującego. Jest to tym bardziej uzasadnione, że akurat ci wykonawcy mają doświadczenie w realizacji inwestycji o podobnym poziomie skomplikowania, zaawansowana technologicznego czy podobnej wartości w warunkach europejskich (czego nie można powiedzieć o doświadczeniu SEPC). W ocenie Odwołującego, nawet przy najbardziej korzystnych cenach na rynku, najlepszych umowach z dostawcami i podwykonawcami oraz rozpoznaniem lokalnego rynku budowlanego SEPC nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia przy zaoferowanym poziomie ceny. W związku z powyższym SEPC nie daje gwarancji należytego i rzetelnego wykonania zadania będącego przedmiotem Postępowania, zgodnie z oczekiwaniami i wymaganiami Zamawiającego, a wybór oferty SEPC stanowiłby realne zagrożenie dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Zagrożenie to jest tym większe, jeżeli weźmie się pod uwagę wysoki stopień skomplikowania robót objętych zamówieniem oraz znaczne nakłady finansowe, jakie wiążą się z jego realizacją.

W dalszej części odwołania Odwołujący odniósł się do poszczególnych twierdzeń podnoszonych przez SEPC w wyjaśnieniach w celu wykazania, że przedstawiona przez ten podmiot argumentacja nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Po pierwsze, SEPC twierdzi – jak wskazał Odwołujący, że dysproporcja cen oferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do przyjęcia, iż cena najniższa jest ceną rażąco niską, a *„różnice pomiędzy cenami złożonych ofert wynikają również z sytuacji finansowej danego podmiotu/wykonawcy, gdzie duże znaczenie mają koszty ogólnego zarządu przedsiębiorstwem (które są niskie w przypadku takiego wykonawcy jak SEPC), efektywność i rentowność prowadzonej działalności gospodarczej”* (s. 2 Wyjaśnień). Należy jednak zauważyć, że SEPC nie posiada żadnego doświadczenia w działalności na rynku europejskim, w tym w Polsce (w szczególności w sektorze instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych). O braku doświadczenia SEPC na rynku europejskim, w tym polskim, świadczy zestawienie referencyjnych projektów energetycznych przedstawione w Załączniku A do Wyjaśnień. W związku z powyższym, obecne, gigantyczne, problemy

związane z dostępnością podwykonawców, materiałów budowlanych czy pracowników oraz perspektywy rozwoju tej sytuacji najprawdopodobniej nie zostały wzięte pod uwagę przez podmiot nieposiadający doświadczenia i rozeznanie w specyfice oraz aktualnych warunkach rynku polskiego. W odniesieniu do argumentu SEPC, zgodnie z którym różnice pomiędzy cenami złożonych ofert mogą wynikać z sytuacji finansowej danego wykonawcy, kosztów zarządu przedsiębiorstwem, efektywności i rentowności prowadzonej działalności gospodarczej, Odwołujący wskazał, że z dokumentów złożonych w Postępowaniu wynika, że sytuacja ekonomiczna i finansowa pozostałych wykonawców (tj. Konsorcjum Astaldi oraz Odwołującego) spełnia wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ (z dużą nadwyżką). Co więcej, środki finansowe tych wykonawców są znacznie wyższe niż środki deklarowane przez SEPC w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia. Również twierdzenia SEPC, że podmiot ten posiada przewagę w zakresie efektywności i rentowności prowadzonej działalności gospodarczej nie znajdują żadnego potwierdzenia w treści Wyjaśnień.

Kolejnym argumentem mającym rzekomo świadczyć o tym, że cena oferowana przez SEPC nie jest rażąco niska jest to, że *„cena ofertowa Wykonawcy nie odbiega znacznie od budżetu Zamawiającego”* (s. 2 Wyjaśnień). Poza przedstawioną powyżej argumentacją Odwołujący dodatkowo wskazał na fakt, że SEPC nie dysponuje „Szacunkowym zestawieniem kosztów inwestycyjnych” Zamawiającego (który odmawiał jego udostępniania), w związku z czym nie jest w stanie dokonać porównania kosztów ujętych w tym dokumencie z własną kalkulacją ofertową. Dokument „Szacunkowe zestawienie kosztów inwestycyjnych”, który stanowił podstawę do ustalenia wartości zamówienia będącego przedmiotem Postępowania opracowany został w dniu 10 października 2016 r., a więc znacznie wcześniej (dokładnie 10 miesięcy!) niż termin składania ofert (10 sierpnia 2017 roku). Już z tego powodu przydatność tego dokumentu dla oceny wiarygodności ceny ofertowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu była minimalna. Szacunkowe zestawienie kosztów inwestycyjnych nie mogło - z uwagi na czas jego sporządzenia - uwzględniać znaczącego wzrostu cen materiałów budowlanych i kosztów siły roboczej jaki nastąpił w 2017 r. i utrzymywał się na początku 2018 r. (z perspektywą utrzymania się tej tendencji przez cały 2018 rok). SEPC jako podmiot nie działający wcześniej na rynku polskim nie brał pod uwagę wskazanych powyżej trendów przy określaniu ceny ofertowej. Wskazać również należy, że „Szacunkowe zestawienie kosztów inwestycyjnych” nie obejmowało oceny ryzyk realizacyjnych i wynikających z nich skutków finansowych. Tymczasem począwszy od 2017 r. ma miejsce w Polsce wyjątkowe nagromadzenie realizowanych inwestycji będących konsekwencją wejścia w fazę realizacji projektów finansowanych w bieżącej, rekordowej pod względem przeznaczonych środków, perspektywie finansowej. Okoliczność ta w drastyczny sposób wpływa na dostępność materiałów i siły roboczej co w istotny sposób determinuje

golowość podwykonawców czy poddostawców do obniżania ceny (tendencja jest zgoła odmienna - ceny bardzo szybko rosną). Odwołujący zaznaczył, iż nie kwestionuje prawa wykonawcy do uwzględniania w swoich kalkulacjach ewentualnych przyszłych upustów i rabatów wynegocjowanych z podwykonawcami. Mając jednak na uwadze, iż jest to okoliczność niepewna, będąca pochodną wielu trudnych do przewidzenia na obecnym etapie czynników, takie założenie byłoby nad wyraz optymistyczne, Tym bardziej, że SEPC, nie realizując dotychczas skomplikowanych inwestycji infrastrukturalnych w Polsce, nie może dysponować siatką kontaktów i relacji z podwykonawcami / poddostawcami gotowymi zaangażować się w realizację zamówienia oraz zaoferować SEPC warunki umożliwiające utrzymanie poziomu ceny z oferty SEPC. Wobec powyższego wydaje się nieprawdopodobne, aby SEPC mogło uwzględnić w swojej ofercie wyjątkowo sprzyjające warunki rynkowe, a tylko w ten sposób można by próbować uzasadnić tak drastyczne zniżenie ceny ofertowej. Z równie dużą pewnością stwierdzić należy, że SEPC nie uwzględniło w swojej ofercie okoliczności wzrostu cen i trudności z dostępem do materiałów sprzętu czy zasobów ludzkich, z którymi borykają się wykonawcy zaangażowani w realizację zamówień w Polsce.

Istotnym jest także fakt, że szacunkowy koszt wskazany przez Zamawiającego nie obejmował szeregu kosztów wynikających z modyfikacji, uzupełnień, wyjaśnień postanowień SIWZ oraz wynikających z tego konsekwencji dla zamówienia, które pojawiły się w ponad 850 odpowiedziach na pytania wykonawców. Część z nich znacznie wpłynęła na zwiększenie kosztów, których poniesienie będzie konieczne do realizacji zadania stanowiącego przedmiot Postępowania. Tytułem przykładu można wskazać następujące odpowiedzi:

- a) odpowiedzi na pytania nr 26 oraz 31 (pismo JRP.27.2.2017.15.MP z dnia 23 czerwca 2017 r.), w których Zamawiający potwierdził, że wykonawca ma opracować specyfikację funkcjonalną systemów sterowania i zarządzania oraz specyfikację integracji Modelu Zarządczego z systemami sterowania i zarządzania, przy czym w ramach integracji ww. systemów z technologią BIM należy opracować indywidualne rozwiązanie techniczne. Oznacza to, że Zamawiający wymaga opracowania prototypowego rozwiązania, co generuje znaczne koszty po stronie wykonawcy;
- b) odpowiedź na pytanie nr 36 (pismo JRP.27.2.2017.15.MP z dnia 23 czerwca 2017 r.), którą Zamawiający zmodyfikował treści Klauzuli 1.10 Części II SIWZ m. in w zakresie wymogu udzielenia przez wykonawcę Zamawiającemu wszelkich niezbędnych licencji w ramach Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej do czasu wygaśnięcia gwarancji oraz przekazania Zamawiającemu pełnego archiwum Platformy CDE wraz z historią zmian;
- c) odpowiedzi na pytania nr 57 oraz 56 (pismo JRP.27.2.2017.15.MP z dnia 23 czerwca 2017 r.), w której Zamawiający potwierdził, że w ramach wykonania zamówienia należy

wykonać nowe dachy, elewacje, dopasowanie układu funkcjonalnego oraz powiązań technologicznych przebudowywanej części oraz wykonać wszelkie niezbędne prace budowlane oraz instalacyjne dla istniejących budynków hali kotła 1 linii spalania (obiekt 1.03) oraz hali obróbki cieplnej 1 linii spalania (obiekt 1.04);

- d) odpowiedź na pytanie nr 717 (pismo JRP 27.2.2017.23.MP z dnia 22 sierpnia 2017 r.), w której Zamawiający dokonał zmiany w Części III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy część I polegającej na podwyższeniu mocy elektrycznej i cieplnej oraz zaostrzeniu standardów emisyjnych z instalacji spalania odpadów przy zawartości 11 % tlenu w gazach odlotowych;
- e) odpowiedź na pytanie nr 751 (pismo JRP.27.2.2017.30.MP z dnia 15 września 2017 r.), w której Zamawiający potwierdził wymóg napełnienia przez Wykonawcę, na własny koszt, tymczasowego zbiornika oleju opałowego i uzupełniania go do czasu przekazania instalacji Zamawiającemu po odbiorze instalacji po ruchu próbnym;
- f) odpowiedź na pytanie nr 756 (pismo JRP 27.2.2017.31.MP z dnia 24 października 2017 r.), w której Zamawiający zmienił postanowienie Części I SIWZ - Instrukcja dla Wykonawców pkt 5.1, wydłużając czas na wykonanie Kontraktu z 32 na 36 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, co wpływa m in. na wysokość kosztów ogólnych, które wykonawca będzie ponosił w trakcie realizacji zamówienia;
- g) odpowiedź na pytanie nr 830 (pismo JRP.27.2.2017.31.MP z dnia 24 października 2017 r.) - zmiany w odniesieniu do utrzymania ZUSOK w ruchu na czas budowy oraz dodanie w Części III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy pkt 2.17 - Stacja do ładowania pojazdów elektrycznych - wprowadzenie wymogu zaprojektowania i wykonania stacji do ładowania dwóch pojazdów elektrycznych;
- h) odpowiedź na pytanie nr 807 (pismo JRP.27.2.2017.31.MP z dnia 24 października 2017 r.), w której Zamawiający dodał w Części III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy nowy punkt 2.4.11. - Wymagania p.poż. dla obiektów istniejących (1.03) Budynek hali kotła 1 linii spalania oraz (1.04) Budynek hali obróbki cieplnej 1 linii spalania), zgodnie z którym wykonawca dokona przeglądu zabezpieczeń przeciwpożarowych (ppoż.) ww. obiektów, który to przegląd będzie stanowił podstawę do zaprojektowania i wykonania w tych obiektach Robót z zakresu zabezpieczeń ppoż. niezbędnych dla uzyskania Pozwolenia na Użytkowanie zgodnie z pkt 2.1.2.1.7. PFU;
- i) odpowiedź na pytanie 886 (pismo JRP.27.2.2017.35.MP z dnia 18 grudnia 2017 r.), w której Zamawiający potwierdził niedoszacowanie (w stosunku do zestawień dołączonych do PFU) masy konstrukcji stalowej na poziomie ok. 25%, co również wpływa na zwiększenie kosztów wykonania zamówienia.

Ponadto Odwołujący zauważył, iż wątpliwości odnośnie ujęcia w „Szacunkowym Zestawieniu kosztów inwestycyjnych” całego zakresu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania budzą daty opracowań poszczególnych załączników do Programu Funkcjonalno-Użytkowego, które w znacznej części zostały opracowane już w 2017 r., podczas gdy „Szacunkowe zestawienie kosztów inwestycyjnych” stanowiło podstawę do ustalenia wartości zamówienia w dniu 10 października 2016 roku. Ta i pozostałe, wykazane powyżej, okoliczności przemawiają za tym, że dokument pn. „Szacunkowe zestawienie kosztów inwestycyjnych” nie powinien stanowić punktu odniesienia dla oceny poprawności kalkulacji cenowej przyjętej w ofercie SEPC.

SEPC podnosi także w Wyjaśnieniach że *„średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert została znacznie zawyżona wskutek ceny zaoferowanej przez konsorcjum Astaldi S.p.A., T.M.E. Sp.A Termomccanica Ecologia i Atzwanger S.p.A, której cena w wysokości 2.145.120.000.00 zł brutto jest znacznie wyższa niż średnie ceny oferowane przez tego wykonawcę na budowę podobnych obiektów w Polsce”* (s. 2 Wyjaśnień). W odniesieniu do tego Odwołujący zauważył, że przywoływane przez SEPC na poparcie powyższej tezy ceny jednostkowe dla dwóch realizowanych przez ww. podmioty projektów (w Bydgoszczy i w Rzeszowie) nie odnoszą się w żaden sposób do niniejszej sytuacji, z uwagi na fakt, że przedmiot wskazywanych przez SEPC zamówień znacznie różnił się od zamówienia będącego przedmiotem Postępowania, w którym m. in. wykonawca jest zobowiązany do utrzymania w ruchu istniejącej pierwszej Linii Spalania oraz wykonania modyfikacji szeregu obiektów i instalacji istniejącego Zakładu. Odwołujący podkreślił, że przedmiotowe przetargi były rozstrzygane kilka lat temu (odpowiednio w 2012 i 2015 r.), kiedy to na rynku budowlanym była całkowicie inna sytuacja (o czym szczegółowo powyżej) Dlatego też przedstawione przez SEPC dane nie mogą stanowić punktu odniesienia w niniejszej sprawie. Prezentowane przez SEPC twierdzenia w powyższym zakresie świadczą raczej o braku doświadczenia na polskim rynku, w szczególności w sektorze instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych.

Odwołujący wskazał, że przedstawione w Wyjaśnieniach (s. 3) zestawienie 7 postępowań przetargowych wprowadza w błąd. Po pierwsze, SEPC wykazał się brakiem konsekwencji – w zestawieniu został pominięty przetarg w Poznaniu "z uwagi na odmienną formułę realizacji", który był realizowany w formule PPR, podczas gdy w zestawieniu został umieszczony przetarg w Gdańsku realizowany w tej właśnie formule. Po drugie, w zestawieniu zostały zamieszczone informacje o dacie rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, a nie dacie złożenia oferty, co może wskazywać na manipulację SEPC, z uwagi na fakt, że data złożenia oferty jest zwykle znacznie wcześniejsza. Po trzecie, w przypadku przetargu dotyczącego zakładu w Szczecinie SEPC podaje dwie daty - 2013 i 2016 r., nie uwzględniając, że oferty w przedmiotowym

postępowaniu były złożone w kwietniu 2012 r., umowa z wykonawcą została podpisana w lipcu 2012 r., a w związku z odstąpieniem wykonawcy od umowy w trakcie jej realizacji (zaawansowanie ok. 80%) w listopadzie 2016 r. podpisano umowę z kolejnym wykonawcą na dokończenie realizacji inwestycji. Okoliczność ta stanowi kolejny przykład manipulacji umieszczonej w Wyjaśnieniach SEPC w sprawie rażąco niskiej ceny. Po czwarte, SEPC twierdzi w Wyjaśnieniach (s. 4), że „*[oferty na dwie inwestycje zostały złożone w 2015 (Rzeszów) oraz 2017 (Gdańsk), więc uwzględniają aktualną sytuację na rynku pracy oraz materiałów budowlanych. Nie można zatem twierdzić, że obecne ceny ofertowe powinny być znacznie wyższe od historycznych]*”. SEPC odwołuje się zatem do przetargu w zakładzie w Gdańsku, a zatem projektu o „odmiennej formule realizacji”, podczas gdy - jak już wyżej wspomniano przetarg w zakładzie w Poznaniu realizowany w tej samej formule co przetarg w Gdańsku został wyłączony z zestawienia. Z kolei w drugim przetargu, na który powołuje się SEPC oferty były składane w październiku 2015 r., a więc dwa lata wcześniej niż oferty złożone w Postępowaniu. Co więcej, SEPC zdaje się ignorować fakt, że w obu ww. postępowaniach najkorzystniejsze oferty złożone zostały przez ASTALDI S.p.A., T.M.E. S.p.A. - Termomeccanica Ecologia. Powyższe jednoznacznie dowodzi, że przedstawione przez SEPC zestawienie 7 inwestycji nie może stanowić argumentu za rynkowym charakterem ceny zaoferowanej w Postępowaniu. Ponadto ostatnim zrealizowanym projektem tego typu w Polsce jest projekt w Szczecinie, gdzie współczynnik cena/ wydajność [tys./zł/Mg/rok] wynosi 4,74, co w porównaniu do pozostałych realizacji w Polsce pokazuje znaczny wzrost ceny jednostkowej realizacji tego typu obiektów i uprawdopodobnia nierealistyczny i nierynkowy charakter ceny zaoferowanej przez SEPC.

Zdaniem Odwołującego istotne znaczenie dla wyceny wartości prac do wykonania w przypadku zamówienia będącego przedmiotem Postępowania ma jego zakres, który jest znacząco większy i różny od wykonanych w Polsce zakładów termicznej utylizacji odpadów komunalnych. Na zasadnicze różnice w wartości zamówienia bezpośrednio wpływają takie okoliczności jak:

- a) wymaganie realizacji prac budowlano-montażowych z zachowaniem wymogu utrzymania ciągłości pracy obecnie funkcjonującej Linii 1, co powoduje dwukrotną zmianę sposobu jej funkcjonowania; przy każdej ze zmian należy wykonać szereg dodatkowych prac i uzgodnień oraz uzyskać pozwolenia administracyjne, co wymaga uwzględnienia w wycenie robót. Zakres ten jest szacowany przez Odwołującego na ok. 75.000.000 zł do 100.000.000 mln zł;
- b) zastrzeżenie przez Zamawiającego wymagań w zakresie standardów emisyjnych w odniesieniu do nowej instalacji spalania odpadów do poziomu 50% wartości parametrów wymaganych w Dokumentach Referencyjnych (BREF), powodujące

znaczący wzrost kosztów wykonania Instalacji Oczyszczania Spalin oraz kosztów wykonania Instalacji Stabilizacji i Zestawienia żużla (Gwarantowany parametr wymywalności chlorków);

- c) prowadzenie prac budowlanych w obszarze czynnego zakładu i wynikające z tego implikacje w odniesieniu do logistyki dostaw na plac budowy, dostaw odpadów dla istniejącej pierwszej Linii Spalania oraz samych prac budowlano-montażowych;
- d) przyjęte rozwiązania projektowe w odniesieniu do części budowlanej w przypadku Instalacji Waloryzacji Żużli różnią się od dotychczas wykonanych w zrealizowanych Spalarniach, gdzie waloryzacja odbywa się w prostych konstrukcyjnie zadaszonych halach.

Odwołujący stwierdził, iż zamówienie będące przedmiotem niniejszego Postępowania wykazuje zatem istotne różnice w stosunku do dotychczas budowanych w Polsce spalarni przejawiające się w zakresie prac do wykonania przez wykonawcę. Powoduje to, że porównanie dokonane przez SEPC w zestawieniu zamieszczonym w Wyjaśnieniach jest nieuprawnione i nie znajduje realnego odzwierciedlenia w zakresie prac koniecznych do wykonania przy tak zdefiniowanym zakresie zamówienia przez Zamawiającego. W związku z powyższym, twierdzenie SEPC, że *„[na] tym tle można jednoznacznie wskazać, że Oferta SEPC jest w pełni realistyczna rynkowo”* (s. 4 Wyjaśnień) jest daleko idącym nadużyciem i potwierdza brak doświadczenia i rozpoznania przez tego wykonawcę lokalnego rynku, a także braki w prawidłowym przełożeniu postanowień SIWZ na cenę ofertową, co skutkowało złożeniem przez SEPC oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W Wyjaśnieniach SEPC podnosi również, że *„[na] oszczędność metody wykonania zamówienia ma wpływ posiadane przez Wykonawcę wieloletnie bardzo duże doświadczenie w zakresie wykonawstwa projektów infrastrukturalnych, szeroka siatka stałych dostawców, usługodawców i podwykonawców, z którymi Wykonawca realizował i realizuje jedne z największych inwestycji infrastrukturalnych no całym świecie”* (s. 4 Wyjaśnień). Natomiast zdaniem Odwołującego SEPC nie posiada doświadczenia z działalności na rynku polskim, a jedynie doświadczenia z rynku chińskiego i innych rynków azjatyckich. Ponadto zrealizowane tam projekty oparte były na wiedzy i doświadczeniu światowych liderów technologii termicznego przekształcania odpadów, którzy zdominowali chiński i azjatycki rynek termicznego przekształcania odpadów komunalnych (m in. JFE Engineering Corporation – Japonia, Hitachi Zosen Corporation — Japonia, Mitsubishi Heavy Industries Environmental & Chemical Engineering Co., Ltd - Japonia) W związku z powyższym powoływanie się przez tego wykonawcę na posiadanie szerokiej siatki stałych dostawców, usługodawców i podwykonawców, z którymi SEPC realizował i realizuje swoje przedsięwzięcia

infrastrukturalne może dotyczyć co najwyżej rynku azjatyckiego, na którym SEPC funkcjonuje od wielu lat, a nie rynku europejskiego.

Odwołujący zauważył, iż zgodnie z Wyjaśnieniami SEPC rzekomo „konkurencyjna oferta” wynika także z *„efektywnego zarządzania przedsiębiorstwem, niskich kosztów ogólnych zarządu przedsiębiorstwa, zastosowania racjonalnej marży i ogromnego doświadczenia w pozyskiwaniu dostawców i podwykonawców na korzystnych warunkach rynkowych”* (s. 5 Wyjaśnień). Zgodnie natomiast z twierdzeniami Odwołującego SEPC nie posiada doświadczenia na rynku europejskim, w tym rynku polskim, w szczególności w sektorze instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Oznacza to, że nie może posiadać żadnych sprawdzonych, wiarygodnych dostawców czy podwykonawców na tym rynku. Ponadto, SEPC twierdząc, że cena ofertowa jest wynikiem efektywnego zarządzania przedsiębiorstwem, niskich kosztów ogólnych zarządu przedsiębiorstwa, zastosowania racjonalnej marży i ogromnego doświadczenia w realizacji robót składających się na przedmiot zamówienia pomija fakt, że powyższe okoliczności spełniają także pozostali wykonawcy biorący udział w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego tego typu informacje nie powinny w ogóle zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego. Dotychczasowe orzecznictwo Izby jest w kwestii szczegółowości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wyjątkowo ustabilizowane i stanowi źródło wytycznych i wskazówek w tym zakresie. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 marca 2015 r., sygn. akt KIO 499/15.

Jak wskazał Odwołujący, SEPC twierdzi także, że *„oszacował koszty, jakie wiązać będą się z realizacją zamówienia, opierając się na pozyskanych z rynku ofertach oraz kosztach ponoszonych przez siebie obecnie przy realizacji innych, podobnych do skali i stopnia trudności kontraktów”* oraz *„zamierza zgodnie ze złożoną ofertą korzystać w dużym zakresie z podwykonawstwa, przy czym podkreślenia wymaga, że dzięki dużemu doświadczeniu wykonawcy i dużej ilości realizowanych kontraktów Wykonawca dysponuje dużą bazą sprawdzonych, rzetelnych podwykonawców, którzy chętnie współpracują z Wykonawcą i oferują mu korzystne warunki współpracy”* (s. 5 Wyjaśnień). Tymczasem, zgodnie z JEDZ (str. 16) SEPC zamierza zlecić podwykonawcom 40% zamówienia. Jednocześnie na uwagę zasługuje fakt, że podwykonawcy robót budowlanych oraz częściowych dostaw maszyn i urządzeń nie byli znani na etapie postępowania przetargowego (s. 3 Oferty Przetargowej SEPC, adnotacja *„Podwykonawca nie jest znany na tym etapie postępowania”*). Oznacza to, że SEPC nie dokonało ostatecznego wyboru podwykonawców, zatem powoływanie się na *„korzystne warunki współpracy”* z bliżej nieokreślonymi podwykonawcami i uprawdopodobnianie tym faktem własnej rażąco niskiej ceny ofertowej jest całkowicie nieuprawnione. Ponadto, z zawartych w Wyjaśnieniach informacji o realizowanych przez

SEPC w przeszłości i obecnie projektach energetycznych jednoznacznie wynika, że SEPC nie mając żadnego doświadczenia w realizacji tego typu projektów w Europie nie może powoływać się na rozbudowane relacje we współpracy z podwykonawcami obecnymi na tym rynku.

Uzasadnienie ceny oferowanej przez SEPC ma stanowić także duża ilość kontraktów realizowanych w tym samym czasie, co daje temu wykonawcy pozytywny efekt skali przy zamawianiu materiałów i usług niezbędnych do wykonania zamówienia i pozwala na wynegocjowanie upustów i innych korzystnych warunków umów (s. 5 Wyjaśnień). Zdaniem Odwołującego o efekcie skali można mówić raczej w przypadku pozostałych wykonawców, a nie SEPC, który nie funkcjonuje na rynku europejskim.

Następnie Odwołujący wskazał, iż w Wyjaśnieniach SEPC stwierdził, że zaoferowana cena ofertowa wynika również z faktu, iż z uwagi na formułę w jakiej realizowane jest przedsięwzięcie („zaprojektuj i wybuduj”), na obecnym etapie, tj. przed opracowaniem ostatecznych projektów wykonawczych wykonawca mógł poczynić oszczędności w realizacji zamówienia (s. 6 Wyjaśnień). Jednakże, Odwołujący zauważył, że przedsięwzięcie ma być realizowane zgodnie z projektem budowlanym i wydanym na jego podstawie pozwoleniem na budowę, w zgodzie z Decyzją Środowiskową oraz szczegółowymi wymaganiami zawartymi w SIWZ (w tym PFU), wytycznymi wykonawczymi – branżowymi, wymaganiami doprecyzowanymi w odpowiedziach na pytania do SIWZ. Oznacza to, że wykonawca ma bardzo ograniczone możliwości optymalizacji rozwiązań technicznych, które mogłyby przyczynić się do oszczędności w realizacji zamówienia.

Odnosząc się do zawartego w Wyjaśnieniach twierdzenia SEPC, że dysponuje własnym zespołem projektowym, co powoduje, że koncepcja i projekt, a zatem także koszty wykonania zamówienia zostały przygotowane w sposób optymalny zarówno kosztowo, jak i technologicznie, Odwołujący stwierdził, że posiadanie przez SEPC własnego zespołu projektowego i wykorzystanie go w przygotowaniu oferty i oparcie się w kalkulacji na zespole własnych projektantów oraz specjalisty BIM, w istotny sposób zwiększa koszty projektowania z uwagi na konieczność potwierdzenia uprawnień projektowych, nadzór autorski, zastosowanie BIM itp. Zwiększenie kosztów wynika przede wszystkim z istnienia bariery językowej, braku znajomości przepisów i standardów lokalnych, kosztów pobytu w miejscu realizacji przedsięwzięcia oraz braku doświadczenia w procedurach i przepisach obowiązujących dla tego zamówienia. Co więcej, z uwagi na powyższe przeszkody istnieje duże ryzyko opóźnienia realizacji prac projektowych, a tym samym ryzyko poniesienia skutków opóźnień.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SEPC z uwagi na fakt, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w pkt 6.13.1 IDW dotyczących wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji zadania będącego przedmiotem Postępowania.

Zgodnie z treścią pkt 6.13.1 IDW wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, tj.

- a) Wykonawca wykaże, w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy w tym terminie, wykonał należycie co najmniej 2 zamówienia polegające na wykonaniu projektu budowlanego oraz wykonawczego co najmniej dla branży technologicznej i konstrukcyjnej dla budowy instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie niższej niż 90 000 Mg/rok, w skład której wchodziły min.:
 - i. segment spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy,
 - ii. segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i ciepłej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy,
 - iii. instalacja oczyszczania spalinoraz/i
- b) Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy w tym terminie, wykonał należycie co najmniej 2 zamówienia polegające na wykonaniu budowy (obejmującej roboty budowlane, dostawy oraz kompleksowe wykonanie i uruchomienie zakończone przejściem do eksploatacji) instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o wydajności nie mniejszej niż 90 000 Mg/rok, w skład której wchodziły min.:
 - i. segment spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko rusztowe, parowy kocioł odzyskowy,
 - ii. segment wytwarzania i wyprowadzenia energii elektrycznej i ciepłej obejmujący co najmniej turbinę parową, generator i wymiennik ciepłowniczy,
 - iii. instalacja oczyszczania spalin.

W celu wykazania spełnienia powyższych warunków SEPC w JEDZ (Część IV: Kryteria kwalifikacji pkt C: Zdolność techniczna i zawodowa) wskazuje na realizację następujących inwestycji:

- a) Zakład Spalania Odpadów Qingdao Xiaojianxi,
- b) Centrum Obsługi Energii Odnawialnej LaoGang,
- c) Zakład Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Trwałych Shanghai Jinshan,

d) Centrum Recyklingu Zasobów Wapna w Szanghaju.

Odwołujący zauważył, że SEPC nie określa, do której kategorii zamówień wymienionych w pkt 6.13.1 IDW odnoszą się poszczególne projekty.

Z ogólnodostępnych informacji wynika natomiast, że:

- a) w przypadku inwestycji Zakładu Spalania Odpadów Qingdao Xiaojianxi za dostawę głównych urządzeń do palenisk rusztowych, podstawowej konstrukcji kotłów odzysknicowych, urządzeń do oczyszczania spalin oraz innych urządzeń była odpowiedzialna firma JFE Engineering Corporation;
- b) w przypadku inwestycji Centrum Obsługi Energii Odnawialnej LaoGang istotną część zamówienia realizowała firma Hitachi Zosen Corporation, która była odpowiedzialna za całościowy projekt, ruszt, kocioł, oczyszczanie spalin, projektowanie detali, dostawę kluczowych komponentów, montaż i uruchomienie oraz nadzór;
- c) w przypadku inwestycji - Zakład Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Trwałych Shanghai Jinshan, za zaprojektowanie i budowę spalarni odpadów niebezpiecznych (która nie jest spalarnią odpadów komunalnych) przeznaczonej do przetwarzania odpadów wytwarzanych przez przemysł działający w Shanghai Chemical Industry Park odpowiedzialna była firma SITA Waste Services Company Limited;
- d) w przypadku inwestycji Centrum Recyklingu Zasobów Wapna w Szanghaju za prace projektowe w zakresie spalarni odpadów, dostawę głównych maszyn, takie jak ruszt paleniskowy oraz serwis techniczny odpowiedzialna była firma Hitachi Zosen Corporation.

Z uwagi na powyższe nie jest jasne jaką rolę pełniło przy realizacji powyższych inwestycji SEPC, a co za tym idzie nie sposób uznać, że SEPC wykazało odpowiednią wiedzę i doświadczenie, której kryteria zostały określone w pkt 6.13.1 IDW. W związku z tym nie jest możliwe stwierdzenie, że SEPC spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Odwołujący podniósł, że obowiązkiem Zamawiającego jest co najmniej wyjaśnienie tych wątpliwości.

II. W dniu 28 maja 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- po stronie Odwołującego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, T.M.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia z siedzibą w Mediolanie oraz Atzwanger S.p.A. z siedzibą w Bolzano,
- po stronie Zamawiającego - wykonawca Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. z siedzibą w Szanghaju.

Wykonawca Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. z siedzibą w Szanghaju swoje stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie z dnia 28 maja 2018 r.

KIO 935/18

W dniu 7 maja 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy), T.M.E. Termomeccanica Ecologia S.p.A. z siedzibą w Mediolanie (Włochy) oraz Atzwanger S.p.A. z siedzibą w Bolzano (Włochy) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania i czynności podjętych przez Zamawiającego w toku Postępowania polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej w Postępowaniu przez wykonawcę Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd (dalej „SEPC”) oraz zaniechaniu wykluczenia wykonawcy SEPC z Postępowania, pomimo że:

- a) oferta SEPC jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w SIWZ (Część III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy część I - Zakres A opisowy) („PFU”) w zakresie typu wymaganej przez Zamawiającego turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej;
- b) złożenie oferty SEPC stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- c) SEPC dopuścił się podania informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego mogących mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w toku Postępowania, oraz
- d) oferta SEPC zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego ujęcia oferty SEPC na pierwszym miejscu w rankingu ofert sporządzonym przez Zamawiającego, w którym oferta SEPC została oceniona jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SEPC pomimo, że jest ona niezgodna z pkt. 2.4.4.1 PFU zgodnie z którym Zamawiający wymagał zaoferowania turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej, podczas gdy podane w pkt. 4 formularza ofertowego SEPC gwarantowane wartości produkcji energii elektrycznej brutto przy produkcji energii cieplnej na poziomie 54 MW przy pracy obu linii spalania wynoszą odpowiednio dla

temperatury zewnętrznej: „-18 °C : 15,45 MWe”, dla „0 °C : 18 MWe”, dla „+18 °C: 20,16 MWe” oraz różnice występujące pomiędzy tymi wartościami produkcji energii elektrycznej brutto w określonych warunkach pracy w kogeneracji dowodzą, że SEPC zamierza zastosować turbinę przeciwprężną, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, a osiągnięcie podanych przez SEPC wartości produkcji energii elektrycznej brutto przy zakładanych warunkach pracy oraz przy zastosowaniu turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej jest niemożliwe (nierealne),

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SEPC, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż przy założeniu zastosowania turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej wykonawca SEPC podał niemożliwe do osiągnięcia (nierealne) parametry produkcji energii elektrycznej brutto w założonych przez Zamawiającego warunkach pracy w kogeneracji, a tym samym SEPC dopuścił się manipulacji wartością produkcji energii elektrycznej brutto podaną w pkt 4 formularza ofertowego SEPC, co doprowadziło do sztucznego zawyżenia wartości, będącej przedmiotem oceny oferty w ramach kryterium „Moc elektryczna brutto w kogeneracji [MWe] (Kme)” (pkt. 15.8 (iii) SIWZ),
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SEPC, pomimo że wykonawca SEPC w wyniku celowego działania lub rażącego niedbalstwa, albo lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa, przedstawił w ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania, tj. informacje wskazane w pkt. 4 formularza ofertowego SEPC dotyczące wartości produkcji energii elektrycznej brutto przy produkcji energii cieplnej na poziomie 54 MW przy pracy obu linii spalania dla temperatury zewnętrznej „-18 °C : 15,45 MWe”, „0 °C : 18 MWe”, „+18 °C : 20,16 MWe”, podczas gdy przy zastosowaniu, zgodnie z PFU, turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej, nie jest możliwe osiągnięcie podanych wartości produkcji energii elektrycznej w warunkach pracy wymaganych przez Zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenie oferty SEPC, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a zatem jego ofertę należy uznać za odrzuconą,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SEPC, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 5) a w konsekwencji naruszenie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp poprzez sklasyfikowanie wykonawcy SEPC na pierwszym miejscu listy rankingowej z dnia 26 kwietnia 2018 r.

jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, pomimo że oferta SEPC powinna zostać odrzucona a wykonawca SEPC winien podlegać wykluczeniu z Postępowania z uwagi na okoliczności wskazane powyżej.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności oceny ofert i sporządzenia rankingu ofert w Postępowaniu,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SEPC.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – niezgodność oferty SEPC z SIWZ (PFU).

Jednym z celów Zamawiającego jest nie tylko termiczne przetwarzanie odpadów (węzeł spalania), ale również wykorzystanie energii powstającej w tym procesie do wytwarzania energii elektrycznej oraz energii cieplnej. W związku z powyższym jednym z elementów instalacji jest węzeł przetworzenia i wyprowadzenia energii z instalacji, który pozwala na pracę w kogeneracji czyli w procesie technologicznym pozwalającym na jednoczesne wytwarzanie energii elektrycznej i ciepła użytkowego. Kluczowym elementem składowym takiego węzła przetworzenia i wyprowadzenia energii jest turbina parowa. Zgodnie z pkt. 2.4.4.1 PFU „Turbina parowa” Zamawiający wymagał aby w ramach oferty wykonawcy wycenili i zastosowali turbinę parową upustowo kondensacyjną. Jednocześnie Zamawiający zaznaczył, że: *„Zamawiający wymaga, aby układ odzysku ciepła pozwalał na pracę instalacji przy pełnej wydajności obu kotłów i skierowaniu całej wytworzonej pary do turbiny zarówno bez dostawy ciepła do sieci ciepłowniczej (proces rozumiany jako praca turbiny w trybie kondensacyjnym), jak również możliwość pracy instalacji w trybie ciepłowniczym (kogeneracyjnym) przy produkcji ciepła w zakresie mocy cieplnej od 2 MW do wartości co najmniej 54 MW netto. Jest to wymaganie bezwzględne.”* W treści oferty (pkt 4 formularza ofertowego) Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców mocy produkcji elektrycznej brutto przy określonych parametrach pracy w kogeneracji tj. przy produkcji energii cieplnej na poziomie 54MW przy pracy obu linii spalania. Biorąc pod uwagę powyższe założenia wartość produkcji energii elektrycznej brutto wykonawcy byli zobowiązani podać dla 3 wariantów temperatury otoczenia, wynoszącej odpowiednio: -18 °C, 0 °C oraz +18 °C. Zgodnie z pkt 4 oferty SEPC wykonawca ten zaoferował następujące wartości produkcji energii elektrycznej brutto:

Produkcja energii elektrycznej brutto przy produkcji energii cieplnej na poziomie 54MW przy pracy obu linii spalania dla temperatury zewnętrznej

-18 °C – 15,45 MWe

0 °C – 18,00 MWe

+18 °C – 20,16 MWe

Gwarantowana średnia wartość produkcji energii elektrycznej brutto Kc = 17,87 MWe

Zdaniem Odwołującego podane przez wykonawcę SEPC wartości produkcji energii elektrycznej brutto w zadanych przez Zamawiającego warunkach pracy oraz temperaturze otoczenia pozwalają stwierdzić, że zaoferowana przez SEPC turbina nie jest wymagana przez Zamawiającego zgodnie z pkt 2.4.4.1 PFU turbiną parową upustowo-kondensacyjną, ale jest to turbina parowa przeciwprężna, a tym samym oferta SEPC jest niezgodna z SIWZ (PFU). Powyższy wniosek jest zasadny i uprawniony, biorąc pod uwagę porównanie charakteru pracy obu typów turbin (upustowo-kondensacyjnej i przeciwprężnej) oraz podane przez wykonawcę SEPC parametry produkcji energii elektrycznej, w tym w szczególności różnice pomiędzy tendencją wzrostową oraz skokową i znaczącą różnicę wartości parametrów produkcji energii elektrycznej dla poszczególnych wartości temperatury otoczenia tj. przy temperaturze otoczenia -18 °C : 15,45 MWe, przy temperaturze otoczenia 0 °C: 18,00 MWe (wzrost o 2,55 MW w stosunku do -18 °C) oraz przy temperaturze otoczenia +18 °C : 20,16 MWe (wzrost o 2,16 MW w stosunku do 0 °C). Mając na uwadze charakter pracy turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej oraz dostępną wiedzę techniczną na temat konstrukcji i funkcjonowania takiej turbiny wskazać należy, iż przy założeniu konieczności zastosowania turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej nie jest możliwe osiągnięcie parametrów produkcji energii elektrycznej podanej przez SEPC (w zadanych przez Zamawiającego warunkach pracy i temperaturze otoczenia) oraz nie jest możliwe osiągnięcie podanych przez SEPC przyrostów produkcji energii elektrycznej dla poszczególnych warunków pracy (temperatury otoczenia). Podane przez SEPC wartości i przyrosty produkcji energii elektrycznej są możliwe do osiągnięcia przy zastosowaniu turbiny parowej przeciwprężnej. Mając jednak na uwadze postanowienia pkt. 2.4.4.1 PFU zastosowanie tego typu turbiny stanowi o niezgodności oferty wykonawcy z SIWZ. Odwołujący wyjaśnił, iż w obu typach turbin para przechodzi przez korpus turbiny pod wysokim ciśnieniem i w wysokiej temperaturze oraz „wychodzi” z korpusu turbiny z niższą temperaturą oraz niższym ciśnieniem. Różnice pomiędzy wartościami ciśnienia i temperatury pary na „wejściu” i wyjściu/wylocie” z korpusu turbiny jest wykorzystywana do wytworzenia energii elektrycznej. Jednocześnie im niższa jest temperatura i ciśnienie na wylocie z korpusu turbiny tym wyższe są wartości wytwarzanej energii elektrycznej. W obu typach turbin para, która przechodzi przez korpus turbiny musi zostać schłodzona i skroplona. Jednocześnie temperatura i ciśnienie pary na wylocie z turbiny zależy ściśle od czynnika

chłodzącego - temperatury wody lub temperatury powietrza. Innymi słowy, im niższa jest temperatura medium chłodzącego tym wyższa wartość produkowanej energii elektrycznej.

Jak wskazał Odwołujący zasadnicza różnica pomiędzy turbiną parową upustowo-kondensacyjną oraz turbiną parową przeciwprężną polega zatem na tym, że w turbinie przeciwprężnej (nieдозwolonej w SIWZ) para, która przechodzi przez korpus turbiny oraz para na wylocie z turbiny ma ciśnienie wyższe niż ciśnienie atmosferyczne. Para na wylocie z turbiny ma również wyższą temperaturę i może zostać użyta do ogrzania wody sieciowej w miejskiej sieci ciepłowniczej. Czynnikiem (medium) chłodzącym służącym do skroplenia pary na wylocie z turbiny przeciwprężnej może być zatem właśnie woda w miejskiej sieci ciepłowniczej, a z kolei im niższa będzie temperatura czynnika chłodzącego tym wyższa będzie wartość produkowanej energii elektrycznej. Zważywszy, że temperatura wody sieciowej (czynnika chłodzącego) jest dużo niższa w ciągu sezonu letniego, niż w ciągu sezonu zimowego, wartość energii elektrycznej wytwarzanej przy temperaturze otoczenia 0°C oraz +18°C (sezon letni) może być dużo wyższa niż w temperaturze otoczenia - 18°C. Wartości wytwarzanej energii elektrycznej oraz jej skokowy przyrost podany w ofercie SEPC, obrazują zatem zastosowanie turbiny parowej przeciwprężnej, która jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego. Zgodnie z ofertą SEPC przy temperaturze otoczenia -18 °C (sezon zimowy) wytwarzane jest 15,45 MWe, przy temperaturze otoczenia 0 °C : 18,00 MWe (wzrost o 2,55 MW w stosunku do -18 °C) zaś przy temperaturze otoczenia +18 °C (sezon letni) 20,16 MWe (wzrost o 2,16 MW w stosunku do 0 °C).

W przeciwieństwie do turbiny parowej przeciwprężnej, w przypadku turbiny upustowo-kondensacyjnej (wymaganej w SIWZ) ciśnienie pary na wylocie z turbiny jest niższe niż ciśnienie atmosferyczne, oraz niższa jest temperatura pary. Para kierowana jest przez upust, a czynnikiem chłodzącym w przypadku turbiny upustowo-kondensacyjnej może być powietrze atmosferyczne. Tym samym, w przypadku zastosowania turbiny upustowo- kondensacyjnej, w temperaturze otoczenia 0°C, a nawet w temperaturze +18 °C nie jest możliwe znaczące zwiększenie ilości produkowanej energii elektrycznej w porównaniu do temperatury otoczenia - 18°C, a możliwe jest wyłącznie nieznaczne zwiększenie ilości produkowanej energii elektrycznej. Innymi słowy, para skraplana jest dzięki temperaturze powietrza, która jest wyższa w sezonie letnim, a samym również przyrost produkcji energii elektrycznej w sezonie letnim nie może być znaczący.

Podsumowując powyższe, zważywszy na charakter pracy poszczególnych typów turbin wartości parametru produkcji energii elektrycznej wskazane w ofercie SEPC oraz przyrosty tej wartości dla poszczególnych warunków pracy nie są możliwe do osiągnięcia w przypadku zastosowania turbiny upustowo-kondensacyjnej, która jest wymagana przez Zamawiającego. Jednocześnie charakterystyka parametrów produkcji energii elektrycznej podanych w ofercie

SEPC dowodzi zastosowania przez tego wykonawcę turbiny przeciwprężnej, co świadczy o niezgodności oferty tego wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w pkt 2.4.4.1 PFU.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – złożenie oferty jako czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy SEPC na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, jako że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Mając na uwadze argumentację wskazaną w pkt 2 niniejszego odwołania Odwołujący wskazał, iż zgodnie z pkt. 15.8 SIWZ podane wartości produkcji energii elektrycznej stanowiły jedno z kryterium oceny ofert w Postępowaniu: „Moc elektryczna brutto w kogeneracji [MWe]” oznaczone jako Kme, o wadze 10%.

Zamawiający oceniał oferty uwzględniając średnią produkcję energii elektrycznej brutto, zgodnie z następującym wzorem:

$$Kme = Kc / Cmax * 100 * 0,1$$

Przy produkcji ciepła na poziomie 54MW przy pracy obu linii spalania, jak dla parametrów temperatury zewnętrznej +18C.

Kme - liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Produkcja energii elektrycznej brutto przy pracy w pełnej kogeneracji.

Cmax - najwyższa średnia wartość zadeklarowanej produkcji energii elektrycznej brutto spośród wszystkich ważnych i nieodrzuconych ofert.

Kc - zadeklarowana przez Wykonawcę, w badanej ofercie, produkcja energii elektrycznej brutto obliczona zgodnie z Wzorem 1

Wzór 1

$$Kc = [Kc(+18^{\circ}C) + Kc(0^{\circ}C) + Kc(-18^{\circ}C)]/3$$

Tym samym im wyższą (średnią) produkcję energii elektrycznej zadeklarował wykonawca w swojej ofercie tym wyższą mógł otrzymać liczbę punktów w kryterium „Moc elektryczna brutto w Kogeneracji [WMe]”.

Mając na uwadze fakt, iż wartości energii elektrycznej podane przez wykonawcę SEPC są nierealne i niemożliwe do osiągnięcia przy założeniu zastosowania zgodnie z wymaganiami PFU turbiny upustowo-kondensacyjnej należy stwierdzić, iż podanie nierealistycznych danych dotyczących wytwarzania energii elektrycznej ma charakter manipulacji ukierunkowanej

wyłącznie na uzyskanie korzyści w postaci maksymalnej liczby punktów w kryterium „Moc elektryczna brutto w Kogeneracji [WMe]”.

Takie działanie wykonawcy, ukierunkowane wyłącznie na uzyskanie wyżej liczby punktów przy braku realności uzyskania deklarowanych parametrów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”), jako stanowiący manipulację składnikiem oferty, podlegającym ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Artykuł 3 ust. 1 UZNK jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust. 2 oraz art. 5-17 UZNK, który stanowi katalog otwarty. Działanie mające znamiona „czynu nieuczciwej konkurencji” nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy. Z kolei "dobre obyczaje" to normy postępowania nie będące normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak "zasady współżycia społecznego" oraz "ustalone zwyczaje", których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego, norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania dobrych obyczajów, a wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Odwołujący powołał się w tym zakresie na stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2008 r. sygn. akt: II CK 4/07 oraz w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r. sygn. akt: V ACa 371/07.

O naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy oraz dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. Za działania sprzeczne z dobrymi obyczajami należy niewątpliwie uznać również wskazanie w ofercie nierealnych i niemożliwych do osiągnięcia parametrów i wartości, które umożliwią danemu wykonawcy uzyskanie wyższej oceny w rankingu oceny ofert, a tym samym w sposób sprzeczny z uczciwą konkurencją uniemożliwią lub utrudnią uzyskanie zamówienia wykonawcom, którzy dobrych obyczajów przestrzegają, podając w ofercie wartości realne i możliwe do uzyskania. Niewątpliwie zatem działanie wykonawcy SEPC polegające na zawyżeniu wartości deklarowanej produkcji energii elektrycznej dzięki czemu wykonawca SEPC mógł osiągnąć maksymalną ocenę w ramach

kryterium oceny ofert „Moc elektryczna brutto w Kogeneracji [WMe]” co stanowi o dopuszczeniu się przez tego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Działanie wykonawcy SEPC polegające na manipulacji składnikiem oferty podlegającym ocenie w ramach kryterium oceny ofert można przyrównać m.in. do manipulacji ceną ofertową. W orzecznictwie KIO stwierdza się, iż taka manipulacja niewątpliwie nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co powinno skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, tak m.in. wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., sygn. KIO 1934/12.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Z daleko posuniętej ostrożności, mając na uwadze argumentację przedstawioną w pkt. 2 niniejszego odwołania, Odwołujący wskazał, iż podanie przez wykonawcę SEPC nierealnych i niemożliwych do osiągnięcia parametrów produkcji energii elektrycznej (przy założeniu zastosowania turbiny upustowo-kondensacyjnej) lub przy założeniu zastosowania turbiny parowej przeciwprężnej, nosi znamiona podania nieprawdziwych informacji, które mają na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd wyłącznie w celu osiągnięcia wyższej oceny w rankingu ofert. Takie działanie wykonawcy niewątpliwie wypełnia znamiona czynu stypizowanego zarówno w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i pkt 17 ustawy Pzp. Przesłanka określona w art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp jest bowiem przesłanką szerszą, obejmującą swoim zakresem również działania wykonawcy w warunkach celowego działania lub rażącego niedbalstwa i odnosi się do wszelkich informacji przekazanych przez wykonawców w toku postępowania, które mogą wpłynąć na istotne decyzje zamawiającego w toku postępowania. Za taką informację niewątpliwie należy uznać dane dotyczące produkcji energii elektrycznej, które podlegają ocenie w ramach kryterium oceny ofert w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający, polegając na oświadczeniu wykonawcy SEPC co do wartości deklarowanej produkcji energii elektrycznej, został wprowadzony przez tego wykonawcę w błąd, ponieważ deklarowane parametry nie są możliwe do uzyskania, przy założeniu zastosowania turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej. Nawet jeżeli wykonawca SEPC nie działał z zamiarem celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd lub w warunkach rażącego niedbalstwa (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), to i tak winien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wykonawca SEPC, jako podmiot profesjonalny, winien być co najmniej świadomy tego, że dane dotyczące produkcji energii elektrycznej mają charakter nierealistyczny i nieosiągalny. Tym samym – zdaniem Odwołującego - uprawnione jest twierdzenie, iż wykonawca SEPC

dopuszczył się wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślności, lub co najmniej niedbalstwa, przedstawiając informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – rażąco niska cena.

Na wstępie Odwołujący zauważył, że wyrazem przeciwdziałania praktykom polegającym na nieuczciwym zaniżaniu ceny jest przyjęta na gruncie przepisów ustawy Pzp regulacja nakazująca zamawiającemu odrzucenie oferty zawierającej cenę rażąco niską (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie dają jasnej definicji rażąco niskiej ceny, jednak pojęcie to kształtuje bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej czy sądów powszechnych. Odwołujący przykładowo wskazał na stanowiska zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby z 18 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 240/13, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1100/14 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07).

W ocenie Odwołującego oferta złożona w Postępowaniu przez SEPC zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wprawdzie cena zaoferowana przez SEPC (tj. 1.038.120.000 PLN brutto) przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierzał pierwotnie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (tj. 999.559.430,60 PLN brutto), jednak powyższa okoliczność w żaden sposób nie może stanowić o rynkowości ceny zaoferowanej przez SEPC.

W szczególności, cena zaoferowana przez SEPC jest o ponad 36,5% niższa od średniej cen arytmetycznej cen wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert.

Cena oferty SEPC 1.038.120.000 PLN

Cena oferty Konsorcjum PORR 1.728.028.230 PLN

Cena oferty Odwołującego 2.142.120.000 PLN

Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert 1.636.089.410 PLN

Różnica pomiędzy ceną oferty SEPC a średnią arytmetyczną cen złożonych ofert 597.969.410 PLN

Co równie istotne, cena oferty SEPC jest blisko 700 tys. PLN niższa od ceny ofertowej Konsorcjum PORR oraz aż o ponad milion złotych niższa niż cena oferty Odwołującego. Już tylko tak znacząca różnica pomiędzy ceną oferty SEPC a cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu nakazuje przyjąć, że SEPC nie skalkulowało swojej oferty w sposób gwarantujący należyte wykonanie zamówienia, bez ponoszenia straty przez wykonawcę.

Na uwagę zasługuje również fakt, że przedmiotem zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie jest wykonanie robót budowlanych „pod ruchem” - wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia rozbudowy ZUSOK bez zakłócania zwyczajnego trybu pracy instalacji. Co oczywiste, powyższe wiąże się w bezpośredni sposób z wyższymi kosztami, które musi ponieść podmiot wykonujący roboty budowlane objęte zamówieniem. Przykładowo jedynie można wskazać, że konieczność szybkiej ich realizacji jak również koordynacji prac wielu zespołów, przekłada się na potrzebę zatrudnienia większej ilości personelu.

Okolicznością potwierdzającą, że cena ofertowa wykonawcy SEPC jest ceną zaniżoną jest zdaniem Odwołującego również fakt, że Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o wyjaśnienie kalkulacji ceny oferty. Przedstawione przez tego wykonawcę wyjaśnienia – w części jawnej - są ogólnikowe i lakoniczne, a tym samym nie potwierdzają w żaden sposób, że wykonawca ten daje rękojmię wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Jednocześnie część wyjaśnień dotyczących ceny oferty SEPC została zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa co uniemożliwia Odwołującemu weryfikację uzasadnienia oraz podstaw dokonanej przez SEPC wyceny zamówienia.

W ocenie Odwołującego, cena oferty SEPC nie została jednak skalkulowana w sposób gwarantujący należyte wykonanie wskazanych prac, a w związku z tym, jest ceną rażąco niską. Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że sam fakt, że cena zaoferowana przez SEPC przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia nie przesądza automatycznie o jej rynkowości. Wręcz przeciwnie, należy zwrócić uwagę na kolosalne różnice pomiędzy ceną zaoferowaną przez SEPC a cenami ofertowymi innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 20 czerwca 2018 r.

II. W dniu 28 maja 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- po stronie Odwołującego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A. z siedzibą w Paryżu, CNIM Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,

- po stronie Zamawiającego - wykonawca Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd., z siedzibą w Szanghaju.

Wykonawca Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd., z siedzibą w Szanghaju swoje stanowisko w sprawie przedstawił w piśmie z dnia 29 maja 2018 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

KIO 931/18

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska wykonawcy Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. z siedzibą w Szanghaju, kwestionującego posiadanie przez Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. W toku rozprawy przed Izbą wykonawca ten stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał interesu prawnego. Podkreślił, iż jak wynika z orzecznictwa Izby, interes we wniesieniu odwołania należy utożsamiać z możliwością uzyskania zamówienia. Wykonawca składający odwołanie powinien zatem wykazać możliwość poniesienia przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska uczestnik postępowania powołał się na wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1200/17.

Izba uznała stanowisko wykonawcy Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd., z siedzibą w Szanghaju za niezasadne. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Odwołujący uzasadnił posiadanie legitymacji do wniesienia odwołania na stronach 3 do 4 odwołania. Po drugie, w ocenie składu orzekającego Izby posiadanie przez Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania wobec czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu rankingu ofert, bez względu na to, czy w postępowaniu miała zastosowania regulacja art. 24aa ustawy Pzp, stanowi czynność kończącą jeden z etapów postępowania. Na tym etapie nie jest jeszcze wiadome, który z wykonawców przejdzie pozytywnie kolejny etap wszczętym wystosowaniem

przez Zamawiającego wezwania z art. 26 ust. 1 albo 2 ustawy Pzp – wykonawca znajdujący się na pierwszym miejscu rankingu ofert, czy też wobec negatywnej oceny dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego wykonawca znajdujący się na kolejnym miejscu, czy (z tych samych powodów) na którymś z kolejnych miejsc. Tym samym wykonawcy znajdującemu się na trzecim miejscu rankingu ofert, w sytuacji gdy nie podnosi zarzutów wobec wykonawcy znajdującemu się na drugim miejscu, nie można wyłącznie z tego powodu odmówić legitymacji do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu rankingu ofert. Także zatem ten wykonawca może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- po stronie Odwołującego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, TM.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia z siedzibą w Mediolanie oraz Atzwanger S.p.A. z siedzibą w Bolzano,
- po stronie Zamawiającego - wykonawca Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. z siedzibą w Szanghaju (dalej także jako „Przystępujący SEPC).

W związku ze złożeniem przez Odwołującego na posiedzeniu przed Izbą oświadczenia o wycofaniu części zarzutów tj. zarzutu drugiego i trzeciego złożonych wobec zaniechania wykluczenia Przystępującego SEPC z Postępowania, Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzuty odwołania w pozostałym zakresie, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania oraz dowody złożone przez Przystępującego SEPC na rozprawie, tj. zawiadomienie o przyznaniu zamówienia z dnia 19 grudnia 2016 r. oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej (oraz o odrzuceniu ofert) z dnia 20 marca 2018 r.

KIO 935/18

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- po stronie Odwołującego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A. z siedzibą w Paryżu, CNIM Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,
- po stronie Zamawiającego - wykonawca Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd., z siedzibą w Szanghaju (dalej także jako „Przystępujący SEPC”).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania oraz dowody złożone przez strony oraz Przystępującego SEPC na rozprawie, tj.:

- przez Odwołującego: opinię dotyczącą doboru rodzaju turbiny w ofertach złożonych w przetargu na zaprojektowanie i rozbudowa Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów w Warszawie” autorstwa dr hab. inż. G. W.;
- przez Zamawiającego: trzy opinie: 1) sporządzoną przez SWECO GmbH – wraz z uzupełnieniem złożonym w dniu 20 czerwca 2018 r.; sporządzoną przez COWI A/S – wraz z uzupełnieniem złożonym w dniu 20 czerwca 2018 r.; 3) sporządzoną przez Zakłady Pomiarowo – Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o. – wraz z uzupełnieniem złożonym w dniu 20 czerwca 2018 r.;
- przez Przystępującego SEPC: oświadczenie poddostawcy z dnia 16 maja 2018 r. (częściowe utajnione jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa).

Złożony przez Przystępującego SEPC dokument zawierający zestawienie inwestycji został potraktowany jako oświadczenie własne Przystępującego SEPC. Ponadto, Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego po stronie Odwołującego, iż Przystępujący SEPC nie wykazał, że informacje utajnione w treści złożonego jako dowód w sprawie oświadczenia poddostawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wymaga wskazania, iż utajnione informacje zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołanie złożone wobec zaniechania ujawnienia utajnionej części wyjaśnień zostało przez Izbę odrzucone, a postanowienie Izby stało się prawomocne. Tym samym zastrzeżenie ww. informacji – w ramach toczącego się Postępowania i w konsekwencji także w ramach postępowań odwoławczych dotyczących tego Postępowania – nie może być ponownie kwestionowane.

Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, nie uwzględniła wniosku Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność tego, iż wartości mocy energii elektrycznej podane w ofercie Przystępującego SEPC nie są możliwe do osiągnięcia przy zadanych warunkach pracy instalacji przy uwzględnieniu turbiny kondensacyjno-upustowej. Powody nieuwzględnienia ww. wniosku dowodowego zostaną wskazane w dalszej części uzasadnienia.

KIO 931/18, KIO 935/18

Izba ustaliła, iż stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołujących znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji Postępowania.

W szczególności Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 3.3 SIWZ Zamawiający prowadzi Postępowanie z uwzględnieniem procedury określonej w art. 24aa ustawy Pzp.

W punkcie 2.4.4.1 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (Turbina parowa) Zamawiający zawarł wymóg zastosowania turbiny upustowo kondensacyjnej. Między innymi Zamawiający postanowił:

„Turbina musi posiadać co najmniej dwa upusty (w tym jeden regulowany) służące do podgrzewu wody w sieci ciepłowniczej oraz podgrzewu kondensatu. Wymagane parametry pary (dla pracy czysto kondensacyjnej) na wylocie z turbiny maksymalnie 0.08 bar(a) przy temperaturze zewnętrznej 25°C i wilgotności 60%.

Ostateczny dobór parametrów znajduje się po stronie Wykonawcy i będzie wynikiem optymalizacji procesu.

Konstrukcja turbiny oraz jej system sterowania i kontroli musi uwzględniać wahania parametrów (w tym strumienia) pary świeżej charakterystyczne dla przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych.

Zamawiający wymaga, aby układ odzysku ciepła pozwalał na pracę instalacji przy pełnej wydajności obu kotłów i skierowaniu całej wytworzonej pary do turbiny zarówno bez dostawy ciepła do sieci ciepłowniczej (proces rozumiany jako praca turbiny w trybie kondensacyjnym), jak również możliwość pracy instalacji w trybie ciepłowniczym (kogeneracyjnym) przy produkcji ciepła w zakresie mocy cieplnej od 2 MW do wartości co najmniej 54 MW netto. Jest to wymaganie bezwzględne.”

Zgodnie z pkt 14.6 SIWZ cena musi zostać podana wg wzoru Formularza Cenowego stanowiącego załącznik nr 1B do niniejszej IDW tj. Cena oferty musi być obliczana jako suma cen za poszczególne elementy wskazane w Formularzu Cenowym. Wykonawca nie jest uprawniony do zmian elementów w Formularzu Cenowym.

Zgodnie z pkt 15.8 SIWZ podane wartości produkcji energii elektrycznej stanowiły jedno z kryterium oceny ofert w Postępowaniu: „Moc elektryczna brutto w kogeneracji [MWe]” oznaczone jako Kme, o wadze 10%.

Zamawiający oceniał oferty uwzględniając średnią produkcję energii elektrycznej brutto, zgodnie z następującym wzorem:

*„ $Kme = Kc / Cmax * 100 * 0,1$*

Przy produkcji ciepła na poziomie 54MW przy pracy obu linii spalania, jak dla parametrów temperatury zewnętrznej +18C.

Kme - liczba punktów (z uwzględnieniem wagi kryterium) w kryterium Produkcja energii elektrycznej brutto przy pracy w pełnej kogeneracji.

Cmax - najwyższa średnia wartość zadeklarowanej produkcji energii elektrycznej brutto spośród wszystkich ważnych i nieodrzuconych ofert.

Kc - zadeklarowana przez Wykonawcę, w badanej ofercie, produkcja energii elektrycznej brutto obliczona zgodnie z Wzorem 1

Wzór 1

$$Kc = [Kc(+18^{\circ}C) + Kc(0^{\circ}C) + Kc(-18^{\circ}C)]/3$$

W treści oferty (pkt 4 formularza ofertowego) Zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców mocy produkcji elektrycznej brutto przy określonych parametrach pracy w kogeneracji tj. przy produkcji energii cieplnej na poziomie 54 MW przy pracy obu linii spalania. Wartość produkcji energii elektrycznej brutto wykonawcy byli zobowiązani podać dla 3 wariantów temperatury otoczenia, wynoszącej odpowiednio: -18 °C, 0 °C oraz +18 °C.

W Postępowaniu zostały złożone trzy oferty: Przystępującego SEPC, Odwołującego w sprawie KIO 931/18 (wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Constructions Industrielles de la Méditerranée S.A., CNIM Poznań Sp. z o.o. oraz PORR S.A.) oraz Odwołującego w sprawie KIO 935/18 (wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Astaldi S.p.A., T.M.E. S.p.A. Termomeccanica Ecologia oraz Atzwanger S.p.A.

Zgodnie z pkt. 4 oferty Przystępujący SEPC zaoferował następujące wartości produkcji energii elektrycznej brutto dla 3 wariantów temperatury otoczenia:

- -18 °C – 15,45 MWe;
- 0 °C – 18,00 MWe;
- +18 °C – 20,16 MWe.

Pismem z dnia 8 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego SEPC do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący SEPC odpowiedzi na ww. wezwanie udzielił pismem z dnia 2 marca 2018 r. Wyjaśnienia zostały podzielone na dwie części: jawną (od strony 1 do 20) oraz utajnioną z uwagi na zawarcie w niej informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (od strony 21 do 114). Postanowieniem z dnia 18 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 659/18 Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie Odwołującego złożone wobec zaniechania ujawnienia przez Zamawiającego utajnionej części wyjaśnień Przystępującego SEPC.

W dniu 27 kwietnia 2018 r. Zamawiający opublikował oraz przekazał wykonawcom Ranking ofert zgłoszonych w Postępowaniu. Zgodnie z Rankiem ofert pierwsze miejsce zajął Przystępujący SEPC (100 pkt; cena: 1.038.120.000 PLN), drugie – Odwołujący w sprawie KIO 935/18 (68,41 pkt; cena: 2.145.120.000 PLN), trzecie – Odwołujący w sprawie KIO 931/18 (54,90 pkt; cena: 1.728.028.230 PLN).

Izba zważyła, co następuje:

KIO 935/18

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta Przystępującego SEPC nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego SEPC, mimo iż wykonawca ten nie wykazał w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską.

Na wstępie należy zauważyć, iż przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc.

Z przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 – 2 ustawy Pzp wynika, iż po pierwsze, odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny oferty. Po drugie, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli stwierdzi, że zawiera ona rażąco niską cenę albo jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym gdy w ogóle nie przedstawił wyjaśnień w tym zakresie. W związku z tym, rozpoznając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy, co do której zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające na gruncie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba dokonuje oceny czynności zamawiającego polegającej na ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w zakresie ceny oferty.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 190 ust. 1a pkt

1) ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wymaga jednak zauważenia, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 447/16). Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przenieść na uczestnika postępowania/zamawiającego ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16). Nie jest dopuszczalne, aby odwołujący, powołując się na przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, przenieśli obowiązek dowodu tylko na jedną ze stron postępowania, samemu pozostając biernym w postępowaniu (wyrok z dnia 11 sierpnia 2015 r. KIO 1651/15). Podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16.

Należy również podkreślić, iż przepis art. 190 ust. 1a pkt 1) nie może być rozumiany w ten sposób, iż zawsze nakłada on na uczestnika postępowania obowiązek przedstawiania nowych dowodów. W zupełności wystarczające może bowiem okazać się powołanie się na dowody złożone uprzednio w trakcie postępowania wyjaśniającego wszczętego przez zamawiającego, w szczególności iż to właśnie w ramach wyjaśnień składanych zamawiającemu wykonawca obowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Odmienna wykładnia tej regulacji prowadziłaby bowiem do wniosków niemożliwych do zaakceptowania, albowiem stawiłaby w mniej korzystnej sytuacji procesowej wykonawcę, który z daleko posuniętą starannością starał się odpowiedzieć na wezwanie zamawiającego i złożył wraz z wyjaśnieniami wszystkie możliwe do przedstawienia dowody.

Ponadto, ww. regulacje dotyczące zasad rozkładu ciężaru dowodu winny być odczytywane z uwzględnieniem przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej Izba uprawniona jest do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego jedynie w odniesieniu do sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Okoliczności te – wyznaczając zakres zarzutów podlegających rozpoznaniu – mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznawaniu danej sprawy.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy należy zauważyć, iż zestawiając treść postawionego przez Odwołującego zarzutu (w tym wskazanych na jego poparcie okoliczności

faktycznych) oraz treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Omawiany zarzut odwołania został oparty wyłącznie na twierdzeniach ogólnej natury, które ponadto nie zostały poparte żadnymi wyliczeniami, ani tym bardziej dowodami. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja nie odnosiła się do żadnych konkretnych elementów składowych ceny. Odwołujący nie zakwestionował żadnej pozycji zadeklarowanej przez Przystępującego SEPC w formularzu *Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych*.

W szczególności strona odwołująca skupiła się na twierdzeniu, iż dla oceny czy cena danej oferty jest ceną rażąco niską decydujące znaczenie winny mieć ceny pozostałych ofert, a nie szacunkowa wartość zamówienia. W odniesieniu do powyższego należy jednak zauważyć, iż jak wynika z przepisów ustawy Pzp ww. wskaźniki (tzw. szacunkowa wartość zamówienia oraz średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert) mają znaczenie przede wszystkim dla ustalenia, czy w danym przypadku zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie ceny oferty. Unormowanie zawarte w art. 90 ustawy Pzp stanowi bowiem odzwierciedlenie poglądu wyrażanego przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału wyrażonym przykładowo w wyroku z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie C-295/89 („Impresa Dona Alfonso”), aktualnym na gruncie obecnego stanu prawnego, *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym innym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień.”* W przypadku zatem zainicjowania postępowania wyjaśniającego stwierdzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny należy oprzeć na treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień (albo okoliczności zaniechania złożenia wyjaśnień). Takie stanowisko wynika wprost z regulacji ustawy Pzp, albowiem zgodnie z art. 90 ust. 3 teże ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym ww. argumentacja Odwołującego mogłaby mieć istotne znaczenie w sytuacji, w której Zamawiający nie wystosowałby do Przystępującego SEPC wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

W treści odwołania Odwołujący stwierdził, iż Przystępujący *„SEPC nie posiada żadnego doświadczenia w działalności na rynku europejskim, w tym w Polsce (w szczególności w sektorze instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych). O braku doświadczenia SEPC na rynku europejskim, w tym polskim, świadczy zestawienie*

referencyjnych projektów energetycznych przedstawionych w Załączniku A do Wyjaśnień. W związku z powyższym, obecne, gigantyczne, problemy związane z dostępnością podwykonawców, materiałów budowlanych czy pracowników oraz perspektywy rozwoju tej sytuacji najprawdopodobniej nie zostały wzięte pod uwagę przez podmiot nieposiadający doświadczenia i rozeznania w specyfice oraz aktualnych warunkach rynku polskiego.” Należy w związku z tym zauważyć, iż sama okoliczność braku doświadczenia wykonawcy na danym rynku nie może w żadnym wypadku przesądzać o uznaniu ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę za cenę rażąco niską (doświadczenie ma przede wszystkim znaczenie w kontekście warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej). Wniosku wyprowadzanego na podstawie ww. okoliczności nie jest pewien sam Odwołujący, który stwierdził w odwołaniu, że „w związku z powyższym, obecne, gigantyczne problemy (...) najprawdopodobniej nie zostały wzięte pod uwagę”.

Zarówno twierdzenia Odwołującego kwestionujące zasadność powoływania się przez Przystępującego SEPC na jego przewagę na gruncie sytuacji finansowej oraz efektywności i rentowności prowadzonej działalności, jak i same twierdzenia Przystępującego zawarte w tym zakresie w wyjaśnieniach, należy uznać za mające nader ogólnikowy charakter i jako takie nie mające istotnego znaczenia dla rozpoznawanej sprawy.

Przedstawiona w odwołaniu argumentacja odnosząca się do tego, czego nie zawierał sporządzony przez Zamawiającego dokument „Szacunkowe zestawienie kosztów inwestycyjnych” stanowi wyłącznie przypuszczenia Odwołującego, który – jak sam przyznał – treści tego dokumentu w ogóle nie poznał. Odnosząc się natomiast do kwestii wzrostu poziomu kosztów (w stosunku do uwzględnionego w ramach ustalania tzw. szacunkowej wartości zamówienia) będącego wynikiem szeregu modyfikacji, uzupełnień i wyjaśnień postanowień SIWZ, należy zauważyć, iż twierdzeniom Odwołującego w tym zakresie zaprzeczył Zamawiający przedstawiając *Zestawienie odpowiedzi na pytania, skutkujące znacznym obniżeniem kosztów realizacji zadania* (pismo z dnia 28 maja 2018 r.), do którego Odwołujący w toku rozprawy się nie odniósł. Porównując zestawienia i argumentację przedstawioną w tym zakresie przez Odwołującego i Zamawiającego Izba uznała, iż nie może podzielić stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego. W szczególności wymaga w tym zakresie podkreślenia, iż Odwołujący ograniczył się do ogólnych twierdzeń o skutku poszczególnej modyfikacji SIWZ w postaci zwiększenia kosztów realizacji zamówienia, nie przedstawiając w tym zakresie żadnych wyliczeń. Kwestia dat poszczególnych załączników do Programu Funkcjonalno – Użytkowego w stosunku do daty opracowania dokumentu „Szacunkowe zestawienie kosztów inwestycyjnych” została przez Zamawiającego wyjaśniona w piśmie stanowiącym odpowiedź na odwołanie i w ocenie Izby nie miała ona istotnego znaczenia dla niniejszej sprawy.

W odniesieniu do zawartego w wyjaśnieniach Przystępującego SEPC zestawienia 7 inwestycji, to Izba częściowo podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego co do tego, iż ww. zestawienie nie może stanowić argumentu przesądzającego o rynkowym charakterze ceny zaofiarowanej przez Przystępującego SEPC, jednakże nie może ono również stanowić argumentu przeciwnego, tj. że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Ocenę oferty pod kątem rażąco niskiej ceny należy bowiem odnieść przede wszystkim do konkretnych okoliczności związanych z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, w treści odwołania Odwołujący wskazał na mające znaczenie dla wyceny wartości prac różnice w zakresie przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem i innych podobnych inwestycji. Poza jednak pierwszą z wymienionych okoliczności, w odniesieniu do której Odwołujący przedstawił wyłącznie informację będącą jego szacunkiem, pozostałym okolicznościom nie zostały przypisane żadne konkretne kwoty. Natomiast żadna z okoliczności nie została poparta dowodem.

Także pozostałe okoliczności wskazane przez Odwołującego na poparcie postawionego zarzutu (deklaracja zlecenia podwykonawcom 40% zamówienia; tzw. efekt skali dotyczący pozostałych wykonawców; ograniczone możliwości optymalizacji rozwiązań technicznych oraz posiadanie przez Przystępującego własnego zespołu projektowego) są bardzo ogólnej natury, a co najważniejsze nie zostało wykazane ani chociażby wskazane w jaki sposób i w jakim stopniu miałyby skutkować rażącym zaniżeniem przez Przystępującego SEPC ceny oferty złożonej w Postępowaniu.

Podsumowując należy stwierdzić, iż argumentacja przedstawiona przez Odwołującego na poparcie podniesionego zarzutu miała charakter ogólny, a poszczególne twierdzenia zawarte w tym zakresie w odwołaniu nie zostały poparte żadnymi wyliczeniami, ani tym bardziej dowodami.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż okoliczność, że Odwołujący nie mógł odnieść się do części tajnej wyjaśnień z uwagi na wcześniejsze odrzucenie odwołania wniesionego na zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może mieć istotnego znaczenia dla rozpoznania niniejszego odwołania i nie może zmienić oceny podniesionych zarzutów jako posiadających bardzo ogólny charakter. W szczególności, iż Odwołujący nie odniósł się do jawnego dokumentu złożonego przez Przystępującego SEPC, tj. formularza *Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych*. Odwołujący nie wskazał, które w jego ocenie pozycje ww. formularza zostały przez Przystępującego SEPC zaniżone.

Stanowisko Odwołującego odnosiło się do wyłącznie do jawnej części wyjaśnień Przystępującego SEPC, która z racji swojego wstępnego charakteru zawierała wyjaśnienia ogólnej natury. Z kolei wyjaśnienia Przystępującego SEPC zawarte w części utajnionej nie

były ogólne ani lakoniczne. Wyjaśnienia te były szczegółowe, zawierały obliczenia i analizę podstawowych aspektów kosztowo – twórczych. Do wyjaśnień zostały załączone oferty kontrahentów.

Mając na uwadze powyższe, w świetle treści postawionego w odwołaniu zarzutu i przedstawionej na jego poparcie argumentacji, przy uwzględnieniu zebranego w sprawie materiału dowodowego (na który składa się w szczególności dokumentacja postępowania, zawierająca m.in. wyjaśnienia złożone przez Przystępującego SEPC) Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W konsekwencji uznania za niezasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

KIO 935/18

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzuty naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SEPC pomimo, że jest ona niezgodna z pkt. 2.4.4.1 PFU zgodnie z którym Zamawiający wymagał zaoferowania turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej, podczas gdy podane w pkt. 4 formularza ofertowego SEPC gwarantowane wartości produkcji energii elektrycznej brutto przy produkcji energii cieplnej na poziomie 54 MW przy pracy obu linii spalania wynoszą odpowiednio dla temperatury zewnętrznej: „-18 °C : 15,45 MWe”, dla „0 °C : 18 MWe”, dla „+18 °C : 20,16 MWe” oraz różnice występujące pomiędzy tymi wartościami produkcji energii elektrycznej brutto w określonych warunkach pracy w kogeneracji dowodzą, że SEPC zamierza zastosować turbinę przeciwprężną, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, a osiągnięcie podanych przez SEPC wartości produkcji energii elektrycznej brutto przy zakładanych warunkach pracy oraz przy zastosowaniu turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej jest niemożliwe (nierealne),

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SEPC, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż przy założeniu zastosowania turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej wykonawca SEPC podał niemożliwe do osiągnięcia (nierealne) parametry produkcji energii elektrycznej brutto w założonych przez Zamawiającego warunkach pracy w kogeneracji, a tym samym SEPC dopuścił się manipulacji wartością produkcji energii elektrycznej brutto podaną w pkt 4 formularza ofertowego SEPC, co doprowadziło do sztucznego zawyżenia wartości, będącej przedmiotem oceny oferty w ramach kryterium „Moc elektryczna brutto w kogeneracji [MWe] (Kme)” (pkt. 15.8 (iii) SIWZ),
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy SEPC, pomimo że wykonawca SEPC w wyniku celowego działania lub rażącego niedbalstwa, albo lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa, przedstawił w ofercie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania, tj. informacje wskazane w pkt 4 formularza ofertowego SEPC dotyczące wartości produkcji energii elektrycznej brutto przy produkcji energii cieplnej na poziomie 54 MW przy pracy obu linii spalania dla temperatury zewnętrznej „-18 °C : 15,45 MWe”, „0 °C : 18 MWe”, „+18 °C : 20,16 MWe” podczas gdy przy zastosowaniu, zgodnie z PFU, turbiny parowej upustowo-kondensacyjnej, nie jest możliwe osiągnięcie podanych wartości produkcji energii elektrycznej w warunkach pracy wymaganych przez Zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenie oferty SEPC, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, a zatem jego ofertę należy uznać za odrzuconą,

Zarzuty wskazane powyżej (pkt 1 – 3), w związku z tym, iż opierają się na tej samej okoliczności faktycznej, jaką jest treść oferty Przystępującego SEPC w zakresie wartości produkcji energii elektrycznej brutto (pkt 4 formularza ofertowego Przystępującego SEPC) zostaną częściowo omówione łącznie.

Na wstępie, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 54/12 należy wskazać, iż *"Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny*

dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11)."

Ponadto, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w trakcie postępowania odwoławczego to odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na odwołującym, w pierwszej kolejności, ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów postawionych przez Odwołującego, tj. że Przystępujący SEPC zamierza zrealizować zamówienie przy zastosowaniu turbiny przeciwprężnej zamiast wymaganej w Programie Funkcjonalno – Użytkowym turbiny upustowo – kondensacyjnej, należy podkreślić, iż okoliczność przeciwna wynikała wprost z treści złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty (str. 74). Ponadto na potwierdzenie tej okoliczności Przystępujący SEPC złożył dowód w postaci oświadczenia poddostawcy (fragment niezastrzeżony jako zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa: *„Niniejszym potwierdzamy, że oferowana przez nas turbina jest turbiną upustowo – kondensacyjną o bardzo wysokiej sprawności.”*). Na potwierdzenie postawionego zarzutu Odwołujący złożył jedynie opinię prywatną, o której szerzej w dalszej części uzasadnienia. W związku z tezą dowodową zawartą we wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, tj. *„na okoliczność tego, iż wartości mocy energii elektrycznej podane w ofercie przystępującego Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. nie są możliwe do osiągnięcia przy zadanych warunkach pracy instalacji przy uwzględnieniu turbiny kondensacyjno-upustowej”* – należało uznać, iż dotyczył on dwóch kolejnych zarzutów, zawierających założenie zaofiarowania turbiny kondensacyjno – upustowej, a nie turbiny przeciwprężnej. Na marginesie wymaga zauważenia, iż nawet jeżeli intencją Odwołującego było objęcie ww. wnioskiem dowodowym także zarzutu nr 1, to taki dowód byłby nieprzydatny dla rozpoznania tego zarzutu, albowiem z (udowodnionej) okoliczności, iż *wartości mocy energii elektrycznej podane w ofercie przystępującego Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. nie są możliwe do osiągnięcia przy zadanych warunkach pracy instalacji przy uwzględnieniu turbiny kondensacyjno-upustowej* nie wynikałoby jeszcze, iż zamiarem

Przystępującego SEPC (i wobec tego treścią jego oferty) było zaoferowanie turbiny przeciwpięznej.

Mając zatem na uwadze treść jednoznacznych oświadczeń samego Przystępującego SEPC (wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty) oraz jego poddostawcy, Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SEPC pomimo, że jest ona niezgodna z pkt. 2.4.4.1 PFU, nie potwierdził się. Na marginesie Izba wskazuje, iż o zasadności tego zarzutu prawdopodobnie nie był przekonany również sam Odwołujący, skoro postawił także dalsze zarzuty (drugi i trzeci) zakładające zaoferowanie turbiny kondensacyjno - upustowej.

Na potwierdzenie postawionych zarzutów (zarzutu 1 – 3) Odwołujący złożył dowód w postaci „Opinii dotyczącej doboru rodzaju turbiny w ofertach złożonych w przetargu na zaprojektowanie i rozbudowa Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów w Warszawie” autorstwa dr hab. inż. G. W. . Opinia ta, podobnie jak trzy opinie (wraz z uzupełnieniami) złożone przez Zamawiającego nie stanowią dowodów w postaci opinii biegłego. Tego rodzaju dokumenty są w doktrynie określane jako opinia prywatna. W ślad za wyrokiem Izby z dnia 16 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 654/14 należy wskazać, iż *„Od strony negatywnej opinią prywatną (inaczej pozaprocesową, pozasądową, rzeczoznawczą) jest bowiem każde oświadczenie, powołujące się na wiadomości specjalne, nie pochodzące od biegłego powołanego przez sąd. Najistotniejszą cechą opinii prywatnej jest sporządzenie nie na zlecenie organu procesowego, lecz innych uczestników procesu, najczęściej stron postępowania. Jak sama nazwa wskazuje, opinia prywatna nie jest opinią w rozumieniu art. 190 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnia podstawowych wymagań prawnych odnoszonych do opinii biegłych. Dokument ten powstaje poza postępowaniem, czasami nie dla jego celów, a czasami właśnie dla przedstawienia w toku postępowania. (...) W konsekwencji przedłożona do akt przez stronę opinia prywatna może mieć dwojaki charakter. W pierwszym przypadku stanowi stanowisko strony, w drugim - dowód z dokumentu prywatnego. W konsekwencji nigdy ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków organu orzekającego pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono słuszne stanowisko, że, gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skargi kasacyjnej (np. wyrok z dnia 11 grudnia 1997 r. sygn. akt I CKN 385/97).”* Składane zatem przez strony i uczestników postępowania opinie prywatne – co do zasady traktowane jako ich (stron) stanowiska - stanowią co najwyżej dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd.

W odniesieniu do opinii złożonej przez Odwołującego Izba zauważa, iż jakkolwiek w jej treści zawarto twierdzenie, iż przez autora ekspertyzy zostały wykonane obliczenia symulacyjne to

jednak nie zostały one w treści tej ekspertyzy przedstawione. W treści opinii nie zostały również przedstawione szczegółowe wyniki tych obliczeń, a kwestia ta została ograniczona do jednego zdania: *„Wykonane przez autora niniejszej ekspertyzy obliczenia symulacyjne dla wariantu turbiny kondensacyjno – upustowej oraz turbiny przeciwprężnej potwierdzają, że w przypadku turbiny kondensacyjnej można oczekiwać, przy założonym stałym poziomie odbioru ciepła na poziomie 54 MWt, mocy elektrycznej na poziomie ok. 15-17 MWe (w zależności od konfiguracji wymienników ciepła oraz temperatury zewnętrznej) oraz ok. 15-20 MWe (w zależności od temperatury zewnętrznej) dla turbiny przeciwprężnej.”* Dodatkowe zastrzeżenia budzi fakt, iż z wypowiedzi ustnej jednego z pełnomocników Odwołującego wynika, iż obliczenia stanowiące podstawę sporządzenia opinii zostały przekazane jej autorowi przez Odwołującego (protokół rozprawy z dnia 20 czerwca 2018 r., str. 6, wiersze 4 – 7 od dołu). Z wypowiedzi tej wynikało również, iż odnoszą się one do technologii stosowanej przez Odwołującego (a zatem nie przez Przystępującego SEPC). Nie ulega wątpliwości, iż opinia przedstawiona przez Odwołującego została sporządzona na zlecenie Odwołującego, celem złożenia jej w postępowaniu odwoławczym. Opinia ta została potraktowana przez Izbę na gruncie procesowym jako stanowisko strony (Odwołującego), w tym – mając na uwadze rozważania prawne zawarte *in fine opinii* – stanowisko prawne dotyczące zasadności postawionych zarzutów.

Opinie złożone przez Zamawiającego również podlegają zakwalifikowaniu jako tzw. opinie prywatne. W ocenie Izby, pomimo pewnych (zauważonych przez stronę odwołującą) nieścisłości, będących także przedmiotem wyjaśnień osób występujących w imieniu Zamawiającego, należy je uznać za nieporównywalnie bardziej kompletne i rzeczowe od opinii przedstawionej przez Odwołującego. W szczególności należy podkreślić, iż wnioski zawarte w tych ekspertyzach odnosiły się do konkretnych, przedstawionych obliczeń. W treści opinii wskazane zostały założenia konieczne do przyjęcia w celu przeprowadzenia obliczeń. Jakkolwiek opinie złożone przez Zamawiającego pod względem procesowym są traktowane analogicznie jak opinia złożona przez Odwołującego (o czym była mowa powyżej), to należy w tym miejscu podkreślić, iż Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego i Przystępującego po stronie Odwołującego, wskazujących na automatyczny brak obiektywizmu po stronie autorów ww. opinii (z uwagi na to, iż reprezentują oni ten sam interes co Zamawiający) – w przeciwieństwie do autora opinii złożonej przez Odwołującego. W ocenie Izby opinie złożone przez Zamawiającego zostały sporządzone przez ekspertów (podmioty pełniące funkcję projektanta, Inżyniera Kontraktu oraz wsparcia technicznego), którzy zostali zatrudnieni przez Zamawiającego do świadczenia profesjonalnych usług doradczych, za co podmioty te ponoszą odpowiedzialność. Opinie te Izba potraktowała na gruncie procesowym jako stanowisko strony (Zamawiającego) odnoszące się do przeprowadzonej czynności badania

i oceny oferty Przystępującego SEPC w zakresie podniesionych przez Odwołującego zarzutów odwołania (nr 1 – 3).

Ponadto, Odwołujący, powołując się na przepisy art. 190 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego „na okoliczność tego, iż wartości mocy energii elektrycznej podane w ofercie przystępującego Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. nie są możliwe do osiągnięcia przy zadanych warunkach pracy instalacji przy uwzględnieniu turbiny kondensacyjno-upustowej”.

W odniesieniu do ww. wniosku dowodowego należy wskazać, iż jak stwierdził Sąd Najwyższy „Opinia biegłego ma na celu ułatwienie sądowi oceny zebranego materiału, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Nie może być natomiast ona jako taka źródłem materiału faktycznego sprawy ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia okoliczności będących przedmiotem oceny biegłego. Dlatego też wskazane w opinii ogólne zasady sąd musi odnieść do konkretnych okoliczności rozpoznawanej sprawy, mając na uwadze ostateczne ustalenia faktyczne” (wyr. SN z 26 kwietnia 2006 r., V CSK 11/06, A. Zieliński (red.), Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Wyd. 9, Warszawa 2017). Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 5 grudnia 2016 r. sygn. akt XIII Ga 1094/16 „Podkreślić wobec tego należy, że rolą biegłego w postępowaniu dowodowym nie jest ustalanie okoliczności faktycznych, lecz na podstawie faktów już udowodnionych w sprawie, przedstawić wnioski w zakresie wiedzy specjalnej, jaką dysponuje biegły. Opinia biegłego powinna zatem obejmować rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania kwestii w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał, jeżeli jego ocena wymaga wiadomości specjalnych, tj. ocena zgromadzonego materiału wymaga zasięgnięcia opinii osoby posiadającej wiedzę umożliwiającą wyprowadzenie właściwych wniosków z już posiadanych dowodów.”

Ponadto, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 września 2011 r. sygn. akt KIO 1772/11 „dopuszczenie dowodu z opinii biegłego jest możliwe wówczas, gdy istnieje kompletny i zupełny materiał pozwalający na wydanie opinii. (...) Jak zostało wskazane w komentarzu do art. 278 Kodeksu postępowania cywilnego ([w] Bodio J., Demendecki T., Jakubecki A., Marcewicz O. Telenga P., Wójcik M. P., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Oficyna 2008, wyd. III) "W świetle stanowiska judykatury zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego biegłemu materiału sprawy". Powyższe zostało potwierdzone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 1969 r. (sygn. akt I CR 140.69, OSNC 1970, Nr 5, poz. 85) oraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2006 r. o sygn. akt V CSK 360/06 (Lex, nr 238973). Zatem celem dowodu z opinii biegłego jest ocena

zgromadzonego w sprawie materiału przy uwzględnieniu posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych, a nie pozyskanie wiadomości z możliwych dostępnych źródeł.”

Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego uwarunkowane jest zatem przydatnością tego środka dowodowego jako służącego ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego, gdy potrzebne są do tego wiadomości specjalne. Biegły musi mieć możliwość wydania opinii na podstawie dostępnego mu materiału dowodowego, przy uwzględnieniu postawionej tezy dowodowej. Dopuszczenie tego dowodu jest możliwe wówczas, gdy istnieje kompletny i zupełny materiał pozwalający na wydanie opinii.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 24 września 2012 r. sygn. akt X Ga 128/12, przywołanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 9 października 2014 r. sygn. akt KIO 1978/14) *„ocena celowości zgłoszonych wniosków dowodowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna być dokonywana ze szczególną starannością z uwzględnieniem specyfiki postępowań o udzielenie zamówienia”*. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w wyroku z dnia 28 października 2014 r. sygn. akt KIO 2135/14 *„Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności - co do zasady jako przedsiębiorca, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu i związanej z nim materii. Skoro Zamawiający dokonuje w trybie zamówienia publicznego zakupu, to należy uznać że posiada dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu tego zakupu, podobnie jak wykonawcy którzy w odpowiedzi oferują odpowiednie, wymagane przez zamawiającego dostawy i usługi. Tym samym potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych jawi się jako wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych.”*

Jak natomiast wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 października 2017 r. sygn. akt KIO 1930/17, KIO 1962/17 *„Opinia biegłego nie może zwalniać lub zastępować Odwołującego z obowiązku aktywności dowodowej w zakresie przynajmniej uprawdopodobnienia okoliczności podnoszonych na potwierdzenie stawianych zarzutów.”* Podobne stanowisko zostało przedstawione w wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 496/17, KIO 511/17.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż w ocenie składu orzekającego Izby potrzeba i zasadność dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego nie została przez Odwołującego w sposób wystarczający wykazana.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż uzasadnieniem dla odmowy przeprowadzenia ww. dowodu był brak aktywności dowodowej po stronie Odwołującego. Jak już była o tym mowa

powyżej Odwołujący na poparcie podniesionych zarzutów złożył opinię prywatną w przeważającej mierze ograniczającą się do stanowiska końcowego, obejmującego także stanowisko prawne. Dokument ten, sporządzony na zlecenie strony, potraktowany został jako stanowisko własne Odwołującego. Przede wszystkim jednak omawiana opinia prywatna nie zawierała żadnych obliczeń, stanowiących podstawę sformułowania zawartych w niej wniosków. Uwzględniając również wątpliwości co do podmiotu dokonującego symulacyjnych obliczeń, jak i okoliczność stwierdzoną przez jednego z pełnomocników, tj. że sporządzona opinia dotyczy technologii stosowanej przez Odwołującego, należało uznać, iż okoliczności podnoszone na potwierdzenie stawianych zarzutów nie zostały przez Odwołującego uprawdopodobnione.

Ponadto należy zauważyć, iż nie została również przez Odwołującego wykazana przydatność omawianego środka dowodowego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy (tj. postawionych w odwołaniu zarzutów). Wymaga bowiem zauważenia, iż w postępowaniu nie zostały ujawnione wszystkie informacje o oferowanej przez Przystępującego SEPC turbinie parowej, w tym dokładnej technologii jej wykonania, konstrukcji oraz dokładnych parametrów technicznych – za wyjątkiem parametrów określonych w dokumentacji postępowania oraz zadeklarowanych w ofercie. Jak natomiast wskazano w pkt 2.4.4.1 Programu Funkcjonalno - Użytkowego *„Ostateczny dobór parametrów znajduje się po stronie Wykonawcy i będzie wynikiem optymalizacji procesu.”* Prowadzi to do wniosku, iż powołany w niniejszej sprawie biegły musiałby dokonywać pewnych założeń, a wydana przez niego opinia nie miałaby charakteru przesądzającego w kontekście postawionej tezy dowodowej: *„na okoliczność tego, iż wartości mocy energii elektrycznej podane w ofercie przystępującego Shanghai Electric Power Construction Co., Ltd. nie są możliwe do osiągnięcia przy zadanych warunkach pracy instalacji przy uwzględnieniu turbiny kondensacyjno-upustowej”* – a przynajmniej okoliczność przeciwna nie została przez Odwołującego wykazana na poparcie wnioskowanego dowodu. Co więcej, ww. konstatacja zdaje się znajdować potwierdzenie w treści złożonej przez Odwołującego opinii prywatnej nie zawierającej obliczeń, a w szczególności przy uwzględnieniu okoliczności wynikającej z wypowiedzi jednego z pełnomocników Odwołującego, tj. że obliczenia stanowiące podstawę jej wydania odnosiły się do technologii stosowanej przez Odwołującego. Dodatkowym argumentem za przyjęciem ww. wniosku jest wypowiedź jednego z pełnomocników Odwołującego w toku rozprawy, który stwierdził: *„Odnosząc się do wcześniejszej wypowiedzi Przystępującego wyjaśnia, że prawdą jest, że turbiny tego typu są dostępne od lat, ale nie są one produkowane seryjnie, tylko muszą być dostosowywane do konkretnych wymagań indywidualnego klienta. O takiej turbinie jak ta, która jest oferowana w ramach niniejszego postępowania, moglibyśmy mówić wyłącznie w tym przypadku, w którym istniałby na świecie zakład bliźniaczo podobny do tego, który ma zostać*

obecnie rozbudowany.” (protokół rozprawy z dnia 20 czerwca 2018 r., str. 7, wiersze 18 – 23 od góry).

Udowodnienie zarzutów nr 2 (*zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – złożenie oferty jako czyn nieuczciwej konkurencji*) oraz zarzutu nr 3 (*zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – wprowadzenie Zamawiającego w błąd*) wymagałoby natomiast jednoznacznego stwierdzenia, iż Przystępujący zadeklarował parametry produkcji energii elektrycznej niemożliwe do osiągnięcia w przypadku konkretnej technologii oferowanej przez niego turbiny parowej.

Powyższe nie stoi w sprzeczności z okolicznością, iż także w opiniach złożonych przez Zamawiającego przyjmowane były pewne założenia. Wynika to z tego, iż każdorazowo o zakresie dokonywania ocen w postępowaniu decyduje zamawiający, ustalając zakres tego badania w dokumentacji postępowania. Z kolei ustalony przez zamawiającego zakres badania ofert w dużym stopniu wpływa na możliwość skutecznego postawienia zarzutów wobec przeprowadzonej w danym postępowaniu czynności badania i oceny ofert.

W konsekwencji, mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, jak również podkreślaną w orzecznictwie specyfikę postępowań odwoławczych przed Krajową Izbą Odwoławczą, należało uznać, iż uwzględnienie ww. wniosku dowodowego skutkowałoby jedynie nieuzasadnioną przewlekłością postępowania. W związku z tym Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, odmówiła przeprowadzenia ww. dowodu wnioskowanego przez Odwołującego.

W rezultacie powyższego, analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do stwierdzenia, iż Odwołujący nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie postawionych zarzutów nr 1 – 3, co skutkowało uznaniem tych zarzutów za niepotwierdzone.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SEPC, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do tego zarzutu Izba na wstępie powołuje się na rozważania teoretyczne przedstawione we wcześniejszej części uzasadnienia dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp postawionego przez Odwołującego w sprawie KIO 931/18.

Mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż omawiany zarzut odwołania został oparty wyłącznie na twierdzeniach ogólnej natury, które ponadto nie zostały poparte żadnymi

wyliczeniami, ani tym bardziej dowodami. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja nie odnosiła się do żadnych konkretnych elementów cenotwórczych. Odwołujący nie zakwestionował żadnej pozycji zadeklarowanej przez Przystępującego SEPC w formularzu *Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych*.

Odnosząc się do okoliczności różnicy pomiędzy ceną oferty Przystępującego SEPC a średnią ceną arytmetyczną wszystkich złożonych ofert złożonych w Postępowaniu, należy zauważyć, iż jak wynika z przepisów ustawy Pzp – na co zwrócono uwagę w części uzasadnienia dotyczącego sprawy KIO 931/18 - wskaźniki tzw. szacunkowej wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert mają znaczenie przede wszystkim dla ustalenia, czy w danym przypadku zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie ceny oferty. W przypadku zatem zainicjowania postępowania wyjaśniającego, co miało miejsce w Postępowaniu w odniesieniu do oferty Przystępującego SEPC, stwierdzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny należy oprzeć na treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień.

Na poparcie postawionego zarzutu Odwołujący wskazał na okoliczność, iż *„przedmiotem zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, jest wykonanie robót budowlanych „pod ruchem” – wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia rozbudowy ZUSOK bez zakłócania zwyczajnego trybu pracy instalacji”*. Nie zostało jednak w żaden sposób wykazane jak ww. okoliczność przekłada się na stwierdzenie, iż oferta Przystępującego SEPC zawiera rażąco niską cenę.

W żadnym wypadku nie można także podzielić poglądu Odwołującego, iż *„okolicznością potwierdzającą, że cena ofertowa wykonawcy SEPC jest ceną zaniżoną jest również fakt, że Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o wyjaśnienie kalkulacji ceny oferty.”* Przyjęcie takiego stanowiska oznaczałoby bowiem zakwestionowanie sensu zwracania się do wykonawcy o wyjaśnienia, skoro sam fakt wezwania miałby automatycznie przesądzać o wyniku wszczętego w ten sposób postępowania wyjaśniającego.

Należy zatem stwierdzić, iż argumentacja przedstawiona przez Odwołującego na poparcie podniesionego zarzutu przedstawiona miała charakter bardzo ogólny, a poszczególne twierdzenia zawarte w tym zakresie w odwołaniu nie zostały w żaden sposób wykazane.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż okoliczność, że Odwołujący nie mógł odnieść się do części tajnej wyjaśnień z uwagi na wcześniejsze odrzucenie odwołania wniesionego na zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może mieć znaczenia dla rozpoznania niniejszego odwołania i nie może zmienić oceny podniesionych zarzutów jako posiadających bardzo ogólny charakter. W szczególności, iż Odwołujący nie odniósł się do jawnego dokumentu złożonego przez Przystępującego SEPC, tj. formularza

Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych. Odwołujący nie wskazał, które w jego ocenie pozycje ww. formularza zostały przez Przystępującego SEPC zaniżone.

Stanowisko Odwołującego odnosiło się do wyłącznie do jawnej części wyjaśnień Przystępującego SEPC, która z racji swojego wstępnego charakteru zawierała wyjaśnienia ogólnej natury. Z kolei wyjaśnienia Przystępującego SEPC zawarte w części utajnionej nie były ogólne ani lakoniczne. Wyjaśnienia te były szczegółowe, zawierały obliczenia i analizę podstawowych aspektów kosztowo – twórczych. Do wyjaśnień zostały załączone oferty kontrahentów.

Zestawiając treść postawionego przez Odwołującego zarzutu oraz treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień, w szczególności ich utajnioną część, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

III. Zarzut (wskazywany przez Odwołującego jako konsekwencja wcześniejszych zarzutów) naruszenia art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp poprzez sklasyfikowanie wykonawcy SPEC na pierwszym miejscu listy rankingowej z dnia 26 kwietnia 2018 r. jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, pomimo że oferta SEPC powinna zostać odrzucona a wykonawca SEPC winien podlegać wykluczeniu z Postępowania z uwagi na okoliczności wskazane powyżej.

W konsekwencji uznania za niezasadne zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1), art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 2), art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp (zarzut nr 3) oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (zarzut nr 4) Izba stwierdziła, iż nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

Na podstawie przepisu art. 192 ust. 8 ustawy Pzp Izba wydała łączne orzeczenie w sprawach złożonych odwołań.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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. z 2018 r., poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....