

**Sygn. akt: KIO/UZP 2483/10**

**WYROK**  
**z dnia 25 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska- Maziarz**  
**Marek Szafraniec**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1) Honeywell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa, Polska; oraz partnerów: 2) Honeywell spol. s r.o. z siedzibą w Pradze, V Parku 2326/18, 148 00 Praha, Czechy; 3) Honeywell EOOD z siedzibą w Sofii, Bulv. Ch. Kolumb 64, 1528 Sofia, Bułgaria z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., Oddział Elektrownia Bełchatów Rogowiec, ul. Elektryczna 7, 97-406 Bełchatów**, protestu z dnia 22 października 2010 r.

przy udziale **Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o. o., ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: 1) Honeywell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa, Polska; oraz partnerów: 2) Honeywell spol. s r.o. z siedzibą w Pradze, V Parku 2326/18, 148 00 Praha, Czechy; 3) Honeywell EOOD z siedzibą w Sofii, Bulv. Ch. Kolumb 64, 1528 Sofia, Bułgaria z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: 1) Honeywell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa, Polska; oraz partnerów: 2) Honeywell spol. s r.o. z siedzibą w Pradze, V Parku 2326/18, 148 00 Praha, Czechy; 3) Honeywell EOOD z siedzibą w Sofii, Bulv. Ch. Kolumb 64, 1528 Sofia, Bułgaria z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: 1) Honeywell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa, Polska; oraz partnerów: 2) Honeywell spol. s r.o. z siedzibą w Pradze, V Parku 2326/18, 148 00 Praha, Czechy; 3) Honeywell EOOD z siedzibą w Sofii, Bulv. Ch. Kolumb 64, 1528 Sofia, Bułgaria z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa** na rzecz **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., Oddział Elektrownia Bełchatów Rogowiec, ul. Elektryczna 7, 97-406 Bełchatów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: 1) Honeywell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa, Polska; oraz partnerów: 2) Honeywell spol. s r.o. z siedzibą w Pradze, V Parku 2326/18, 148 00 Praha, Czechy; 3) Honeywell EOOD z siedzibą w Sofii, Bulv. Ch. Kolumb 64, 1528 Sofia, Bułgaria z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa.**

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem na: „*Modernizację i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*”, zostało wszczęte przez PGE Elektrownia Bełchatów S.A., Rogowiec, ul. Elektryczna 7, 97-406 Bełchatów, która w trakcie zmieniła nazwę na PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., Oddział Elektrownia Bełchatów Rogowiec, ul. Elektryczna 7, 97-406 Bełchatów zwana dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 205-295191 w dniu 23.10.2009 r.

W dniu 12.10.2010 r. Zamawiający przekazał e-mailem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego informacje o wyniku postępowania i wyborze Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa zwanej dalej: „*Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum firm: 1) Honeywell Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa, Polska; oraz partnerów: 2) Honeywell spol. s r.o. z siedzibą w Pradze, V Parku 2326/18, 148 00 Praha, Czechy; 3) Honeywell EOOD z siedzibą w Sofii, Bulv. Ch. Kolumb 64, 1528 Sofia, Bułgaria z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Domaniewska 39 B, 02-672 Warszawa zwane dalej: „*Konsorcjum Honeywell*” albo „*Protestującym*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 22.10.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „*Pzp*”: Konsorcjum Honeywell złożyło protest na wybór oferty najkorzystniejszej, zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na wystąpieniu do Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co stanowiło naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, mimo iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm. zwanej dalej: „*u.z.n.k.*”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., mimo iż jej złożenie

stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia oraz ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji z innych przedsiębiorców uczestniczących w niniejszym postępowaniu;

4. art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wystąpieniu do Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty tego wykonawcy mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

5. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez uznanie oferty Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. za najkorzystniejszą i dokonanie wyboru oferty Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej zarzuty wnosimy o:

(i) unieważnienie przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze oferty Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia;

(ii) odrzucenie oferty złożonej przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

(iii) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem zasad określonych w art. 91 Pzp oraz z pominięciem odrzuconej oferty Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o.

Oferty złożone przez pozostałych oferentów zawierały zdecydowanie wyższe ceny. I tak oferta przedstawiona przez Protestującego zawierała cenę ofertową w wysokości 323.482.500,00 zł netto, co dawało 68,43 pkt z tytułu zaoferowanej ceny. Oferta złożona przez kolejnego wykonawcę konsorcjum spółek Metso Automation Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, Metso Automation OY z siedzibą w Helsinkach oraz Instytutu Energetyki Jednostka Badawczo - Rozwojowa, Jednostka Centralna z siedzibą w Warszawie (zwane dalej: „*METSO*”) zawierała cenę ofertową w wysokości 420.000.000,00 zł netto, co dawało 52,70 pkt z tytułu zaoferowanej ceny. Natomiast oferta złożona przez konsorcjum spółek Alstom Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Alstom Power Systems SA z siedzibą w Levallois (zwane dalej: „*ALSTOM*”) zawierała cenę ofertową w wysokości 452.000.000,00 zł netto, co dawało 48,97 pkt z tytułu zaoferowanej ceny. Mając na

względnie wagę, jaką Zamawiający nadał poszczególnym kryteriom oceny ofert (cena - waga 80%, parametry techniczne - waga 20%), stwierdził, iż sposób kalkulacji ceny zawartej w ofercie poszczególnych wykonawców miał kluczowe znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp polegało na zaniechaniu odrzucenia oferty wybranej, mimo iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i w żadnej mierze nie gwarantowała należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 4 Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wprawdzie przepisy Pzp, podobnie jak akty prawa wspólnotowego, nie zawierają definicji pojęcia: „*rażąco niskiej ceny*” jednak w doktrynie i orzecznictwie zgodnie przyjmuje się, iż jest to cena niewiarygodnie niska, znacznie odbiegająca od cen rynkowych. Przyjmuje się przy tym, że punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: 1) wartość przedmiotu zamówienia, 2) ceny innych ofert złożonych w danym postępowaniu, 3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego (tak w szczególności: P. Banasik w: „*O rażąco niskiej cenie oferty raz jeszcze*”, Publikacje Elektroniczne ABC nr 109011). Przywołał wyrok KIO z dnia 21.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1126/09, wyrok KIO z dnia 31.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 906/09, wyrok KIO z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1511/08, a także wyrok KIO z dnia 14.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08. Biorąc pod uwagę powyższe kryteria kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej, stwierdzić należy, iż cena wskazana w ofercie wybranej znacznie odbiega nie tylko od szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia określonej przez Zamawiającego, lecz przede wszystkim od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców i warunków rynkowych.

Odnosnie kryterium szacunkowej wartości zamówienia. Zgodnie z treścią tzw. okresowego ogłoszenia informacyjnego dotyczącego przedmiotowego zamówienia, które zostało opublikowane przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jeszcze w dniu 03.12.2008 r., wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 300.000.000,00 zł netto, co stanowi 366.000.000,00 zł brutto (punkt II.2). Tymczasem, cena zaoferowana w ofercie wybranej złożonej w niniejszym postępowaniu pod koniec września 2010 r., a zatem niemal dwa lata po określeniu przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia, wynosiła jedynie 276.700.000,00 zł netto, co stanowi 337.574.000,00 zł brutto. Zatem nawet przy założeniu, że Zamawiający zgodnie z art. 32 Pzp dołożył należytej staranności przy szacowaniu wartości przedmiotowego zamówienia, zaś w dwuletnim okresie pomiędzy zamieszczeniem powyższego ogłoszenia a upływem terminu do składania

ofert, nie nastąpiłyby żadne zdarzenia wpływające na jego rynkową wartość, oznacza to, iż cena oferty wybranej była niższa od wartości przedmiotu zamówienia aż o 28.426.000,00 zł brutto, co czyni ją całkowicie niewiarygodną. Biorąc jednak pod uwagę datę publikacji powyższego ogłoszenia, należy stwierdzić, iż określona przez Zamawiającego wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia nie uwzględnia istotnych dla tej wartości czynników cenotwórczych, takich jak zmiana cen na rynku pracy i rynku surowców, mająca miejsce w latach 2008 - 2010, a także spadek siły nabywczej pieniądza w tym okresie. Z tego względu, przy ocenie, czy oferta wybranej zawiera rażąco niską cenę, należy uwzględnić przede wszystkim ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie pod koniec września 2010 r. Powołał wyrok ZA z dnia 19.06.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-696/07 oraz wyrok KIO z dnia 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 126/09.

Odnosnie kryterium wysokości cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Posługując się powyższym kryterium oceny, należy zatem zauważyć, iż cena zaoferowana w ofercie wybranej znacznie odbiega od cen wskazanych pozostałych oferentów. Średnia cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu przez wszystkich pozostałych wykonawców wynosiła bowiem ok. 398.495.000,00 zł netto, co oznacza, iż cena zaoferowana przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. była od niej niższa aż o 121.795.000,00 zł netto. Tym samym cena zaproponowana przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. była niższa od średniej ceny zaoferowanej przez pozostałych wykonawców o ok. 44%, co czyni ją całkowicie niewiarygodną i nierealistyczną. W szczególności w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Protestującego, która wynosiła 323.482.500,00 zł netto, cena wskazana przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. była niższa o 46.782.500,00 zł netto, a zatem niższa o ok. 17 % od ceny zaoferowanej przez Protestującego. W przypadku ceny zaoferowanej przez kolejnego wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, tj. METSO, która wynosiła 420.000.000,00 zł netto, różnica ta stanowiła już 143.300.000,00, a zatem była niższa o ok. 52 %. Wreszcie w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę ALSTOM cena ofertowa wynosiła 452.000.000,00 zł netto. Zatem cena wskazana przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. była od niej tańsza o 175.300.000,00 zł, a zatem o ok. 63,5% niższa względem ceny zaoferowanej przez ALSTOM.

Odnosnie kryterium warunków rynkowych. Cena wskazana w ofercie Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. znacznie odbiega również od rynkowej wartości przedmiotowego zamówienia, albowiem nie uwzględnia istotnych dla tej wartości czynników cenotwórczych, takich jak zakres prac będących przedmiotem zamówienia, znacząca zmiana cen rynku surowców, a także spadek siły nabywczej

pieniądza we wskazanym okresie. Uzasadniając powyższy zarzut należy przede wszystkim zauważyć, iż przedmiotowe postępowanie jest kolejnym już przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem, którego przedmiotem jest modernizacja i remont poszczególnych bloków Elektrowni Bełchatów. Poprzednio bowiem, jeszcze w 2008 r. Zamawiający prowadził postępowanie, którego przedmiotem była: „*Modernizacja i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układem elektrycznym bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*”. Wykonawcą wybranym przez Zamawiającego do realizacji powyższego zamówienia była Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. (ogłoszenie w tym przedmiocie ukazało się w dniu 8 kwietnia 2008 r., zaś zgodnie z jego treścią termin składania ofert upływał w dniu 5 maja 2008 r.). Porównanie treści oferty złożonej przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. w poprzednim postępowaniu oraz oferty złożonej przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu wskazuje, iż cena zaoferowana obecnie przez ten podmiot jest niższa od rzeczywistych kosztów przeprowadzenia modernizacji trzech kolejnych par bloków i nie gwarantuje wykonania przedmiotowego zamówienia. Faktem notoryjnym jest bowiem okoliczność, iż cena zaoferowana przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. w maju 2008 r. za modernizację pierwszej pary bloków (nr 5-6) oraz wysokość wynagrodzenia ustalonego w umowie zawartej następnie przez Zamawiającego i Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. wynosiła łącznie 83.000.000,00 zł netto. Nawet jeżeli przy szacowaniu kosztów przeprowadzenia modernizacji trzech kolejnych par bloków nr 7-12, wykonawca ten oparł się co do zasady na kosztach modernizacji bloków nr 5-6 (przy czym zamówienie to jest w początkowej fazie jego realizacji, stąd brak gwarancji jego należytego wykonania za wskazaną cenę) to przy określeniu tych kosztów powinien był uwzględnić takie okoliczności jak: (i) wskazane poniżej różnice pomiędzy zakresem prac przy modernizacji bloków nr 5-6 oraz bloków 7-12 oraz (ii) istotny wzrost cen na rynku surowców, w tym w szczególności wzrost cen miedzi oraz (iii) spadek siły nabywczej pieniądza.

Odnośnie różnice w zakresie prac będących przedmiotem zamówienia. Analiza postanowień SIWZ będącego przedmiotem niniejszego postępowania i jej porównanie z treścią SIWZ na modernizację pary bloków nr 5-6 wskazuje, iż w tym ostatnim przypadku zakres prac niezbędnych do modernizacji każdego z bloków z osobna, jest zdecydowanie węższy od zakresu prac przy modernizacji każdego z bloków nr 7-12. Treść powołanych dokumentów wskazuje bowiem, że modernizacja każdego z bloków oznaczonych nr porządkowym 7-12 powinna obejmować wszystkie te elementy, które miały być poprzednio wykonane w ramach modernizacji bloków 5-6 oraz dodatkowo elementy, które nie

występowały w przypadku bloków 5-6. Były to w szczególności prace związane w wykonaniem następujących elementów:

- (i) elementy URT turbiny 1K12 X (Tabela nr 13, str. 197 - „Granice zakresu dostaw i usług”, stanowiąca załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), których wartość, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 50.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków (jest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów);
- (ii) elementy URT turbiny 1K12 - część mechaniczna (Tabela nr 13a, str. 198), których szacunkowa wartość, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 450.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków Gest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów);
- (iii) elementy układów automatyki pompowania W1/1 (Tabela nr 14, str. 199), których szacunkowa wartość, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 500.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków (jest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów);
- (iv) elementy układów pomiarów specjalnych TG i TP (Tabela nr 31, str. 216) oraz elementy układów pomiarów specjalnych wentylatorów spalin, powietrza, pomp kondensatu i pomp wody chłodzącej (Tabela nr 32, str. 217), których szacunkowa wartość, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 300.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków (jest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów);
- (v) elementy układu wyprowadzenia mocy (Tabela nr 54, str. 239), których szacunkowa wartość, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 2.050.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków (jest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów);
- (vi) elementy układu rozdzielni 6kV (Tabela nr 55, str. 240), których szacunkowa wartość, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 680.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków (jest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów);
- (vii) elementy układu rozdzielnic technologicznych 0,4 kV wraz z kablami zasilającymi (Tabela nr 57, str. 242), których szacunkowa wartość, ustalona w oparciu o oferty



złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 500.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków (jest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów);

(viii) elementy układu wzbudzenia i regulacji napięcia generatora (Tabela nr 63, str. 248), których szacunkowa wartość, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 879.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków (jest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów);

(ix) elementy układu telezabezpieczenia (Tabela nr 69, str. 254), których szacunkowa wartość, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 1.250.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków (jest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów);

(x) wykonanie jednego symulatora dla wszystkich modernizowanych bloków (Wymagania techniczne, będące jednocześnie załącznikiem nr do projektu umowy, punkt 2.2.36 Symulator, str. 110), którego szacunkowa wartość, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 2.500.000,00 zł netto (jest to najniższa cena zaoferowana za wykonanie tych elementów).

Tym samym łączny koszt wykonania powyższych elementów, ustalony w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 6.860.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków oraz dodatkowo 2.500.000 zł netto za wykonanie jednego symulatora dla wszystkich modernizowanych bloków. Z powyższego wynika niezbicie, iż wyłącznie z uwagi na różnice w przedmiocie zamówienia koszty modernizacji bloków nr 7-12 Elektrowni Bełchatów, będą wyższe od kosztów modernizacji bloków 5-6 co najmniej o 7.277.000,00 zł netto w odniesieniu do każdego z modernizowanych bloków. W przypadku pary bloków (np. 7 i 8) koszt ten wyniesie odpowiednio 14.554.000,00 zł netto.

Odnosnie wzrost cen surowców i spadek siły nabywczej pieniądza. Analiza treści SIWZ będącego przedmiotem niniejszego postępowania oraz ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców, wskazuje także, iż istotnym czynnikiem cenotwórczym warunkującym rzeczywistą rynkową wartość przedmiotowego zamówienia jest cena miedzi, z której wykonane zostanie okablowanie oraz poszczególne rozdzielnice modernizowanych układów. Biorąc pod uwagę średnie ceny obowiązujące na rynku miedzi we wrześniu 2010 r. (a zatem w okresie przygotowania i składania ofert przez poszczególnych wykonawców) oraz udział elementów wykonywanych z tego surowca w procesie modernizacji, wskazać należy, iż łączny koszt tych elementów wynosi co najmniej 3.400.000,00 zł netto dla każdego

z modernizowanych bloków (w odniesieniu do kosztów okablowania jest to koszt ok. 3.300.000,00 zł, zaś w przypadku rozdzielnic jest to koszt ok. 100.000,00 zł dla każdego zmodernizowanych bloków). Analiza cen na rynku miedzi przeprowadzona w szczególności w oparciu o notowania na Londyńskiej Giełdzie Metali (LME) wskazuje, iż tylko w okresie od maja 2009 r. do września 2010 r., cena jednej tony miedzi wzrosła z 4334 dolarów amerykańskich do niemal 7905 dolarów amerykańskich, a zatem o ponad 82% (tak m.in.: [www.bankier.pl](http://www.bankier.pl) w artykule pt. „Wzrost cen miedzi w Londynie”; tak również: [www.parkiet.com](http://www.parkiet.com) w artykule pt. „Najbardziej zdrożała miedź, a na rynku aluminium zwiększa się nadwyżka podaży”, a także [www.forsal.pl](http://www.forsal.pl) w artykule pt. „Ceny miedzi osiągnęły poziom sprzed kryzysu”). Z powyższego wynika niezbicie, iż w maju 2009 r. to jest w dacie zawarcia przez EMERSON i Zamawiającego umowy o modernizację bloków nr 5-6 Elektrowni Bełchatów, łączny koszt elementów miedzianych w odniesieniu do każdego z bloków był co najmniej o 82% niższy od analogicznych kosztów modernizacji bloków 7-12. Różnica ta wynosiła co najmniej 1.700.000,00 zł netto na każdym z modernizowanych bloków, co powinno zostać uwzględnione przy określeniu ceny wykonania modernizacji kolejnych bloków Elektrowni Bełchatów. Nie bez znaczenia pozostaje również czynnik w postaci spadku siły nabywczej pieniądza. Biorąc pod uwagę wskaźniki cen publikowane przez GUS RP wskazać należy, iż w okresie od maja 2009 r., kiedy zawierano umowę na modernizację bloków 5-6 do września 2010 r., kiedy składano oferty modernizacji bloków 7-12, inflacja w Polsce wyniosła 3%. W odniesieniu do wartości zamówienia na modernizację dwóch bloków nr 5-6, którą w maju 2009 r. wyceniono na kwotę 83.000.000,00 zł netto, oznacza to wzrost rzeczywistych kosztów modernizacji kolejnych par bloków we wrześniu 2010 r. o kwotę ok. 2.500.000,00 zł netto na każdej parze modernizowanych bloków. Wobec powyższych okoliczności nie sposób uznać, iż cena 276.700.000,00 zł netto zaoferowana przez Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. w postępowaniu o udzielnie zamówienia na modernizację bloków nr 7-12 jest ceną rynkową i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Opierając się bowiem na opisanych powyżej czynnikach cenotwórczych stwierdzić należy, iż cena ta powinna wynosić co najmniej 310.000.000,00 zł netto. Wyjaśnić przy tym należy, iż wskazana wartość wynika z konieczności powiększenia ceny modernizacji pary bloków nr 5-6, która wynosiła 83.000.000,00 zł netto o: (i) wartość prac dodatkowych wynikających z różnicy pomiędzy przedmiotem zamówienia w wysokości ok. 14.554.000,00 zł netto na każdą kolejną parę modernizowanych bloków; (ii) wartość wynikającą ze wzrostu cen miedzi w wysokości ok. 3.400.000,00 zł netto na każdą kolejną parę modernizowanych bloków; oraz (iii) wartość wynikającą ze spadku siły nabywczej pieniądza, która przy uwzględnieniu wskaźników inflacji wynosi 2.500.000,00 zł na każdą kolejną parę modernizowanych bloków. Oznacza to, iż realne koszty modernizacji kolejnych par bloków wzrosły z 83.000.000,00 zł netto do kwoty ok. 103.500.000,00 zł, co w przypadku

trzech par bloków nr 7-12 daje wartość co najmniej 310.000.000,00 zł. Opisane powyżej okoliczności uzasadniają nie tylko zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, lecz także postawiony na wstępie zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Zamawiający jednocześnie naruszył ponadto przepis art. 7 ust. 1 Pzp Nie sposób bowiem uznać, iż zaniechanie czynności polegającej na odrzuceniu oferty wybranej, mimo iż zawierała ona rażąco niską cenę, zaś jej złożenie stanowiło naruszenie zasad uczciwej konkurencji, co w sposób bezpośredni pozbawiło Protestującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, jest zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców i zasadą prowadzenia postępowania w sposób zgodny z zasadami uczciwej konkurencji.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp. polegało ono na zaniechaniu dokonania czynności polegającej na wystąpieniu do Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty tego wykonawcy mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, która zgodnie z przedstawionymi wyżej okolicznościami była ceną rażąco niska względem przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 90 ust.1 Pzp Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W orzecznictwie i literaturze dotyczącej zamówień publicznych wskazuje się przy tym, że w przypadku, gdy różnica pomiędzy wartością zamówienia a ceną oferty najkorzystniejszej jest - tak jak w przedmiotowym postępowaniu - znacząca, zamawiający ma obowiązek wszcząć czynności mające na celu ustalenie, czy cena oferty najkorzystniejszej nie ma cech ceny rażąco niskiej. Postępowanie wyjaśniające powinno nastąpić przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Zaniechanie tej czynności we właściwym terminie stanowi naruszenie art. 90 Pzp (tak w szczególności: P. Banasik w: „*O rażąco niskiej cenie oferty raz jeszcze*”, Publikacje Elektroniczne ABC nr 109011). Powołał wyrok ZA z dnia 25.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-69/05 oraz wyrok o sygn. akt: UZP/ZO/0-1763/06. Ponadto wyrok KIO z dnia 23.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1443/08 oraz wyrok KIO z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 794/08.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp Zauważył, iż skutkiem opisanych powyżej uchybień Zamawiającego jest również naruszenie interesu prawnego Protestującego poprzez pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia publicznego zgodnie z przepisami Pzp Oferta złożona przez Protestującego zawierała bowiem najkorzystniejszy, po ofercie wybranej, bilans ceny i kryteriów.

W dniu 22.10.2010 r. Zamawiający przekazał e-mailem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 25.10.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego) do postępowania protestacyjnego w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego przystąpiło Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie protestu w całości. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 28.10.2010 r. e-mailem poprzez jego oddalenie. Protestujący w obszernym wywodzie przywołuje ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców oraz ustaloną przez Zamawiającego szacunkową wartość przedmiotu zamówienia i na tej podstawie, wspierając się cytatami z orzecznictwa KIO, stara się uzasadnić swe twierdzenie, iż cena zawarta w ofercie najkorzystniejszej nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Wskazał, że dane liczbowe są przytaczane przez Protestującego w sposób wybiórczy i nieoddający rzeczywistej relacji ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Protestujący zwraca uwagę na ustabilizowane poglądy doktryny i orzecznictwa, jakoby to wartość przedmiotu zamówienia stanowiła pierwsze i podstawowe kryterium używane w celu ustalenia, czy cena danej oferty stanowi cenę rażąco niską. Jednocześnie przywołuje bez wątpienia słuszny pogląd, iż za taką powinna być uznawana cena *niewiarygodnie niska, znacznie odbiegająca od cen rynkowych*. Następnie Protestujący wskazał, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą jest aż o 28.426.000,00 złotych niższa od wartości przedmiotu zamówienia. Protestujący nie uwzględnia okoliczności, w jakich rządach liczb określana jest wartość przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu - a są to wszak kwoty dziewięciocyfrowe. Przytoczona różnica stanowi zaledwie ok. 8% wartości przedmiotu zamówienia. Warto zaś odnotować, że cena zaoferowana przez Protestującego jest także o ok. 8% wyższa, niż szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia, podana w przywoływanym okresowym ogłoszeniu informacyjnym z dnia 03.12.2008 r.

Tymczasem, cena rażąco niska powinna *znacznie*, czy też *wyraźnie* odbiegać od wartości przedmiotu zamówienia. Trudno uznać, aby różnica rzędu 8 % stanowiła różnicę znaczną, szczególnie w świetle przytoczonego przez Protestującego poglądu wyrażonego w orzecznictwie, zgodnie z którym wskazuje się na obowiązek wszczęcia procedury zmierzającej do ustalenia, czy oferowana cena jest rażąco niska, dopiero jeżeli cena odbiega o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.

Protestujący, najwyraźniej zdając sobie sprawę ze słabości swej argumentacji we wcześniej omówionym zakresie, próbują także dyskredytować dokonane przez Zamawiającego oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia. Ignorując fakt, że ich własna

oferta przewidywała cenę wyższą od tejże wartości szacunkowej zaledwie o wspomniane ok. 8%, twierdzą, że miarodajnym sposobem ustalenia, czy cena oferty najkorzystniejszej jest ceną rażąco niską jest odniesienie jej do średniej ceny wszystkich pozostałych ofert, wynoszącej ok. 398.495.000 złotych netto.

W ocenie Zamawiającego, nie jest jasne, dlaczego Protestujący postuluje wyciągnięcie średniej z wszystkich pozostałych cen oferowanych w postępowaniu, skoro jego własna oferta przewiduje cenę niższą o 129 milionów złotych od ceny oferty najdroższej. Jeśli jednak nawet zdecydować się na przyjęcie tego kryterium, to nie sposób nie odnotować, że cena oferty najkorzystniejszej, czego nie podaje Protestujący, stanowi ok. 70% średniej ceny pozostałych ofert, podczas gdy cena proponowana przez Protestującego stanowi ok. 80% tejże średniej ceny. Nie jest więc przekonywujące twierdzenie, że to właśnie cena proponowana w ofercie najkorzystniejszej jest *całkowicie niewiarygodna i nierealistyczna*.

Zamawiający przytacza wyrok KIO z dnia 16.03.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 133/10. Przedmiotem niniejszego postępowania jest zaś bez wątpienia wykonanie i zainstalowanie szeregu wysoko wyspecjalizowanych urządzeń, każdorazowo dostosowywanych do konkretnych potrzeb zamawiających - nie zaś sprzedaż produkowanych taśmowo produktów. Różnice w cenach są więc zupełnie naturalne i bynajmniej nie dyskredytują ceny najniższej, która, co raz jeszcze należy wspomnieć, niewiele odbiega od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Zaprzeczył twierdzeniu, jakoby oszacowana przez Zamawiającego na poziomie 300.000.000 zł netto wartość przedmiotu zamówienia miała być w dzisiejszych warunkach rynkowych zbyt niska. Zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert w niniejszym postępowaniu podał do wiadomości Wykonawców, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 240.000.000 zł netto i w jego ocenie jest to szacunek realny. Kwota podana w okresowym ogłoszeniu o planowanych zamówieniach była oszacowana w oparciu o poziom cen uzyskany przez Zamawiającego przy modernizacji bloków nr 3 i 4. W kolejnym postępowaniu (na bloki nr 5 oraz 6) Zamawiający uzyskał niższe ceny, co wskazywało na spadającą tendencję cen rynkowych. W oparciu o ten trend, Zamawiający w niniejszym postępowaniu oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 240.000.000 zł netto, i taką kwotę (brutto - 292.800.000 zł) podał następnie Wykonawcom do wiadomości w dniu otwarcia ofert. Jak z powyższego wynika, Protestujący błędnie oceniają kierunek trendów cenowych na rynku, w obrębie którego udzielane jest niniejsze zamówienie. Ogólnoświatowy kryzys ekonomiczny, którego rozpoczęcie się w roku 2008 r. oraz dalsze trwanie są faktami powszechnie znanymi, spowodował znaczące zmniejszenie się ilości inwestycji realizowanych w branży energetycznej. W rezultacie, Wykonawcy gotowi są realizować dostępne zamówienia w zamian za znacząco niższe wynagrodzenia, niż dotychczas. Nadto, nie sposób nie odnotować, że niniejsze zamówienie obejmuje modernizację aż sześciu bloków energetycznych, a więc 3-krotnie większy zakres,

niż przywoływana przez Protestujących modernizacja bloków nr 5 i 6. Cena kalkulowana przez wykonawców w takich warunkach może być w przeliczeniu na jeden blok znacząco niższa, niż w przypadku modernizacji obejmującej jedynie dwa bloki energetyczne. Powyższe twierdzenia pozwalają na ustalenie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę, którego oferta została w niniejszym postępowaniu uznana za najkorzystniejszą nie może być uznawana za rażąco niską.

Wedle Protestującego do odrzucenia tej oferty powinno dojść także z uwagi na fakt, że stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji, opisywany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten uznaje za czyn nieuczciwej konkurencji *sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców*. Należy przy tym odnotować, że osoba, która twierdzi, że inny podmiot dopuścił się tego rodzaju czynu i wyciąga z tego faktu skutki prawne (tak jak czyni to Protestujący, domagając się odrzucenia oferty), winna zaistnienie tej okoliczności udowodnić, zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 6 k.c, wedle którego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Wbrew zapatrywaniu prezentowanemu przez Protestującego, w żaden sposób nie wykazali oni, aby Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, sprzedawał jakiegokolwiek towary lub usługi poniżej kosztów ich wytworzenia lub zakupu. Podawane przez Protestującego dane dotyczące wartości poszczególnych elementów niezbędnych do wykonania zamówienia stanowią jednak ich szacunki, a nie wykazane koszty, jakie miałby ponieść ten Wykonawca.

Biorąc powyższe pod uwagę, za niezasadne należy uznać także formułowane przez Protestującego zarzuty, jakoby Zamawiający niezgodnie z prawem zaniechał czynności polegającej na wystąpieniu do Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą o udzielenie wyjaśnień na zasadzie art. 90 Pzp. Zamawiający przywołuje wyrok KIO z dnia 30.03.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 255/10. Zamawiający, wbrew nieuzasadnionym oczekiwaniom Protestującego, jak uzasadniono wyżej, nie miał żadnych podstaw do tego, aby powziąć wątpliwości, czy cena zaoferowana przez Wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą jest rażąco niska. Nie sposób w takiej sytuacji zarzucać mu naruszenia przepisu nakazującego występowanie o wyjaśnienia - skoro przesłanki ku temu nie zaistniały. Konsekwentnie, skoro oferta uznana za najkorzystniejszą nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie może być mowy o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu określającego zasady wyboru oferty najkorzystniejszej, to jest normy art. 91 ust. 1 Pzp.

W dniu 08.11.2010 r. (data nadania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty i wnioski

wraz z argumentacją z protestu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 08.11.2010 r. faxem i e-mailem. Rozstrzygnięciu protestu zarzucił:

1. art. 7 ust.1 Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców oraz zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji

2. art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania czynności polegającej na wystąpieniu do Przystępującego udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty tego wykonawcy mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego mimo iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający złożeniu oferty zawierającej cenę niższą niż rzeczywista rynkowa wartość przedmiotowego zamówienia i rzeczywiste koszty jego realizacji, w celu eliminacji z innych przedsiębiorców uczestniczących w niniejszym postępowaniu;

5. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez uznanie oferty wybranej za najkorzystniejszą i dokonanie jej wyboru oferty, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej zarzuty niniejszym wnoszę o nakazanie:

1. Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; oraz

2. Zamawiającemu wykonania czynności polegającej na wystąpieniu do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty tego wykonawcy mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; lub/i

3. Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; oraz

4. powtórzenia przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem zasad określonych w art. 91 Pzp oraz z pominięciem odrzuconej oferty wybranej. Ponadto, wnoszę o:

5. dopuszczenie i przeprowadzenie przez KIO na podstawie art. 188 ust. 4 Pzp dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa w specjalności ceny, kosztorysy i rozliczania inwestycji budowlanych, względnie biegłego sądowego innej specjalności, na

okoliczność rzeczywistej rynkowej wartości oraz rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia na „*Modernizację i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów SA*”. Wskazał, iż dowód z opinii biegłego na okoliczność rzeczywistej rynkowej wartości przedmiotowego zamówienia oraz kosztów jego realizacji (które są sporne pomiędzy stronami), ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, albowiem zmierza do ustalenia, czy oferta wybrana zawiera cenę nierealną, rażąco niską, względem przedmiotu zamówienia, która nie gwarantuje należytej realizacji przedmiotowego zamówienia, oraz czy cena ta została określona poniżej rzeczywistych rynkowych kosztów jego realizacji. Określenie rynkowej wartości przedmiotowego zamówienia oraz kosztów jego realizacji nie jest przy tym możliwe bez wiedzy specjalnej w rozumieniu art. 188 ust. 4 Pzp, posiadanej przez biegłego sądowego wskazanej specjalności, zwłaszcza jeśli się zwarzy na powoływany przez samego Zamawiającego skomplikowany charakter przedmiotu zamówienia oraz konieczność znajomości zmieniających się dynamicznie realiów rynkowych, w tym w szczególności zmian cen surowców i kosztów pracy na rynku w okresie globalnego kryzysu gospodarczego i w okresie przypadającym po zakończeniu tego kryzysu (okoliczność powyższa również jest sporna pomiędzy stronami).

6. zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia na potrzeby niniejszego postępowania, dokumentów w postaci:

(i) SIWZ na „*Modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów SA*”;

(ii) Kontraktu nr 31/DS/SP/2009 z dnia 28.04.2009 r. „*Na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów SA*” zawartego pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym, wraz ze wszelkimi załącznikami, w tym w szczególności załącznikami nr 1 - 8 do kontraktu;

(iii) Aneksu nr 1 z dnia 25.01.2010 r. do kontraktu nr 31/DS/SP/2009 „*Na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów SA*” zawartego w dniu 21.05.2009 r. pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym, wraz ze wszelkimi załącznikami, w tym w szczególności załącznikiem nr 1 do aneksu „*Opis techniczny realizowanych zmian*” oraz załącznikiem nr 2 do aneksu „*Zmienione Tabele Zmian*”; albowiem, jak zostanie wykazane w dalszej części niniejszego odwołania, wskazane dokumenty stanowią dowód na okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w tym w szczególności dla oceny rzeczywistej rynkowej wartości oraz kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Wskazał, iż podstawę żądania powyższych dokumentów od Zamawiającego stwarza art. 248 § 1 kpc, znajdujący odpowiednie zastosowanie do niniejszego postępowania odwoławczego, co znajduje potwierdzenie w uchwale SN z dnia 26.11.2003 r., sygn. akt: III CZP 83/03 oraz wyroku KIO



z dnia 07.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 949/10.

Przedmiotem protestu Odwołującego było również zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4, oraz jej wybór jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz niezależnie z uwagi na fakt, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie przedstawił nawet pobieżnej analizy poszczególnych składników cenotwórczych tej oferty. W szczególności zaś Zamawiający w żaden sposób nie ustosunkował się do szczegółowych zarzutów Odwołującego dotyczących sposobu jej kalkulacji, zwłaszcza w kontekście rzeczywistych kosztów modernizacji poprzednich bloków Elektrowni Bełchatów, znacznie zmienionych realiów rynkowych i istotnych różnic w zakresie prac związanych z obecną i poprzednią modernizacją. Wbrew błędnym twierdzeniom z rozstrzygnięcia Zamawiającego gotowość oferenta do realizacji określonego zamówienia za niższą cenę, sama przez się nie czyni tej ceny rynkową i nie gwarantuje jeszcze, jak chciałby Zamawiający, że zamówienie to zostanie należycie wykonane przez takiego oferenta.

Obecnie nie ma już mowy o jakimkolwiek kryzysie i spadku cen na rynku. Przeciwnie od kilkunastu miesięcy obserwujemy regularny wzrost kosztów pracy oraz cen zwłaszcza tych surowców, które mają kluczowe znaczenie dla realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym przede wszystkim cen metali. Dowodzą tego niezbieżnie powoływane już w Proteście notowania cen miedzi na Londyńskiej Giełdzie Metali (LME), której ceny tylko od grudnia 2008 r. do kwietnia 2010 r. wzrosły o 184% (tak: [www.forsal.pl](http://www.forsal.pl) w artykule pt. „Ceny miedzi osiągnęły poziom sprzed kryzysu”). W okresie od grudnia 2008 r. do września 2010 r., na rynku obserwuje się wzrost cen, a nie ich spadek. Wadliwość argumentacji Zamawiającego potwierdzają niezbieżnie powoływane już przez Odwołującego notowania cen miedzi na Londyńskiej Giełdzie Metali (LME). Wynika z nich bowiem jednoznacznie, iż w XII 2008 r., a zatem w dacie oszacowania przez Zamawiającego wartości przedmiotowego zamówienia na kwotę 366.000.000,00 złotych brutto, cena miedzi osiągnęła poziom najniższy w historii, to jest cenę 2820 dolarów amerykańskich za tonę. Natomiast do września 2010 r., kiedy to zdaniem Zamawiającego nastąpił rzekomy spadek cen uzasadniający zmniejszenie szacunkowej wartości zamówienia do kwoty 292.800.000,00 zł brutto, cena jednej tony tego kluczowego w przedmiotowym postępowaniu surowca, wzrosła kilkukrotnie bo aż do 7905 dolarów amerykańskich. Podobny wzrost cen dotyczył także innych metali, kosztów pracy, czy cen energii. Tym samym obecnie, wbrew chybnemu stanowisku Zamawiającego, nastąpił wzrost rynkowych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, a nie ich obniżenie względem kosztów poprzednio realizowanych, porównywalnych inwestycji.

W powyższym kontekście za równie chybione należy uznać to twierdzenie Zamawiającego, zgodnie z którym, za obniżeniem pierwotnie określonej szacunkowej wartości Zamówienia na modernizację bloków 7-12, przemawiały mniejsze koszty realizacji prac związanych z modernizacją bloków 5-6, względem poprzednio realizowanej modernizacji bloków 3-4 w Elektrowni Bełchatów, co zdaniem Zamawiającego wynikać miało z obniżenia cen na rynku. Uwadze Zamawiającego uchybiamy, iż umowa „*Na modernizację systemu sterowania i nadzoru wraz z układem elektrycznym bloków nr 3 i nr 4 w BOT Elektrowni Bełchatów SA.*” została zawarta w dniu 26.01.2007 r., a zatem jeszcze przed początkiem globalnego kryzysu i związanym z nim wzrostem cen na rynku pracy i rynku surowców. Podczas, gdy umowa „*Na modernizację systemu sterowania i nadzoru wraz z układem elektrycznym bloków nr 5 i nr 6 w BOT Elektrowni Bełchatów SA*” została zawarta w dniu 28.04.2009 r., a zatem w trakcie kryzysu i w okresie istotnego spadku kosztów pracy i cen podstawowych surowców wykorzystywanych przy realizacji tego zamówienia. Z tego względu, ewentualne obniżenie kosztów prac związanych z modernizacją bloków 5-6 w okresie kryzysu gospodarczego, względem kosztów modernizacji bloków 3-4 w okresie znacznie poprzedzającym ten kryzys, nie mogą być miarodajne dla oceny wartości zamówienia na modernizację bloków 7-12, których modernizacja - jak już wskazywano - realizowana będzie w okresie, w którym kryzys ten został zażegany, o czym świadczy ponowny wzrost cen surowców do poziomu sprzed kryzysu.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. oraz art. 7 ust. 1 Pzp Przyjmuje się przy tym, że punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: 1) wartość przedmiotu zamówienia, 2) ceny innych ofert złożonych w danym postępowaniu, 3) wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego (tak w szczególności: P. Banasik w: „*O rażąco niskiej cenie oferty raz jeszcze*”, Publikacje Elektroniczne ABC nr 109011). Przywołuje orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych. Biorąc pod uwagę powyższe kryteria kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej, stwierdzić należy, iż cena wskazana w ofercie wybranej znacznie odbiega nie tylko od szacunkowej wartości przedmiotowego zamówienia określonej przez Zamawiającego, lecz przede wszystkim od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców i warunków rynkowych.

Odnośnie kryterium szacunkowej wartości zamówienia. Nawet przy założeniu, że Zamawiający zgodnie z art. 32 Pzp dołożył należytej staranności przy szacowaniu wartości przedmiotowego zamówienia, zaś w dwuletnim okresie pomiędzy zamieszczeniem powyższego ogłoszenia a upływem terminu do składania ofert, nie nastąpiły żadne zdarzenia wpływające na jego rynkową wartość, oznacza to, iż cena oferty wybranej była niższa od wartości przedmiotu zamówienia aż o 28.426.000,00 zł brutto, co czyni ją

całkowicie niewiarygodną. Biorąc jednak pod uwagę, iż publikacja powyższego ogłoszenia i szacowanie wartości przedmiotowego zamówienia miało miejsce w grudniu 2008 r., a zatem jeszcze podczas globalnego kryzysu, za który w literaturze przedmiotu powszechnie uznaje się upadek amerykańskiego Banku Lehman Brother, mający miejsce w dniu 15.09.2008 r. (por. m.in.: „NBPortal.pl Portal Edukacji Ekonomicznej” w: „Pierwsza rocznica upadku Lehman Brothers” 15.09.2009 r.), to oczywiste jest, iż wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia w wysokości 366.000.000,00 zł brutto nie uwzględnia istotnych dla tej wartości czynników cenotwórczych, albowiem opiera się na niższych cenach obowiązujących podczas kryzysu. Dotyczy to w szczególności takich czynników, jak: istotny wzrost cen na rynku pracy i rynku surowców w okresie od XII 2008 r. do IX 2010 r., spadek siły nabywczej pieniądza w tym okresie (inflacja). W tym kontekście nie bez znaczenia pozostaje także zmiana przez Zamawiającego, już po dacie powyższego ogłoszenia a przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, zakresu prac związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia. Pierwotnie wskazany przez Zamawiającego zakres prac określony w SIWZ, powstałej na etapie szacowania jego wartości na kwotę 366.000.000,00 zł brutto, został następnie, to jest po przeprowadzeniu przez Zamawiającego negocjacji z oferentami (przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem), istotnie zwiększony, względem wersji przesłanej wykonawcom wraz z zaproszeniem do złożenia oferty wstępnej (okoliczność powyższą przyznaje sam Zamawiający w treści SIWZ, m.in. na str. 2 SIWZ z lipca 2010 r.). (dowody: 1. SIWZ na „Modernizację i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów SA” przekazywana wykonawcom w lutym 2010 r. wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych; 2. SIWZ na „Modernizację i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów SA” z lipca 2010 r.). W wyniku powyższej zmiany, Wykonawcy zobowiązani zostali dodatkowo do wykonania następujących prac, nieujętych w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia: (i) rozdzielnie 6 kV - dostawa wyłączników pól zasilających wraz z nowymi polami; (ii) dostawa transformatorów TWB5, TWB6, rozdzielnic RWB5, RWB6, rozdzielnic WB; (iii) prace budowlane, wentylacja, klimatyzacja, oświetlenie da rozdzielnic RWB5, RWB6; (iv) dostawa przemienników częstotliwości do rozdzielnic 0,4 kV układów młynów węglowych; (v) dostawa i realizacja układu wentylacji do pomieszczeń rozdzielnic C-D, E-F, Z2; (vi) dostawa i realizacja układu wentylacji i klimatyzacji pomieszczeń CP-DP, EP-FP; (vii) wymiana przekładników prądowych TU, TI2, TI3; (viii) dostawa transformatorów wzbudzenia generatora wraz z połączeniami silnoprądowymi; (ix) dostawa układu wentylacji i klimatyzacji oraz remont budowlany pomieszczeń układu wzbudzenia; (x) modernizacja układu ARNE; (xi) wymiana szynoprzewodów wyprowadzenia mocy i zera generatora; (xii) dostawa silników pomp VD;

(xiii) wymuszenie pomiaru tlenu rozpuszczonego w wodzie metodą luminescencyjną wraz z układem autokalibracji; (xiv) zasilanie zdmuchiwozycy kotłowych modernizowanych w ramach odrębnego zadania; (xv) paliki rozpałkowe - opracowanie dokumentacji dla CLDT (uzgodnienia, testy, przygotowanie i przeprowadzenie odbioru dozorowanego); (xvi) główne pompy wody zasilającej (turbopompy) - wymiana czujników i przetworników pomiarowych; (xvii) zmiana zakresu dostawy aparatury w układzie palników rozpałkowych; (xviii) dostawa wyłączników krańcowych; (xix) dostawa czujników drgań dla pomp UB i VC. Szacunkowa wartość wskazanych prac, ustalona w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 48.000.000,00 zł netto Gest to wartość ustalona w oparciu o najniższe ceny zaoferowane za wykonanie tych elementów). (dowody: 1. SIWZ na „Modernizację i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów SA” przekazywana wykonawcom w lutym 2010 r. wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych; 2) SIWZ na „Modernizację i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów SA” z lipca 2010 r.; 3) oferta Odwołującego, 4) oferta METSO; 5) oferta ALSTOM; 6) oferta Przystępującego). Wskazana wyżej zmiana, stanowiąca w istocie znaczne zwiększenie zakresu prac będących przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu nie jest przedmiotem zarzutu Odwołującego, lecz zostaje powołana celem wykazania, iż pierwotnie określona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia w wysokości 366.000.000,00 zł brutto nie uwzględniała rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia. Szacowanie wartości przedmiotowego zamówienia miało bowiem miejsce w grudniu 2008 r., zaś powołane zmiany zostały ostatecznie ujęte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w lipcu 2010 r. (*nota bene* okoliczność powyższa była przedmiotem protestów wnoszonych przez wykonawco METSI i ALSTOM). Ze względu na powołane wyżej okoliczności, przy ocenie, czy oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, należy uwzględnić nie tyle szacunkową wartość zamówienia (albowiem nie odnosi się do rzeczywistej ceny przedmiotu zamówienia), co po pierwsze, ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie pod koniec września 2010 r. oraz po drugie, aktualną wartość rynkową tego zamówienia ustaloną w oparciu zmienione realia rynkowe.

Odnośnie kryterium wysokości cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Zauważył, iż cena zaoferowana przez Przystępującego znacznie odbiega od cen wskazanych pozostałych oferentów. Średnia cena zaoferowana w niniejszym postępowaniu przez wszystkich pozostałych wykonawców wynosiła bowiem ok. 398.495.000,00 zł netto, co oznacza, iż cena zaoferowana przez Przystępującego była od niej niższa aż o 121.795.000,00 zł netto. Tym samym, cena zaproponowana przez Przystępującego była niższa od średniej ceny zaoferowanej przez pozostałych wykonawców o ponad 30 %, co

czyni ją całkowicie niewiarygodną i nierealistyczną. W szczególności w odniesieniu do ceny zaoferowanej przez Odwołującego, która wynosiła 323.482.500,00 zł netto, cena wskazana przez Przystępującego była niższa o 46.782.500,00 zł netto. W przypadku ceny zaoferowanej przez kolejnego wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie, tj. METSO, która wynosiła 420.000.000,00 zł netto, różnica ta stanowiła już 143.300.000,00 zł. Wreszcie w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę ALSTOM cena ofertowa wynosiła 452.000.000,00 zł netto. Zatem cena wskazana przez Przystępującego była od niej tańsza o 175.300.000,00 zł netto. Powyższe, daleko idące różnice pomiędzy ceną zaoferowaną przez Przystępującego i cenami zaproponowanymi przez pozostałych wykonawców, uzasadniają zarzut nierealności oferty Przystępującego, uznanej za przez Zamawiającego za najkorzystniejszą ofertę w niniejszym postępowaniu.

Odnośnie kryterium warunków rynkowych/wartości rynkowej zamówienia. Podtrzymał, że cena wskazana w ofercie Przystępującego znacznie odbiega również od rynkowej wartości przedmiotowego zamówienia, albowiem nie uwzględnia istotnych dla tej wartości czynników cenotwórczych, takich jak zakres prac będących przedmiotem zamówienia, znacząca zmiana cen na rynku surowców, a także spadek siły nabywczej pieniądza we wskazanym okresie. Zauważył, iż przedmiotowe postępowanie jest kolejnym już przeprowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem, którego przedmiotem jest modernizacja i remont poszczególnych bloków Elektrowni Bełchatów. Poprzednio bowiem, jeszcze w pierwszej połowie 2008 r. Zamawiający prowadził postępowanie, którego przedmiotem była „*Modernizacja i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układem elektrycznym bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów SA*”. Porównanie treści oferty złożonej przez Przystępującego w poprzednim postępowaniu oraz oferty złożonej przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu potwierdza, iż cena zaoferowana obecnie przez ten podmiot jest obecnie niższa od rzeczywistych kosztów przeprowadzenia modernizacji kolejnych bloków i nie gwarantuje wykonania przedmiotowego zamówienia. Z treści ogłoszeń publikowanych przez Zamawiającego wynika bowiem, iż cena zaoferowana w ofercie wybranej za modernizację pary bloków nr 5-6 oraz wysokość wynagrodzenia ustalonego w umowie zawartej następnie przez Zamawiającego i Przystępującego wynosiła łącznie 83.000.000,00 zł netto. Nawet jeżeli przy szacowaniu kosztów przeprowadzenia modernizacji trzech kolejnych par bloków nr 7-12, wykonawca ten oparł się co do zasady na kalkulacji kosztów modernizacji bloków nr 5-6 (przy czym zamówienie to jest w początkowej fazie jego realizacji, stąd brak gwarancji jego należytego wykonania za wskazaną cenę) to przy określeniu tych kosztów powinien był uwzględnić takie okoliczności jak: (i) wskazane poniżej różnice pomiędzy zakresem prac przy modernizacji bloków nr 5-6 oraz bloków 7-12 oraz (ii) istotny wzrost cen na rynku surowców, w tym w szczególności wzrost cen miedzi oraz (iii) spadek siły nabywczej pieniądza.

Odnosnie różnic pomiędzy zakresem prac będących przedmiotem zamówienia na modernizację bloków nr 5-6 oraz zamówienia na modernizację bloków 7-12 wskazał, że analiza treści SIWZ będącego przedmiotem niniejszego postępowania i jej porównanie z treścią SIWZ na modernizację bloków nr 5-6 wskazuje, iż w tym ostatnim przypadku zakres prac niezbędnych do modernizacji każdego z bloków z osobna, jest zdecydowanie węższy od zakresu prac przy modernizacji każdego z bloków nr 7-12. Treść powołanych dokumentów wskazuje bowiem, że modernizacja każdego z bloków oznaczonych nr porządkowym 7-12 powinna, co do zasady obejmować wszystkie te elementy, które miały być poprzednio wykonane w ramach modernizacji bloków 5-6 oraz dodatkowo elementy, które nie występowały w przypadku bloków 5-6, co bez wątpienia wpływa na wyższą wartość prac będących przedmiotem obecnego postępowania. (dowody: 1. SIWZ na „*Modernizację i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*”; 2. SIWZ na „*Modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*”). W przypadku obecnie prowadzonego postępowania, wykonawca jest bowiem zobowiązany do wykonania dodatkowo następujących prac związanych z modernizacją bloków Elektrowni Bełchatów – w tym zakresie powtórzył zestawienie z protestu Odwołujący. Powołał dowody: 1. SIWZ Zamówienia na „*Modernizację i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów SA*” przekazywana wykonawcom w lutym 2010 r. wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych; 2. SIWZ na „*Modernizację i remont systemu sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 7-12 w PGE Elektrowni Bełchatów SA*” z lipca 2010 r.; 3. Ofertę Odwołującego; 4. Ofertę METSO, 5. ofertę ALSTOM, ofertę Przystępującego.

Tym samym łączny koszt wykonania powyższych elementów, ustalony w oparciu o oferty złożone przez wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, wynosi co najmniej 6.860.000,00 zł netto na każdy z modernizowanych bloków oraz dodatkowo co najmniej 2.500.000,00 zł netto za wykonanie jednego symulatora dla wszystkich modernizowanych bloków. Z powyższego wynika niezbicie, iż wyłącznie z uwagi na różnice w przedmiocie zamówienia koszty modernizacji bloków nr 7-12 Elektrowni Bełchatów, będą wyższe od kosztów modernizacji bloków 5-6 co najmniej o 7.277.000,00 zł netto w odniesieniu do każdego z modernizowanych bloków. W przypadku pary bloków (np. 7 i 8) koszt ten wyniesie odpowiednio 14.554.000,00 zł netto, co oznacza, iż dla całego zamówienia (tj. bloków 7-12), różnica ta wyniesie 43.662.000,00 zł netto, to jest 53.267.640,00 zł brutto. Różnica ta nie została jednak uwzględniona przez Przystępującego przy określaniu ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu, co powoduje, iż jej oferta jest nierealna i nie gwarantuje należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Pomimo tego, Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego, a nawet zaniechał wyjaśnienia

przyczyn nie uwzględnienia tego, jakże istotnego elementu cenotwórczego w ofercie złożonej przez Przystępującego. W powyższym kontekście, nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, iż na skutek zmiany przez Zamawiającego i Przystępującego postanowień Kontraktu nr 31/DS/SP/2009 z dnia 28.04.2009 r. „*Na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów SA*”, nastąpiła istotna zmiana zakresu prac, w wyniku której ich rzeczywisty koszt, który poniesie Przystępującego w związku z realizacją tego zamówienia zmniejszy się o kwotę, co najmniej 1.614.000,00 zł netto. Podczas, gdy wynagrodzenie należne Przystępującego za realizację powyższego zamówienia pozostało niezmienione i nadal wynosi 83.000.000,00 zł netto. Zmiana powyższa została wprowadzona na mocy aneksu nr 1 z dnia 25.01.2010 r. do kontraktu nr 31/DS/SP/2009 „*Na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*” zawartego w dniu 21.05.2009 r. pomiędzy Przystępującego a Zamawiającym, który w znacznym zakresie ograniczył zakres prac będących przedmiotem tego zamówienia. (dowody: 1. Kontrakt nr 31/DS/SP/2009 z dnia 28.04.2009 r. „*Na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*”; 2. SIWZ na „*Modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*”; 3. Aneks nr 1 z dnia 25.01.2010 r. do kontraktu nr 31/DS/SP/2009 „*Na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*” zawartego w dniu 21.05.2009 r. wraz ze wszelkimi załącznikami, w tym w szczególności załącznikiem nr 1 do aneksu „*Opis techniczny realizowanych zmian*” oraz załącznikiem nr 2 do aneksu „*Zmienione Tabele Zmian*”);). Wskazał, iż powyższa okoliczność ma istotne znaczenie dla oceny rzeczywistej rynkowej wartości oraz kosztów realizacji zamówienia na modernizację bloków 7-12 Elektrowni Bełchatów. Wskazuje bowiem, iż w rzeczywistości pomiędzy zakresem prac będących przedmiotem wskazanych zamówień występują daleko idące różnice, skutkiem których jest znacznie wyższy koszt realizacji obecnego zamówienia, którego zakres nie został w ten sposób zmieniony. Różnice powyższe powinny zostać wzięte pod uwagę, przy ocenie rzeczywistej rynkowej wartości oraz kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia. Przywołał dowód: Opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa w specjalności cen, kosztorysów i rozliczania inwestycji budowlanych, względnie biegłego sądowego innej specjalności, na okoliczność rzeczywistej rynkowej wartości oraz kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie wzrost cen surowców. Wskazał, że analiza treści SIWZ będącego przedmiotem niniejszego postępowania oraz ofert złożonych przez poszczególnych wykonawców, wskazuje także, iż istotnym czynnikiem cenotwórczym warunkującym rzeczywistą rynkową wartość przedmiotowego zamówienia jest cena miedzi, z której

wykonane zostanie okablowanie oraz mosty szynowe rozdzielnic, a także która stanowi zasadniczy składnik budowy wyłączników i aparatury silnopiędowej rozdzielnic. Przywołał dowód: Opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa w specjalności cen, kosztorysów i rozliczania inwestycji budowlanych, względnie biegłego sądowego innej specjalności, na okoliczność kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przy uwzględnieniu zmian cen na rynku.

Biorąc pod uwagę średnie ceny obowiązujące na rynku miedzi we wrześniu 2010 r. (a zatem w okresie przygotowania i składania ofert przez poszczególnych wykonawców) wskazać należy, iż łączny koszt tych elementów wynosi co najmniej 3.400.000,00 zł netto dla każdego z modernizowanych bloków (w odniesieniu do kosztów przewidywanego okablowania jest to koszt ok. 3.300.000,00 zł netto, zaś w przypadku mostów szynowych, jest to koszt co najmniej 100.000,00 zł netto, dla każdego z modernizowanych obecnie bloków). Analiza cen na rynku miedzi przeprowadzona w szczególności w oparciu o notowania na Londyńskiej Giełdzie Metali (LME) wskazuje, iż tylko w okresie od maja 2009 r. do września 2010 r., cena jednej tony miedzi wzrosła z 4334 dolarów amerykańskich do niemal 7905 dolarów amerykańskich, a zatem o ponad 82% (tak m.in.: [www.bankier.pl](http://www.bankier.pl) w artykule pt. „Wzrost cen miedzi w Londynie”; tak również: a także [www.forsal.pl](http://www.forsal.pl) w artykule pt. „Ceny miedzi osiągnęły poziom sprzed kryzysu”). Z powyższego wynika niezbicie, iż w maju 2009 r. to jest w dacie zawarcia przez EMERSON i Zamawiającego umowy o modernizację bloków nr 5-6 Elektrowni Bełchatów, łączny koszt elementów miedzianych w odniesieniu do każdego z bloków był co najmniej o 82% niższy od analogicznych kosztów modernizacji bloków 7-12. Różnica ta wynosiła co najmniej 1.700.000,00 złotych netto na każdym z modernizowanych bloków, co powinno zostać uwzględnione przy określeniu ceny wykonania modernizacji kolejnych bloków Elektrowni Bełchatów. Również powyższa różnica nie została jednak uwzględniona przez Przystępującego przy określaniu ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu. Na wzrost cen surowców, w tym w szczególności cen metali i ropy naftowej wskazują nie tylko ich notowania giełdowe, lecz także liczne wypowiedzi prasowe zamieszczane w ostatnim okresie w publikacjach branżowych (tak m.in.: portal [eGospodarka.pl](http://eGospodarka.pl), M. Fronc w: „Ceny surowców rosną a kurs EUR/USD spada” z dnia 23 lutego 2010 r., portal [parkiet.com](http://parkiet.com) w artykule pt. „Najbardziej zdrożała miedź, a na rynku aluminium zwiększa się nadwyżka podaży”; portal [Money.pl](http://Money.pl) w artykule „Koniunktura najlepsza od ponad sześciu lat” z dnia 2 listopada 2010 r.). Wbrew błędnemu stanowisku Zamawiającego wyrażonemu w Rozstrzygnięciu protestu, obecnie na rynku rośnie również ilość zamówień publicznych, jak bowiem wskazuje się w publikacjach branżowych, tylko w okresie od I do V 2010 r., w Polsce zaplanowano rozpoczęcie 2648 inwestycji budowlanych (tak: portal [wnp.pl](http://wnp.pl). budownictwo w artykule: „Inwestycje budowlane ogłoszone w Polsce od stycznia do maja 2010 - raport.” z dnia 27 czerwca 2010 r.), natomiast



*„W okresie od lipca do września 2010 r., w Polsce opublikowano 85037 przetargów i zleceń na usługi, wykonanie oraz dostawy (bez sprzedaży). Porównując te dane z wynikami za drugi i pierwszy kwartał bieżącego roku, można zauważyć stały i systematyczny wzrost. Najwięcej przetargów budowlanych ogłoszono na Śląsku - raport serwisu [www.pressinfo.pl](http://www.pressinfo.pl) i Grupy Marketingowej TAI.”* (cytat za: portal [wnp.pl](http://wnp.pl). budownictwo w artykule „Przetargi budowlane po trzech kwartałach 2010” z dnia 15 października 2010 r.). Przywołał dowód: Dane statystyczne opublikowane przez Główny Urząd Statystyczny RP w dniu 27.10.2010 r. pt. „Koniunktura w przemyśle, budownictwie, handlu i usługach 2000-2010”

Odnosnie spadku siły nabywczej pieniądza. Stwierdził, że biorąc pod uwagę wskaźniki cen publikowane przez GUS RP wskazać należy, iż w okresie od maja 2009 r., kiedy zawierano umowę na modernizację bloków 5-6 do września 2010 r., kiedy składano oferty modernizacji bloków 7-12, inflacja w Polsce wyniosła co najmniej 3%. W odniesieniu do wartości zamówienia na modernizację dwóch bloków nr 5-6, którą najpóźniej w maju 2009 r. wyceniono na kwotę 83.000.000,00 zł netto, oznacza to wzrost rzeczywistych kosztów modernizacji kolejnych par bloków we wrześniu 2010 r. o kwotę ok. 2.500.000,00 zł netto na każdej parze modernizowanych bloków. Wobec powyższych okoliczności nie sposób uznać, iż cena 276.700.000,00 zł netto zaoferowana przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na modernizację bloków nr 7-12 jest ceną rynkową i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Opierając się bowiem na opisanych powyżej czynnikach cenotwórczych stwierdzić należy, iż cena ta powinna wynosić co najmniej 310.000.000,00 zł netto. Wyjaśnić przy tym należy, iż wskazana wartość wynika z konieczności powiększenia ceny modernizacji pary bloków nr 5-6, która wynosiła 83.000.000,00 zł netto o: (i) wartość prac dodatkowych wynikających z różnicy pomiędzy przedmiotem zamówienia w wysokości co najmniej: 14.554.000,00 zł netto na każdą kolejną parę modernizowanych bloków; (ii) wartość wynikającą ze wzrostu cen miedzi w wysokości co najmniej 3.400.000,00 zł netto na każdą kolejną parę modernizowanych bloków; oraz (iii) wartość wynikającą ze spadku siły nabywczej pieniądza, która przy uwzględnieniu wskaźników inflacji wynosi co najmniej 2.500.000,00 zł na każdą kolejną parę modernizowanych bloków. Oznacza to, iż realne koszty modernizacji kolejnych par bloków wzrosły z 83.000.000,00 zł netto do kwoty co najmniej 103.500.000,00 zł netto, co nawet w przypadku tak uproszczonej kalkulacji dla trzech par bloków nr 7-12 daje wartość co najmniej 310.000.000,00 zł netto. Powołał dowód: Opinia biegłego sądowego z zakresu budownictwa w specjalności cen, kosztorysów i rozliczania inwestycji budowlanych, względnie biegłego sądowego innej specjalności, na okoliczność rzeczywistej rynkowej wartości oraz kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia;

Bez wątpienia opisane powyżej okoliczności uzasadniają nie tylko zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, lecz także postawiony na wstępie zarzut naruszenia przez

Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Naruszenie wskazanych przepisów polegało bowiem na zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty wybranej, mimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, albowiem zaoferowanie ceny poniżej wartości rynkowej przedmiotowego zamówienia, utrudniło Odwołującemu dostęp do rynku poprzez pozbawienie go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnośnie art. 7 ust. 1 Pzp Zgodnie bowiem z powołanym przepisem, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani przez zamawiającego na równych prawach w toku całego postępowania. Warto podkreślić, że pomimo braku w Prawie Zamówień Publicznych bezpośredniego odwołania do zasady przejrzystości, obowiązuje ona również w krajowym porządku prawnym, co wynika z utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok ETS z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname; ETS z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06). Zgodnie z przyjętą w doktrynie wykładnią, zasada przejrzystości oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (Por. G. Wicik, *„O wdrażaniu do polskiego systemu zamówień publicznych dyrektywy 2004/18/WE - uwag kilka, w XV-lecie systemu zamówień publicznych w Polsce”*, pod redakcją H. Nowicki, J. Sadowy, Urząd Zamówień Publicznych 2009 r., str. 268). Jak podkreśla się w orzecznictwie ETS określone przez zamawiającego kryteria udzielenia zamówienia powinny być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą nadawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru, powinny być wyraźnie wymienione w specyfikacji lub w ogłoszeniu o zamówieniu oraz być zgodne w szczególności z podstawowymi zasadami równego traktowania, niedyskryminacji oraz przejrzystości. W dalszej części ponowił argumentacje do zarzutów z protestu.

W dniu 10.11.2010 r. Zamawiający e-mailem przekazał Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 22.11.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Emerson Process Management Power and Water Solutions Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Ponadto wnosił o oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego: wniosku o powołanie biegłego na okoliczność rzeczywistej rynkowej wartości

oraz rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia, jak również wniosku o zobowiązania Zamawiającego przez KIO do przedstawienia na potrzeby niniejszego postępowania dokumentacji postępowania przetargowego na „*Modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i 6 w PGE Elektrowni Bełchatów*” wraz z umową oraz aneksem do niej.

Odnosnie bezzasadność zarzutu rażąco niskiej ceny: W proteście, a następnie odwołaniu, Honeywell podnosi, że cena oferty Emerson jest rażąco niska, gdyż znacznie odbiega od (a) wartości szacunkowej zamówienia, jak i (b) od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, a także od (c) warunków rynkowych. W ocenie Przystępującego nie jest to twierdzenie prawdziwe. Ceny zaoferowane przez wykonawców w Postępowaniu przedstawiały się następująco: Przystępujący – cena 276 700 000 netto, cena 337 574 000 brutto; Konsorcjum Honeywell (Odwołujący) – cena 323 482 500 netto, cena 394 648 650 brutto; Konsorcjum Metso – cena 420 000 000 netto, cena 512 400 000 brutto; Konsorcjum Alstom – cena 452 000 000 netto; cena 551 440 000 brutto; przy wartości szacunkowej zamówienia (tj. bez VAT) 240.000.000 PLN i kwocie zadeklarowanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert jako przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia 292.800.000 PLN brutto (odpowiadającej wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT). Cena zaoferowana przez Przystępującego jest wprawdzie ceną najniższą z oferowanych cen, jednakże sam fakt zaoferowania niższej ceny niż ceny zaoferowane przez innych wykonawców nie przesadza o tym, że cena najkorzystniejszej oferty jest ceną rażąco niską. Nie sposób nie zauważyć, iż:

- (i) cena zaoferowana przez Przystępującego nie odbiega rażąco od wszystkich pozostałych ofert cenowych; połowa (50%) ofert cenowych z tego Postępowania jest zbliżona do wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o podatek VAT;
- (ii) cena oferty Przystępującego jest zbliżona do ceny oferty Odwołującego;
- (iii) cena oferty Przystępującego jest wyższa (a nie niższa) niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia (odpowiadająca wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT);
- (iv) biorąc pod uwagę wartość zamówienia ustaloną przez Zamawiającego, cena oferty Przystępującego i cena oferty Odwołującego są najbardziej zbliżone do tej wartości.

Przywołał wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 1906/09; wyrok KIO z dnia 14.02.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 73/08, KIO/UZP 74/08. Za taką cenę, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można jednak uznać ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Cena zaoferowana przez Przystępującego jest bowiem ceną realistyczną, wiarygodną, uwzględniającą zysk i gwarantująca należyte wykonanie zamówienia. W świetle orzecznictwa ETS jest niedozwolone, sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych (por. orzeczenie ETS z 22.06.1989r. w sprawie

C-103/88) automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż określony % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego. Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane - ani w prawie wspólnotowym, ani w prawie polskim - poprzez odniesienie do jakiegokolwiek arytmetycznego kryterium. wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 126/09, wyrok o sygn. akt KIO/UZP 185/09, wyrok o sygn. akt KIO/UZP 1492/08, czy też orzeczenie o sygn. akt KIO/UZP 1511/08.

(a) Stosunek ceny oferty Przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia:

Odwołujący wskazuje, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia, tj. od kwoty 300.000.000 zł netto, która to kwota została wskazana przez Zamawiającego w okresowym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym przedmiotowego zamówienia, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.12.2008 r. Szacunkowa wartość zamówienia, zawarta w okresowym ogłoszeniu informacyjnym, nie może być jednak miarodajna w niniejszej sprawie. Zgodnie z protokołem ZP-1 Postępowania szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w dniu 07.09.2009 r. i opiewa na kwotę 240.000.000 zł netto. Kwota, którą Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, odpowiada kwocie 240.000.000 zł powiększonej o podatek VAT (=292.800.000 zł brutto). W związku z powyższym to kwota 240.000.000 zł netto, a nie kwota 300.000,000 zł netto jest wartością, do której należy odnosić się oceniając, czy Emerson zaoferował w Postępowaniu rażąco niską cenę oraz porównując ceny zaproponowane przez innych wykonawców. Cena zaoferowana przez Emerson (tj. 276.700.000,00 zł netto) jest zatem wyższa, a nie niższa jak twierdzi Protestujący, od szacunkowej wartości zamówienia. Nawet jeśli uznać, jak twierdzi Honeywell, że od momentu oszacowania wartości zamówienia, do momentu składania ofert mogła zmienić się wartość czynników cenotwórczych mających wpływ na ustalenie ceny oferty, to nawet w takim przypadku, cena oferty Przystępującego wciąż jest wyższa od szacunkowej wartości zamówienia o 36.700.000 zł netto. Poza tym wskazał, że gdyby nawet cena najkorzystniejszej oferty była niższa od szacunkowej wartości zamówienia, to nie jest to wystarczający argument do stwierdzenia, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską. Przywołał wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1441/07.

(b) Stosunek ceny oferty Emerson do cen pozostałych wykonawców

Przystępujący nie zgadza się z twierdzeniem, jakoby cena zaoferowane przez Emerson znacznie odbiegała od cen zaproponowanych przez pozostałych oferentów. Cena oferty Emerson jest zbliżona do ceny zaoferowanej przez Odwołującego - jest zaledwie 46.782.500 zł netto od niej tańsza, co niewątpliwie nie stanowi dużej różnicy, biorąc pod uwagę zróżnicowany przedmiot zamówienia i jego wartość szacunkową. Nawet jeśli przyjąć,

że cena zaproponowana przez Przystępującego jest niższa od średniej ceny zaoferowanej przez pozostałych wykonawców o ponad 30 %, (co w ocenie Przystępującego w żaden sposób nie dowodzi, że cena oferty Przystępującego jest całkowicie niewiarygodna i nierealistyczna), to już nawet w wyroku KIO o sygn. akt KIO/UZP 126/09, cytowanym przez Odwołującego, KIO stwierdziła, że: „Nie *obowiązuje jednoznaczne określenie poziomu różnicy pomiędzy cenami ofert, aby od jego przekroczenia można było mówić o cenie rażąco niskiej*”. W związku z powyższym w żaden sposób nie można więc uznać, że cena zaproponowana przez Emerson mogłaby nie gwarantować wykonania zamówienia. Na marginesie wskazał, iż różnica w cenie pomiędzy ofertą najkorzystniejszą a ofertą Odwołującego to jedynie 15% - a nie jak wyliczył Honeywell 17%. Wskazać również należy, że cena oferty Przystępującego nie jest, jak twierdzi Odwołujący, niższa o około 44% od średniej ceny pozostałych oferentów, lecz jedynie o około 25%. Odwołujący błędnie wyliczył również średnią wszystkich cen ofertowych, która wynosi 368.045.000 zł netto, a nie 398.495,000 zł netto. Nawet, jeżeliby hipotetycznie przyjąć, iż odniesienie ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia nie może być uznane z jakichś przyczyn za obiektywne, to - zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa - należy dokonać porównania ceny oferty ze zbliżonymi cenami zaproponowanymi przez innych wykonawców (wyrok SO w Warszawie z dnia 08.06.2006 r., sygn. akt V Ca 459/06), wyrok KIO o sygn. KIO/UZP 703/09 i 709/09, wyrok ZA o sygn. akt UZP/ZO/0-696/07). A zatem, przyjmując nawet postulowaną przez Honeywell linię sposobu określenia rażąco niskiej ceny, należy wziąć pod uwagę nie średnią wszystkich cen zaoferowanych w postępowaniu, a cenę ofert najbardziej zbliżonych do siebie. W takim przypadku należałoby więc wyliczyć średnią cen dwóch najbardziej zbliżonych do siebie ofert (i do wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego), to jest cen ofertowych Przystępującego i Odwołującego. Średnia cen tych dwóch ofert wynosi 300.091.250 zł netto, a więc jest wyższa od ceny oferty Przystępującego i niższa od ceny oferty Honeywell dokładnie o taką samą kwotę, to jest o jedynie o 23.391.250 zł netto. Różnicy takiej z pewnością nie można uznać za wygórowaną.

(c) Wpływ innych czynników na cenę: Odwołujący twierdzi, że cena oferty Emerson znacznie odbiega od rynkowej wartości zamówienia, albowiem nie uwzględnia istotnych dla tej wartości czynników cenotwórczych, takich jak np. zakres prac będących przedmiotem zamówienia, znacząca zmiana cen rynku surowców, a także spadek siły nabywczej pieniądza. Zarzuty te są zupełnie bezpodstawne.

1) Różnice pomiędzy zakresem prac będących przedmiotem zamówienia na modernizację bloków nr 5-6 oraz zamówienia na modernizację bloków 7-12:

Wbrew twierdzeniu Odwołującego zakres prac niezbędnych do modernizacji bloków 7-12 nie jest zdecydowanie szerszy od zakresu prac będących przedmiotem zamówienia na modernizację bloków 5-6. Odwołujący nie dołożył należytej staranności analizując treść

specyfikacji istotnych warunków zamówienia na modernizację bloków 5-6 oraz bloków 7-12 i błędnie zidentyfikował zakres dodatkowy bloków 7-12 względem bloków 5-6. W szczególności pozycje (i), (ii), (iii) i znaczna część pozycji (v) w pkt 2.4.2 odwołania była już częścią modernizacji bloków 5-6. Pozostały zakres prac, który w ocenie Odwołującego znacząco rozszerza zakres prac niezbędnych do modernizacji bloków 7-12 w praktyce niewiele różni się od zakresu prac będących przedmiotem zamówienia na modernizację bloków 5-6 i w istocie nie ma znaczenia dla kalkulacji kosztów niezbędnych do wyceny oferty, co powinno być oczywiste dla profesjonalisty działającego w branży energetycznej.

Wniosku tego nie zmienia również zawarcie aneksu do kontraktu dotyczącego modernizacji bloków 5-6, powoływanego na str. 20 - 21 odwołania, gdyż aneks ten wprowadza nieistotne zmiany w zakresie zadania, które są korzystne dla Zamawiającego i neutralne kosztowo dla Wykonawcy. Na marginesie Przystępujący wskazuje, że Honeywell wykazuje w odwołaniu dużą znajomość treści przedmiotowego aneksu, wprowadzającego zmiany m.in. postanowień kontraktu, objętych klauzulą poufności; świadczy o tym m.in. szczegółowy wykaz zmian stanowiący załącznik nr 3 do odwołania. Przystępujący - strona ww. kontraktu i aneksu do niego - nie udostępnił Odwołującemu przedmiotowego aneksu. Jeżeli dokumentu tego nie udostępnił Odwołującemu również Zamawiający, to niezwykle dziwi zarzucanie Przystępującemu przez Honeywell czynu nieuczciwej konkurencji z powodu złożenia oferty tańszej od oferty Honeywell w przedmiotowym postępowaniu, podczas gdy to wejście przez Odwołującego w niejasnych okolicznościach w posiadanie tego aneksu oraz posługiwanie się wynikającymi z nimi poufnymi informacjami, stanowiącymi tajemnice przedsiębiorstwa Przystępującego, wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto podkreślił, że zakres prac niezbędnych do modernizacji bloków 7-12 został w innych pozycjach opisu przedmiotu zamówienia zmniejszony w stosunku do przedmiotu zamówienia na modernizację bloków 5-6 (było to przedmiotem rozmów Zamawiającego ze wszystkimi dopuszczonymi wykonawcami w trakcie spotkań negocjacyjnych w toku zakończonego postępowania przetargowego). Dopuszczone zostały również przez Zamawiającego rozwiązania, które wpływały na możliwość obniżenia ceny ofertowej. Można więc przypuszczać, że Odwołujący poprzez swoją niestaranną analizę wymagań Zamawiającego mógł dokonać również błędnej analizy w szacowaniu ceny rynkowej zamówienia. Również podawane przez Honeywell ceny za poszczególne elementy prac, które rzekomo rozszerzają zakres zamówienia, wydają się być zawyżone w stosunku do standardów rynkowych. Pozycja (x), którą Odwołujący wycenił na 2.500.000 PLN jest, w ocenie Przystępującego, co najmniej pięciokrotnie zawyżona.

2) Wzrost cen surowców oraz spadek siły nabywczej pieniądza: Wbrew twierdzeniom Odwołującego w żaden sposób nie można uznać, aby istotnym czynnikiem cenotwórczym

warunkującym rzeczywistą rynkową wartość zamówienia, a co za tym idzie ceny ofertowe proponowane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu była cena miedzi. Jest powszechnie wiadome, że ceny miedzi nie mają dużego wpływu na faktyczne ceny kabli i nie mają żadnego wpływu na ceny rozdzielnic - co jest związane z przedmiotem zamówienia w postępowaniu. W analizie związanej z cenami miedzi należałoby oprzeć się na faktycznych cenach kabli (w PLN nie zaś cenach miedzi w USD/tonę) i cenach rozdzielnic. Emerson dysponuje ofertami producentów rozdzielnic pokazującymi ceny porównywalne lub niższe (stan na wrzesień 2010 r.) niż w maju 2009 r. Ceny kabli zaś kształtują się na identycznym poziomie jak w maju 2009 r. Odwołujący dodatkowo nie posiada wiedzy, kiedy Emerson dla zadania modernizacji bloków 5-6 dokonywał szacowania cen kabli, kiedy dokonywał zakupów, w jakim układzie organizacyjnym, jak kalkulował ryzyko zmian cen kabli, jak je zabezpieczał i jaką miał na tych zakupach i odsprzedaży marżę zysku. Przystępujący wskazuje, że kryzys gospodarczy w latach 2008-2009 spowodował znaczną obniżkę wielu cen, w tym surowców, towarów i usług. Przystępujący w swojej kalkulacji cenowej ani nie zakłada braku zysku, ani działalności poniżej kosztów. Protestujący nie uwzględnia faktu, że Przystępujący realizując szereg projektów w Europie może dysponować cenami uzgodnionymi z producentami kabli, które odbiegają od przedstawianych przez Protestującego cen miedzi i ich zmian. Całość argumentacji i wyliczeń Protestującego w tym względzie jest błędna. Przystępujący podkreślił także, że spadek cen towarów i usług wywołany światowym kryzysem gospodarczym i spadek wartości walut obcych względem złotego znacznie przewyższyły spadek ceny nabywczej pieniądza (inflację) oraz że Honeywell dokonując analizy czynników cenotwórczych nie wziął pod uwagę np. zmian kursów walut. Podawanie cen miedzi w USD/tonę, podczas gdy dla polskich przedsiębiorstw koszt ponoszony jest w PLN, jest ze strony Odwołującego rażącym błędem.

Część kosztów Przystępującego denominowana jest w USD, która to waluta znacznie osłabiła się względem PLN. Poniżej załączony jest wykres średnich kursów NBP pary walut USD/PLN za okres maj 2009 - wrzesień 2010. Widać na nim ponad 10% obniżkę kosztów denominowanych w USD. Ponadto niezwykle istotne jest, że Honeywell uzasadniając zarzut, że cena ofertowa Emerson odbiega od rynkowej wartości zamówienia, opiera się jedynie na czynnikach cenotwórczych w zupełności pomijając czynniki kosztotwórcze, które mają wpływ na cenę każdej oferty składanej w Postępowaniu przez różnych wykonawców. Reasumując, cena oferty Emerson została skalkulowana rzetelnie, z zachowaniem należytej staranności przy analizie zakresu zadania, z uwzględnieniem wszelkich niezbędnych kosztów i ryzyk oraz uwzględnia zaplanowany zysk. Jednocześnie Przystępujący wskazał, że nawet gdyby - hipotetycznie rzecz biorąc - Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy cena oferty Emerson nie jest ceną rażąco niską nie mógłby odrzucić oferty Przystępującego bez wyczerpania drogi postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Pzp

i zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący zdaje się zapominać, iż zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (por. powołany powyżej wyrok ETS z dnia 22.06.1989 r. w sprawie C-103/88) niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie ceny oferty za rażąco niską, bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Sformułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jak również odpowiadające temu żądanie nakazania Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego, są zatem całkowicie - choćby z tego względu - bezpodstawne.

Bezzasadność zarzutu niewezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny: Wskazał za orzecznictwem: *„Wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia”* (por. wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 1354/10). *„Jeżeli zamawiający w toku badania ofert nie poweźmie podejrzania, że zaoferowana cena jest rażąco niska, nie ma on obowiązku żądania wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny”* (por. przykładowo wyrok KIO o sygn. KIO/UZP 703/09 i 709/09). W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby powziąć wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Mając na uwadze, że cena zaoferowana przez Emerson nie jest ceną rażąco niską zupełnie zatem bezpodstawny jest również zarzut niewezwania Emerson przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 Pzp).

Bezzasadność zarzutu, iż złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W świetle argumentacji przedstawionej powyżej niewątpliwie nie istnieją przesłanki do uznania, iż złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przystępującego stanowczo zaprzecza, aby składając ofertę w tym Postępowaniu oferował sprzedaż usług będących przedmiotem zamówienia poniżej kosztów ich świadczenia, a tym bardziej - aby czynił to w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący zdaje się zapominać, iż w świetle ugruntowanego orzecznictwa samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji i stanowi normalny przejaw walki konkurencyjnej (wyrok KIO, sygn. akt KIO/UZP 704/10).

Wniosek o oddalenie wniosków dowodowych Odwołującego: W ocenie Przystępującego w niniejszym Postępowaniu nie zachodzi potrzeba powoływania biegłego na okoliczność ustalenia rzeczywistej rynkowej wartości oraz rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia na modernizację bloków 7-12. Z przedstawionych w niniejszym



przystąpieniu argumentów jednoznacznie wynika, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską. W takiej sytuacji dopuszczenie dowodu z opinii biegłego byłoby zupełnie bezcelowe i powodowałoby jedynie przedłużenie postępowania. Przystępujący wskazał, że nie ma podstaw do zobowiązania Zamawiającego przez KIO do przedstawienia na potrzeby niniejszego Postępowania dokumentów w postaci Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na „Modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i 6 w PGE Elektrowni Bełchatów; Kontraktu nr 31/DS/SP/2009 z dnia 28 kwietnia 2009 r. na „Modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i 6 w PGE Elektrowni Bełchatów”, zawartego pomiędzy Emerson a Zamawiającym oraz Aneksu nr 1 z dnia 25 stycznia 2010 r. do kontraktu nr 31/DS/SP/2009 na „Modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i 6 w PGE Elektrowni Bełchatów” zawartego w dniu 21.05.2009 r. pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym wraz ze wszystkimi załącznikami. Dokumenty te nie są bowiem przedmiotem sprawy, ani nie mają znaczenia dla jej rozstrzygnięcia. Okoliczności faktyczne, które miałyby być przedmiotem tego dowodu, nie mieszczą się w zakreślonej zarzutami odwołania podstawie faktycznej sporu, a dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. dokumentacji powodowałoby jedynie zwłokę w postępowaniu (art. 188 ust. 6 Pzp).

Zgodnie z art. 188 ust. 1 Pzp, to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W ten sposób jest w pełni realizowana zasada prawa cywilnego wyrażona w art. 6 kc, w myśl której ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Działanie tej zasady rozciąga się również na stosunki w ramach prawa zamówień publicznych, które należy generalnie zaliczyć do stosunków cywilnoprawnych. Dlatego, jak trafnie zauważa się w orzecznictwie, w toku rozprawy aż do jej zamknięcia strony mają obowiązek przedstawiać dowody na obronę przedstawianych przez siebie argumentów, oczywiście z zastrzeżeniem, że to na dowodzącym spoczywa ciężar dowodu. Na koniec stwierdził, iż w ocenie Przystępującego Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Podstawą oceny zachowania przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji są postanowienia ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ oraz przepisy Pzp. Zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ obowiązującej w tym postępowaniu, na podstawie obowiązujących przepisów.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności okresowym wstępnym ogłoszeniem informacyjnym, ogłoszeniem o zamówieniu, Drukiem ZP-1, postanowieniami SIWZ**

**z XII 2009 r., postanowieniami SIWZ z VII 2010 r., odpowiedziami na pytania 1-11, 18-37 (12-17 anulowane), 38-42 do SIWZ, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12.10.2010 r., ofertą Przystępującego, protestem wniesionym w dniu 22.10.2010 r., jego rozstrzygnięciem z dnia 28.10.2010 r., przystąpieniem do protestu, odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem do odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29.01.2010 r., tj., przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert (kryteria: 80% cena, 20 % gwarantowane parametry techniczne i zastosowane rozwiązania techniczne i technologiczne) bezpośrednio po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba na podstawie art. 188 ust. 7 Pzp zaliczyła w poczet materiału dowodowego - dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności okresowego wstępnego ogłoszenia informacyjnego, ogłoszenia o zamówieniu, DRUKU ZP-1, postanowień SIWZ z XII 2009 r., postanowień SIWZ z VII 2010 r., odpowiedzi na pytania 1-11, 18-37 (12-17 anulowane), 38-42 do SIWZ, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 12.10.2010 r., oferty Przystępującego, protestu wniesionego w dniu 22.10.2010 r., jego rozstrzygnięcia z dnia 28.10.2010 r., przystąpienia do protestu, odwołania wraz z załącznikami (w szczególności porównaniem dokumentów, o których zobowiązanie do złożenia wnioskował Odwołujący w odwołaniu), przystąpienia do odwołania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu rozprawy.

Skład orzekający Izby zaliczył nadto w poczet materiału dowodowego:

I- złożone przez Odwołującego:

- 1) Pisemne oświadczenie Elektrobudowy S.A. z dnia 22.11.2010 r.,
- 2) Pisemne oświadczenie ABB z dnia 22.11.2010 r.,
- 3) Informację TP-elbud wraz z załączonymi dwoma tabelami z dnia 22.11.2010 r.,
- 4) Opracowanie tabelaryczne firmy Energoserwis Kleszczów Sp. z o.o. wraz z wydrukiem e-mail,
- 5) Wykresy średnioważonego kursu USD w 2008, 2009 oraz 2010 r. wraz z odpowiednimi tabelami dla poszczególnych lat z podziałem na poszczególne miesiące średnioważonego kursu walę obcych w złotych,
- 6) Wydruk ze strony internetowej Tele-Fonika Kable,
- 7) Wydruk z opracowania GUS (koniunktura w inwestycjach w przemyśle),
- 8) Listę referencyjną Odwołującego.

II- złożone przez Zamawiającego:

- 1) Historię cenową bloków 3-6 vs. 7-12,
- 2) Kurs ceny miedzi między VI 2006 a VI 2010 r. wraz z wahaniami kursowymi PLN/USD,
- 3) Przywołane przez Odwołującego porównanie zakresów bloków 5-6 i 7-12.

Wniosek o powołanie biegłego (na podstawie art. 188 ust. 4 Pzp) Izba oddalił uznając z mocy art. 188 ust. 6 Pzp, że niniejszy wniosek został przywołany na okoliczność rzeczywistej rynkowej wartości oraz rzeczywistych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, co zostało, w ocenie Izby, w toku rozprawy stwierdzone i nie wymaga dodatkowego dowodzenia. Podczas rozprawy Odwołujący oświadczył, że to jego cena zaoferowana w ramach przedmiotowego postępowania jest ceną rynkową i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. W konsekwencji Odwołujący ustalił *de facto* poziom rynkowości albowiem różnica między ceną ofert Odwołującego a ceną oferty Przystępującego, przy uwzględnieniu rzędu kwot z jakimi mamy do czynienia, mieści się w granicach walki konkurencyjnej. Obie oferty cenowo tworzą wspólną grupę cenową odbiegającą od znacznie droższych cenowo ofert dwóch pozostałych Wykonawców.

Faktu, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną rynkową nie kwestionował ani Zamawiający, ani Przystępujący.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienie na potrzeby niniejszego postępowania:

- a) SIWZ na „*Modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*”;
- b) Kontraktu nr 31/DS/SP/2009 z dnia 28.04.2009 r. „*Na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*” zawartego pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym wraz ze wszelkimi załącznikami, w tym w szczególności załącznikami nr 1 - 8 do kontraktu.
- c) Aneksu nr 1 z dnia 25.01.2010 r. do kontraktu nr 31/DS/SP/2009 „*Na modernizację systemów sterowania i nadzoru wraz z układami elektrycznymi bloków nr 5 i nr 6 w PGE Elektrowni Bełchatów S.A.*” zawartego w dniu 21.05.2009 r. pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym wraz ze wszelkimi załącznikami, w tym w szczególności załącznikiem nr 1 do aneksu „*Opis techniczny realizowanych zmian*” oraz załącznikiem nr 2 do aneksu „*Zmienione Tabele Zmian*”.

Powyższe dowody zostały powołane przede wszystkim na okoliczność oceny rzeczywistej rynkowej wartości oraz kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, czyli analogicznie jak w przypadku poprzedniego wniosku dowodowego. Z tych względów argumentacja przytoczona powyżej pozostaje adekwatna. Dodatkowo, Izba wskazuje, że mimo twierdzenia, że niniejszy dowód został przytoczony także na inną okoliczność nie została ona wskazana jednoznacznie w treści odwołania. Izba jedynie przypuszcza, że dotyczy to także argumentacji mającej na celu podważenie miarodajności dokonanego przez Zamawiającego szacowania wartości zamówienia. Izba do tej kwestii odniesie się w dalszej części uzasadnienia, wskazując jedynie, że nie było konieczności uznania wnioskowanych dowodów albowiem Odwołujący załączył do odwołania dokument zawierający porównanie wskazanych dokumentów, który Izba uznała za wystarczający. Spór nie dotyczył jego treści, ale wniosków poczynionych w odwołaniu także na jego podstawie przez Odwołującego – patrz: porównania zakresów bloków 5-6 i 7-12 złożone przez Zamawiającego.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Izba uznała za niezasadny.

W ocenie Izby niniejszy zarzut jest przedwczesny. Należy bowiem wskazać za orzecznictwem, że: „(...) *żądanie odrzucenia ofert innych Wykonawców z uwagi na zaistnienie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp jest przede wszystkim w przedmiotowym stanie faktycznym przedwczesne, gdyż z wykładni literalnej przywołanego przepisu potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynność wezwania do wyjaśnień Zamawiający*

*musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp*” (wyrok z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/10). Podobnie w wyroku KIO z dnia 05.05.2010 r., sygn. akt: KIO 609/10, czy też wyroku z dnia 17.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2420/10. Identyczne stanowisko wynika z orzecznictwa sądów powszechnych: *„W ocenie Sądu Okręgowego skorzystanie z określonej w tym przepisie sankcji [odrzucenie oferty – na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp – jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia] musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 Pzp*” (wyrok SO w Krakowie z dnia 08.04.2009 r., sygn. akt: XII Ca 59/09). W konsekwencji Izba uznała wskazany wyżej zarzut za niezasadny, albowiem odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp musi być poprzedzone wyjaśnieniami w trybie art. 90 ust.1 Pzp. Zakaz automatycznego odrzucenia ofert, według kryterium arytmetycznego, w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny jest powszechnie znanym stanowiskiem ETS. *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy 71/305, od którego stosowania państwa członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zabrania państwom członkowskim wprowadzania przepisów prawnych, które wymagają automatycznego odrzucenia ofert złożonych w ramach zamówień publicznych, według kryterium arytmetycznego, zamiast zobowiązania podmiotów zamawiających do przeprowadzenia procedury weryfikacji określonej w dyrektywie, umożliwiającej podmiotowi składającemu ofertę przedstawienie wyjaśnień. Państwa członkowskie mogą wymagać, by oferty przetargowe były analizowane w przypadku podejrzenia rażąco niskich cen, a nie tylko wtedy, gdy w sposób oczywisty przedstawiają rażąco niskie ceny*”. [Wyrok ETS z dnia 22.06.1989 r. w sprawie C-103/88 („Fratelli Costanzo”)].

W konsekwencji w ocenie Izba istnieje sprzeczność w tak postawionym zarzucie w sytuacji braku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, co było okolicznością bezsporną, a kolejnym zarzutem, w ramach którego Odwołujący wnosilo przeprowadzenie tego postępowania. Z oświadczeń z rozprawy wynika bowiem, że Odwołujący arbitralnie przesadził wynik ewentualnego postępowania wyjaśniającego zanim zostało ono przeprowadzone.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust.1 Pzp poprzez zaniechanie dokonania czynności wystąpienia do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty Wykonawcy mających wpływ na wysokości zaoferowanej ceny, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zgodnie z informacją zawartą w okresowym ogłoszeniu informacyjnym dotyczącym przedmiotowego zamówienia - w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2008/S 235 -312616) - w dniu 03.12.2008 r., wartość zamówienia została oszacowana na kwotę

300.000.000,00 zł netto, co stanowi 366.000.000,00 zł brutto (punkt II.2 Wielkość lub zakres zamówienia; Sekcja II Przedmiot zamówienia).

W ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 205-295191 w dniu 23.10.2009 r. Zamawiający zawarł informację: „*Powyżej 10.000.000,00 EUR*” (punkt II.2.1 Całkowita wartość lub zakres; Sekcja II Przedmiot zamówienia).

Zamawiający oszacował wartość szacunkowa zamówienia na kwotę: 240.000.000 PLN (tj. bez VAT) (protokół DRUK ZP- 1) w dniu 07.09.2009 r. na podstawie Kontraktu zawartego ma modernizację bloków nr 5 i 6, który – wedle oceny Zamawiającego - obejmował taki sam zakres prac. Podał także - przed otwarciem ofert - kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 292.800.000 PLN brutto (odpowiadającej wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT) (protokół DRUK ZP- 1).

Uczestnicy postępowania zaoferowali następujące ceny (termin składania ofert: 21.09.2010 r.):

Przystępujący – cena 276 700 000 netto, cena 337 574 000 brutto;

Odwołujący – cena 323 482 500 netto, cena 394 648 650 brutto;

Konsorcjum Metso – cena 420 000 000 netto, cena 512 400 000 brutto;

Konsorcjum Alstom – cena 452 000 000 netto; cena 551 440 000 brutto;

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba podkreśla, iż brak jest wykształconego stanowiska, od jakiego progu różnic pomiędzy ceną ofertową a szacunkiem Zamawiającego uzasadnione jest zwrócenie się do danego Wykonawcy o wyjaśnienie, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ostatecznie bowiem orzecznictwo uznało, że wszelkie wielkości procentowe mogą co najwyżej stanowić pewien punkt odniesienia, jednak to Zamawiający każdorazowo winien podjąć decyzję czy takie wyjaśnienia są celowe. Dysponuje on bowiem szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie i badać, czy zaoferowana cena jest realna. Istnieje bowiem znaczna ilość czynników, które mogą w różny sposób oraz w dowolnej konfiguracji wpłynąć na możliwość uznania danej ceny za nie mającej znamion ceny rażąco niskiej. Praktyka w tym zakresie jest bardzo bogata i uzależniona od branży, sytuacji na konkretnym rynku w danym czasie, wielkości Wykonawcy, ilości kontraktów, parku maszynowego i innych czynników.

Po drugie, Izba podtrzymuje ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, że kluczowymi punktami odniesienia do każdorazowej analizy, czy dana cena nosi znamiona rażąco niskiej ma szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek VAT, porównanie z innymi złożonymi ofertami oraz ceny rynkowe. Taka analiza winna każdorazowo uznawać

jako kryterium podstawowe i pierwszoplanowe wartość szacunkową powiększoną o podatek VAT, a dopiero w przypadku, gdy jest to kryterium niemiarodajne, czy też budzące wątpliwości winno się dokonać analizy według kolejnych kryteriów.

W przedmiotowym stanie faktycznym Izba, kierując się wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT (z uwagi na charakter brutto ceny zaoferowanej) uznała, że kryterium to jest niemiarodajne, a co najmniej budzące wątpliwości. W tym zakresie Izba oparła się na kwocie wynikającej z protokołu DRUK ZP-1 – oszacowania dokonano zgodnie z informacją tam zawartą w dniu 07.09.2009 r., a nie na kwocie wynikającej z okresowego wstępnego ogłoszenia informacyjnego. Izba podnosi, że z porównania dokumentów dotyczących modernizacji bloków nr 5 i 6 z przedmiotowym postępowaniem, z uwzględnieniem zmian dokonanych w toku postępowania, których Izba nie neguje, wynika konieczność weryfikacji wartości szacunkowej pod kątem jej przydatności do analizy cen ofert złożonych przez uczestników postępowania. Spór co do szczegółowego zakresu różnic między modernizacją bloków nr 5 i 6, a przedmiotem niniejszego zamówienia odnosi się bowiem do zagadnienia, która ze stron lepiej zna przedmiot modernizacji, a pomija kwestie złożonego charakteru niniejszego zamówienia. W konsekwencji obarczenie szacunku błędem, polega na ocenie, jak pomniejszenie w jednym aspekcie, a powiększenie w innym rzeczywiście wpływa na pierwotny szacunek. Z tych względów Izba dała wiarę przywoływanemu powyżej porównaniu dokumentów załączonemu przez Odwołującego do odwołania, biorąc pod uwagę także analizę Zamawiającego - porównania zakresów bloków 5-6 i 7-12. Izba wskazuje, że istotnym czynnikiem jest także prawie roczny upływ czasu między oszacowaniem w dniu 07.09.2009 r. a złożeniem ofert 21.09.2010 r. Izba analizując generalnie dowody przedłożone na rozprawie przez strony (wykresy średnioważonego kursu USD w 2008, 2009 oraz 2010 r. wraz z odpowiednimi tabelami dla poszczególnych lat z podziałem na poszczególne miesiące średnioważonego kursu walu obcych w złotych, czy też kurs ceny miedzi między VI 2006 a VI 2010 r. wraz z wahaniami kursowymi PLN/USD), a dotyczące wahań kursowych uznała, że rzeczywiście także one winny być wzięte pod uwagę przez Zamawiającego. Należy wyjaśnić, że nie jest negowane dokonanie obliczenia wartości szacunkowej zamówienia dokonane w dacie 07.09.2009 r., ale jej walor porównawczy po roku czasu.

Po trzecie, wobec takiego stanu rzeczy Izba skupiła się na cenach ofert złożonych w postępowaniu. Jak wskazywały strony i Przystępujący na rozprawie, tak Odwołujący, jak i Przystępujący złożyli oferty cenowo bardzo zbliżone, a zarazem tworzące grupę najkorzystniejszych cenowo ofert, stanowiących 50 % ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie dostrzegając tej okoliczności i skupiał się na drugiej grupie ofert złożonych w postępowaniu. Oferty te „rażąco” odbiegały cenowo od oferty Odwołującego (cena 394 648 650 brutto) i Przystępującego (cena 337 574 000 brutto), w żadnym wypadku

nie mogą być one miarodajnym elementem analizy Zamawiającego pod kątem konieczności lub jej braku żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp.

Odnosząc się do orzeczenia przywołanego na rozprawie przez Odwołującego, a dotyczącego kryterium średniej ceny pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie, należy wskazać, że mniejsza różnica pomiędzy ofertami tworzącymi drugą grupę cenową nie może przekreślać uznania, że również oferty z większą pomiędzy sobą różnicą tworzą określoną grupę cenową (pierwsza grupa). Mówimy tu bowiem o pewnym poziomie cen, a nie o konkretnych ich wielkościach.

Po czwarte kwestia, cena Przystępującego jest ceną rynkową. Izba wskazuje, jak uczyniła to na wstępie uzasadnienia w części dotyczącej wniosku o powołanie biegłego, że Odwołujący *de facto* określił poziom rynkowości. Skoro zostało to ustalone, to także trzecie kryterium, podobnie jak i kryterium drugie daje podstawę do uznania, że ewentualne wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp jest bezprzedmiotowe. Dwaj wykonawcy zaoferowali ceny zbliżone do siebie i o charakterze rynkowym. Obaj potwierdzili, że przedmiotem zamówienia jest usługa z elementami dostawy. Potwierdzili także złożoność przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje, że mimo powtarzalności pewnych elementów zamówienia, to sam Odwołujący podkreślał konieczność modyfikacji, tj. dostosowania urządzeń seryjnych do specyfiki bloków Zamawiającego z lat 70-tych XX wieku. Automatyczne więc przekładanie cen produktów seryjnych jest nieuzasadnione. Nie można nadto zanegować faktu, że modernizacja nie 2, ale 6 bloków, tj. większej ich liczby pozwala na uznanie zasadności argumentacji Zamawiającego dotyczącej „efektu skali” (Historia cenowa bloków 3-6 vs. 7-12)

Po piąte, Izba wskazuje, że mimo, iż Odwołujący nie uchylał się od ewentualnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w żaden sposób nie wykazał, że jego oferta cenowa jest „*cenowym minimum*” poniżej którego wszystkie inne propozycje cenowe mają charakter cen rażąco niskich. Powyższe także nie pozostało bez wpływu na niniejsze orzeczenie.

Odnosnie pisemnego oświadczenia Elektrobudowy S.A. z dnia 22.11.2010 r., ABB z dnia 22.11.2010 r., Informacji TP-elbud wraz z załączonymi dwoma tabelami z dnia 22.11.2010 r.; opracowania tabelarycznego firmy Energoserwis Kleszczów Sp. z o.o. wraz z wydrukiem e-maila oraz wydruku ze strony internetowej Tele-Fonika Kable – Izba uznała, że ich moc dowodowa jest niewielka. Nie znane są bowiem pisma kierowane do tych firm, ani też kontekst rozmów telefonicznych (np. w przypadku opracowania Energoserwis Kleszczów Sp. z o.o.). Poza tym, zostały one złożone na okoliczność wpływu ceny miedzi na cenę kabli i rozdzielnic, istotne jest jednakowoż odniesienie do przedmiotowego postępowania. Jeżeliby nawet uznać taki wpływ na jaki wskazywał Odwołujący, to istotne jest jego faktyczne, nie hipotetyczne przełożenie na przedmiot zamówienia. Nie chodzi bowiem o jego przełożenie mechaniczne, wybiórcze, wyrwane z kontekstu, odpowiednie dla potrzeb



polemiki, ale uwzględniające wszystkie jego aspekty, Fakt, że cena miedzi, czy też kabli wzrosła w danym okresie nie przesądza jeszcze niczego, fakt, że Tele-Fonika Kable informuje o podwyższeniu cen kabli także niewiele wnosi, albowiem zamówienie będzie realizowane przez okres 6 lat, jak wynika tak z wahań ceny miedzi przywołanej w odwołaniu przez Odwołującego, jak i załączonej przez Zamawiającego na rozprawie, cena miedzi i kabli nie jest wartością stałą. Podobnie wygląda kwestia kursu PLN/USD w aspekcie cen ofertowych. Istotne jest również, że Zamawiający zawarł w warunkach kontraktu zasady waloryzacji, na które wymierny wpływ mieli uczestnicy postępowania (świadczą o tym chociażby odpowiedzi na pytania do SIWZ udzielone przed upływem terminu składania ofert).

Odnośnie opracowania GUS (koniunktura w inwestycjach w przemyśle), Izba zauważa, że ma ono dość ogólny charakter i jego wartość dowodowa jest wątpliwa. Kwestia bowiem tego, czy jest kryzys, czy go nie ma, stanowi przedmiot sporów sam w sobie pomiędzy fachowcami. Istotnym bowiem czynnikiem wpływającym na ceny składanych ofert są w pierwszej kolejności zasady wolnego rynku. Względem listy referencyjnej Odwołującego, Izba wskazuje, że nie jest przedmiotem sporu oferta Odwołującego, ani też kwestia jego doświadczenia. W konsekwencji wszelkie argumenty Zamawiającego, czy też Przystępującego negujące ofertę Odwołującego nie były brane pod uwagę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na sprzedaży towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia oraz ich odsprzedaży poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców uczestniczących w niniejszym postępowaniu, Izba uznała za niezasadny. Izba w tym zakresie uznała, że nastąpiła zmiana zarzutu na etapie odwołania, albowiem na tym etapie wskazano, że czynem nieuczciwej konkurencji było złożenie oferty zawierającej cenę niższą niż rzeczywista rynkowa wartość przedmiotowego zamówienia i rzeczywiste koszty jego realizacji, w celu eliminacji innych przedsiębiorców uczestniczących w niniejszym postępowaniu.

W konsekwencji Izba uznała, że nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście (art. 191 ust. 3 Pzp). Niniejsza różnica wynika jednoznacznie z treści *petitum* protestu i odwołania, Izba wskazuje, że dalsza część protestu, jak i odwołania odwołuje się w treści swojego uzasadnienia w tym aspekcie na: „*postawiony na wstępie zarzut*”. W konsekwencji Izba nie może dokonywać wykładni postawionego przez Odwołującego zarzutu zgodnie z jego stanowiskiem wyrażonym na rozprawie.

Odnosnie art. 15 ust.1 pkt 1 UZNK należy wskazać, że w dyspozycji tego przepisu mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w omawianym przypadku – usługą z elementami dostawy - poniżej kosztów ich świadczenia.

Po drugie, niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy, czy też innych przedsiębiorców, które należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług czy dostaw, a nie jedynie w perspektywie jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

W świetle powyższego niedozwolone jest takie zaniżanie sprzedaży, które prowadzi do eliminacji z rynku danych usług z elementami dostawy konkretnego wykonawcy, czy też wykonawców (podobnie wyrok z 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1951/09).

W ocenie Izby, Odwołujący w żadnym wypadku nie wykazał sprzedaży towarów poniżej kosztów ich wytworzenia. Dodatkowo, Izba nie stwierdziła w niniejszej sprawie, że zastosowanie przez Przystępującego ceny na określonym, niższym poziomie, oprócz wyboru jego oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, spowodowało eliminację przedsiębiorcy, jakim jest Odwołujący, z rynku świadczenia danych usług z elementami dostawy. (podobnie wyrok z 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1951/09).

Sama sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu (wyrok KIO z dnia 23.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1941/09).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że wobec nie potwierdzenia się wszystkich wskazanych powyżej zarzutów, w/w zarzuty także należy uznać za niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczalnej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....