

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**
Honorata Łopianowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTOM Power Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Elblągu, Polimex - Mostostal S.A., Zakład ZRE Lublin, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Elektrownia „Kozienice” S.A. Świerże Górne, Kozienice 26-900 Kozienice 1,**

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

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Elektrownię „Kozienice” S.A. Świerże Górne, Kozienice, 26-900 Kozienice 1,** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTOM Power Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Elblągu, Polimex - Mostostal S.A., Zakład ZRE Lublin, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Elektrowni „Kozienice” S.A. Świerże Górne, Kozienice 26-900 Kozienice 1** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTOM Power Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Elblągu, Polimex - Mostostal S.A., Zakład ZRE Lublin, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Elektrownia „Kozienice” S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Modernizacja i remont turbozespołów bloków nr 3 i 6 w EI. Kozienice S.A.". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 79-130478 w dniu 22 kwietnia 2011 r.

W dniu 15 lipca 2011 zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Elblągu, Polimex - Mostostal S.A., Zakład ZRE Lublin, zwane dalej „Konsorcjum ALSTOM” oraz dokonał wyboru oferty Konsorcjum firm: TurboCare sp. z o.o. we Wrocławiu oraz TurboCare Inc. (USA), zwane dalej „Konsorcjum TurboCare”.

Konsorcjum: ALSTOM wniosło odwołanie wobec powyższych czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 24, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 oraz pkt 6, art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp, w wyniku dokonania błędnej oceny: oferty odwołującego i niezgodne z prawem odrzucenie tej oferty oraz oferty TurboCare i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo wystąpienia przesłanek do jej odrzucenia,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności: oceny ofert, odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty TurboCare, a także nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty TurboCare oraz wyboru oferty odwołującego. Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów pełnomocnika oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu, iż w dniu 30 czerwca 2011 r. został wezwany do wyjaśnienia treści oferty, tj. czy, w razie nieuzyskania podczas pomiarów przedmodernizacyjnych odpowiednich parametrów odniesienia zawartych w Załączniku D punkt 8 oferty - odwołujący gwarantuje, że zmniejszenie jednostkowego zużycia ciepła dla części WP będzie wynosiło 175 kJ/kWh dla każdego z bloków, zgodnie z punktem 13 formularza „Oferta” strona 0000001. Odwołujący udzielił wyczerpującej odpowiedzi w wymaganym terminie.

1. Zarzut dotyczący braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w ofercie zagwarantował, iż zmniejszenie jednostkowego zużycia ciepła dla części WP będzie wynosiło 175 kJ/kWh dla każdego z bloków, zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt. 15 ppkt. 15.1.1 siwz (l.p. 3). Wyjaśnił, iż z uwagi na stosowanie się do procedury pomiarów gwarancyjnych, które będą wykonane po realizacji modernizacji każdego z bloków, bezwzględnie obowiązującej normy PN-EN 60953-2, taka gwarancja zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła jest dla warunków pracy wg punktu 8 Załącznika D do oferty odwołującego. Powołał się na pkt. 6.1 normy PN-EN 60953-2, która stanowi: Wielkości gwarantowane i warunki gwarancyjne. Wielkości gwarantowane, podlegające sprawdzeniu drogą cieplnych badań odbiorczych, wskazują poziom osiągniętych turbin. Ich definicje podano w 2.4. Wartości ich są

zależne od parametrów końcowych pary w obiegu i parametrów wody zasilającej w układzie regeneracji, tak więc każda z nich powinna być wyczerpująco i jasno zdefiniowana w umowie na dostawę turbiny wraz ze sprecyzowaniem wymaganych warunków gwarancyjnych. W wielu przypadkach zaleca się, aby dane te przedstawiać w formie schematu bilansu cieplnego, przedstawiającego wszystkie konieczne informacje. Wyniki badań są na równi zależne od tych samych warunków i parametrów, stąd zaistniałe w czasie badań odstępstwa od wartości, dla których podane są gwarancje, są przedmiotem korekcji po badaniu" (patrz 6.4). Jeżeli pobór pary upustowej lub dostarczanie pary i/lub wody do obiegu jest uwzględnione w obiegu gwarancyjnym, stanowi to również dodatkowy wymagany warunek gwarancji.

Wobec powyższego ww. norma jasno wskazuje, że takie parametry powinny być wyczerpująco i jasno zdefiniowane w umowie wraz ze sprecyzowaniem wymagań warunków gwarancyjnych. Odwołujący wyjaśnił, iż przedstawił takie wskazanie i sprecyzowanie parametrów i wymagań dla gwarancyjnych warunków pracy w przedmiotowym Załączniku D. W wyjaśnieniach odwołujący wprost wskazał, że tabelaryczne wielkości zawarte w gwarancjach technicznych, tj. temperatury, ciśnienia, spiętrzenia na wymiennikach regeneracyjnych, straty ciśnień na rurociągach wymagane są przez normy odbiorcze turbin parowych, wskazując m.in. normę PN-EN 60953-2.

Jednocześnie odwołujący wskazał, że oferta TurboCare na stronie 23 w odniesieniu do gwarancji procesowych, tj. również do gwarantowanego przez TurboCare jednostkowego zużycia ciepła, podaje m.in., że: „Kryterium porównawczym dla oceny spełnienia gwarantowanych osiągnięć będą pomiary gwarancyjne wykonane przed oraz po modernizacji WP. Pomiary przed i po modernizacji będą odbywały się w tym samym punkcie pomiarowym. Punkt pomiarowy zostanie określony na podstawie danych producenta turbozespołu. (...)”. Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że punkt pomiarowy, o którym mowa w wyjaśnieniach TurboCare, który zostanie określony na podstawie danych producenta, jest określeniem warunków pracy dla gwarantowanych parametrów, co oznacza, że jest tym samym, co zrobił już w ofercie odwołujący. Zdaniem odwołującego, wskazując na punkt pomiarowy TurboCare udzielił gwarancji m.in. na obniżenie jednostkowego zużycia ciepła w podanej wartości dla gwarancyjnych warunków pracy wg danych producenta. Odwołujący natomiast wprost wskazał na takie dane. Odesłanie do danych producenta prowadzi do danych wskazanych przez producenta tych turbin, tj. członka konsorcjum odwołującego, tj. danych przedstawionych w Załączniku D pkt. 8 oferty odwołującego. Powyższy zapis w ofercie TurboCare wskazuje również na oczywistość podania takich gwarancyjnych warunków pracy dla potrzeb przeprowadzenia pomiarów.

Brak wskazania gwarancyjnych warunków pracy/zdefiniowania punktu pomiaru wskazywać mógłby na nierzetelność zarówno udzielonych gwarancji, jak i brak informacji niezbędnych dla przeprowadzenia pomiaru, a wymaganych przez normy. Zapisy zawarte w punkcie 8 załącznika D mają na celu sprecyzowanie warunków pracy, w jakich mają zostać spełnione Gwarancje Techniczne.

Można wyobrazić sobie hipotetyczną sytuację, kiedy podczas modernizacji części WP zostaje przeprowadzony remont lub wymiana wysokoprężnych podgrzewaczy regeneracyjnych. Takie działania spowodowałyby podniesienie temperatury wody zasilającej i obniżenie jednostkowego zużycia ciepła. Określenie temperatury wody zasilającej jako warunku brzegowego powoduje, że gwarancje są niezależne od tego typu działań i są określone rzetelnie.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że w postępowaniu prowadzonym w 2010 r. na tych samych zasadach, a dotyczących modernizacji i remontu turbiny nr 4. której reguły gwarantowania parametrów były tożsame, jak w przedmiotowym postępowaniu, oferta odwołującego zawierała gwarancje wraz z gwarancyjnymi warunkami pracy, w schemacie takim samym, jak w przedmiotowym postępowaniu. W tamtym przypadku zamawiający nie miał wątpliwości i nie odrzucił oferty. Dlatego oferta odwołującego jest zgodna z wymaganiami siwz oraz stosującymi się do takich wymagań normami. Tym samym decyzja zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego jest bezpodstawna i błędna.

2. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum TurboCare.

A. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

Zamawiający żądał przedłożenia zaświadczeń potwierdzających, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Ustawa przewiduje, że jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Członek Konsorcjum TurboCare, tj. TurboCare Inc. nie złożył właściwego zaświadczenia, m.in. w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 2, 3, 8 i 9 Pzp. Zdaniem odwołującego, dokumenty, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. b oraz zaświadczenie opisane w § 4 ust. 1 pkt. 2 ww. rozporządzenia można uzyskać w kraju, w którym siedzibę ma TurboCare Inc. Wynika to również z faktu potwierdzenia takiej możliwości przez TurboCare w poprzednim postępowaniu. Wówczas to pismem z dnia 28 lipca 2010 r. (pkt. 1) TurboCare przyznał, że istnieje możliwość uzyskania dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. b oraz § 4 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia, ale wiąże się to z bardzo długim okresem oczekiwania. W takich okolicznościach bezspornym jest fakt niedostarczenia ww. dokumentów w wymaganej formie przez TurboCare.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że przedstawione dokumenty nie spełniają wymagań co do formy. Odróżnić bowiem należy oświadczenie złożone przed notariuszem od potwierdzenia przez notariusza. Z treści oświadczenia TurboCare wynika, że złożony dokument zawiera potwierdzenie przez notariusza sporządzenia danego świadectwa, co nie mieści się w granicach normy § 4 ust. 3 rozporządzenia.

B. Brak referencji wymaganych w siwz - art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

List referencyjny z dnia 18 czerwca 2010 r. złożony w ofercie Konsorcjum TurboCare, sporządzony przez Kosovo Energy Corporation J.S.C., nie spełnienia wymogu pkt. 6 ppkt. 6.2 siwz. Referencja taka nie może być użyta w niniejszym postępowaniu z uwagi na to, że zakres prac i dostaw, jakie rzeczywiście zostały wykonane podczas remontu kapitalnego turbiny LMZ K200-130-3 w Elektrowni Kosovo na bloku A5 w latach 2007-2009, nie był modernizacją.

Potwierdzenie powyższego zawarte jest w treści siwz sporządzonej przez Kosovo Energy Corporation J.S.C, zgodnie z którą przedmiotem tego postępowania było wykonanie remontu kapitalnego turbiny (pkt. II.2.2.) siwz oraz Załącznik pkt. 1 Specyfikacja Techniczna. Wobec jednoznacznej treści określającej zakres ww. postępowania, okoliczność wykonywania remontu, a nie modernizacji w ramach ww. postępowania jest bezsporna. Odwołujący przedstawił, jako dowód - zakres przedmiotowy remontu kapitalnego turbiny LMZ K200-130-3 w Elektrowni Kosovo na bloku A5 w latach 2007-2009 wraz z tłumaczeniem.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że w czerwcu b.r. odbyło się spotkanie firmy ALSTOM Power Sp. z o.o. z odpowiednimi przedstawicielami Kosovo Energy Corporation J.S.C. Rozmowy, w których uczestniczyli przedstawiciele Kosovo Energy Corporation J.S.C. - Remzi Shahini oraz Skinder Sufi, potwierdziły, iż zakres prac wykonanych przez TurboCare sp. z o.o w trakcie realizacji przywołanego w tym liście kontraktu na remont kapitalny turbiny na bloku A5 w Elektrowni w Kosowie jest zakresem typowym dla remontu kapitalnego z wymianą zużytych elementów i nie zawiera znamion modernizacji. A zatem, zakres prac rzeczywiście wykonanych podczas remontu turbiny na bloku A5 w Kosowie jest inny niż sugerowany w liście referencyjnym, a tym samym jest niezgodny z zakresem prac wymaganych w siwz.

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

Odwołujący podniósł także, że oferta TurboCare wskazuje jeden zrealizowany projekt, podczas gdy zamawiający wymagał min. dwóch takich projektów.

C. Zarzut, iż złożenie oferty Konsorcjum TurboCare stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp.

W związku z przytoczonymi powyżej informacjami wskazującymi na posłużenie się przez TurboCare Sp. z o.o. wprowadzającą w błąd referencją, zagrażającą interesom odwołującego, tj. dopuszczeniem się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Obowiązek wykluczenia wykonawcy ciąży na zamawiającym bez względu na etap postępowania od chwili, gdy zamawiający powziął wiedzę o okolicznościach

przesądających o spełnieniu się wyżej przywołanej przesłanki.

D. Oferta Konsorcjum TurboCare zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wynosi 60.000.000,00 zł brutto. Cena oferty Konsorcjum TurboCare wynosi 36.497.667,00 zł, tym samym odbiega od cen obowiązujących na rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. Realizacja zamówienia za zaoferowaną przez Konsorcjum TurboCare cenę nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu. Cena TurboCare jest niewiarygodna z powodu oderwania jej od realiów rynkowych. Stanowi zaledwie 60,82% kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Odwołujący przedstawił także porównanie do ceny oferty TurboCare z postępowania z roku 2010.

E. Zarzut, iż oferta Konsorcjum TurboCare zawiera błędy w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp.

Odwołujący wskazał, że pozycje pkt. X od 1-11, pkt. XI od 1-6, pkt. XII od 1-3 oraz pkt. XIII zawarte w formularzu ofertowym Konsorcjum TurboCare zawierają błędy w obliczeniu ceny, które polegają na tym, że wykonawca zastosował do ceny netto wartość podatku VAT w wysokości 23,4%. Odwołujący podkreślił, że nie jest to sytuacja, gdy nie mamy do czynienia ze stawką podatku, gdyż w polskim systemie prawnym nie istnieje taka stawka podatku VAT.

F. Zarzut, iż Konsorcjum TurboCare nie złożyło wyjaśnień - art. 90 ust. 3 Pzp.

Pismem z dnia 13 czerwca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia, że cena złożonej oferty nie jest rażąco niska. Pismem z 15 czerwca 2011 r. TurboCare złożył wyjaśnienia. Zdaniem odwołującego, oferta ta powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, że faktycznie wykonawca nie złożył wyjaśnień. Konsorcjum TurboCare nie udowodniło okoliczności przeczącej istnieniu rażąco niskiej ceny - wyjaśnienia są zbyt ogólnikowe. TurboCare zapewnił jedynie o rzetelności przeprowadzonej wyceny i udzieleniu TurboCare dodatkowych rabatów przez TurboCare Inc. Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia wykonawcy dotyczące okoliczności przeczących istnieniu rażąco niskiej ceny winny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowany i obiektywny, umotywowany i przekonujący. Natomiast złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny złożonej w ofercie, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, co powoduje wypełnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

G. Zarzut dotyczący naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Odrzucając ofertę odwołującego zamawiający naruszył art. 7 Pzp, przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawia się w tym, że pomimo wskazania w ofercie odwołującego gwarancyjnych warunków pracy oraz w ofercie Konsorcjum TurboCare punktu pomiarowego dla gwarancji procesowych, zamawiający odrzucił wyłącznie ofertę odwołującego.

Konsorcjum TurboCare zgłosiło w dniu 28 lipca 2011 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 3 sierpnia 2011 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający przedstawił następującą argumentację:

Wskazał, że był obowiązany odrzucić ofertę odwołującego. W postanowieniach SIWZ (pkt 4.4.a i 4.7.d) określono, iż „W wyniku modernizacji WP jej sprawność wewnętrzna wyniesie co najmniej 85 %, a moc zwiększy się co najmniej o 3.0 MW i jednostkowe zużycie ciepła zmniejszy się co najmniej o 100 KJ/KWh. Wielkości te muszą być gwarantowane przez wykonawcę. Wykonawca gwarantuje, że w wyniku przeprowadzenia modernizacji WP jednostkowe zużycie ciepła obniży się co najmniej o 100 KJ/KWh dla każdego z turbozespołów.” Tymczasem odwołujący w gwarancjach technicznych (załącznik nr D do oferty) w pkt 2 i 8 tabela nr 1 poz. 9 spełnienie wymaganego parametru uzależnił od określonej przez niego sprawności części WP, co pozostaje w oczywistej sprzeczności w wyżej wskazanymi wymaganiami. Sprawność części WP miała zostać określona na podstawie pomiarów przedmodernizacyjnych, zgodnie z normą PN EN 60953-2. Norma ta nie może być traktowana jako parametr wyjściowy do ustalania warunków początkowych.

Jednocześnie podkreślił, iż wbrew twierdzeniom odwołującego gwarancja Turbocare pozostaje bezwarunkowa. Należy rozgraniczyć pojęcie punkt pracy (warunki odniesienia) od pojęcia gwarantowane parametry techniczne. Gwarancja Turbocare wskazuje, że punkt pracy zostanie określony na podstawie danych producenta turbiny, ale kryterium porównawczym dla oceny spełnienia gwarantowanych parametrów technicznych będą, zgodnie z SIWZ, pomiary wykonane przed modernizacją. Taki sposób postępowania uniezależnia gwarancje techniczne od założeń wykonawcy i pozwala na uwzględnienie rzeczywistych parametrów pracy instalacji pomocniczych wykorzystanych po pracach modernizacyjnych na turbinie WP, a które mają wpływ na gwarantowane parametry techniczne (np. układ regeneracji). Spełnia to wymagania normy dotyczące definicji punktu pracy. Należy jednak zauważyć, że norma określa punkt pracy turbiny i nie dopuszczalne jest określanie w ofercie wartości gwarantowanych parametrów technicznych jakie muszą być zmierzone przed modernizacją dla zachowania ważności gwarancji. Gwarantowane parametry techniczne przed modernizacją mają zostać określone tylko na podstawie pomiarów w danym i zdefiniowanym punkcie pracy.

W ocenie zamawiającego, przedłożone przez TurboCare dokumenty i oświadczenia są prawdziwe, prawidłowe i kompletne. Zamawiający stwierdził, że oświadczenie Konsorcjum Turbocare z dnia 31 maja 2011 r. zostało złożone przed notariuszem w sposób prawidłowy. Notariusz potwierdził, że składający oświadczenie zjawiał się w danym dniu u notariusza i złożył przedmiotowe oświadczenie. Omawiany i kwestionowany cytat dotyczący „potwierdzenia sporządzenia niniejszego Pełnomocnictwa {declaration) w imieniu i na rzecz Turbocare Inc.”, zdaniem zamawiającego, ma potwierdzać fakt działania w imieniu Turbocare Inc., a nie jak twierdzi

odwołujący, że oświadczenie zostało złożone wcześniej, bez obecności notariusza, a przez notariusza jedynie potwierdzone.

Zdaniem zamawiającego, przedstawione w ofercie Konsorcjum TurboCare referencje jednoznacznie potwierdzają, że wykonywane prace obejmowały także modernizację. Zamawiający stwierdził, iż nie wymagał innych co do formy i zakresu dokumentów na potwierdzenie wykonanych prac, niż wynikające z przepisów Pzp. Z powyższych względów zarzut złożenia przez Konsorcjum TurboCare oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zamawiający uznał za nieprawdziwy.

Zamawiający uznał również, że cena zaoferowana przez Konsorcjum TurboCare w świetle udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień, nie jest rażąco niska. Wskazane przez Konsorcjum TurboCare czynniki wpływające na możliwość obniżenia oferowanej ceny są obiektywnie przekonywujące, biorąc pod uwagę w szczególności wyjaśnienia w zakresie równoległej realizacji modernizacji dwóch turbin oraz określenia kosztów na podstawie obecnie remontowanego bloku nr 4. Skoro równoległa realizacja obniża koszty to porównanie cen oferowanych w poprzednim i obecnym postępowaniu stanowi nieuprawnione wnioskowanie i pozostaje w sprzeczności z wyjaśnieniami Konsorcjum Turbocare, które zamawiający uwzględnił. W ocenie zamawiającego, wyjaśnienia te są wystarczające dla uznania, że cena tej oferty nie jest rażąco niska.

Ponadto, oferta Konsorcjum TurboCare nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający wskazał, że określił w siwz wynagrodzenie jako ryczałtowe w łącznej kwocie netto, do którego zostanie doliczony podatek VAT w obowiązującej wysokości. Zatem, zamawiający obowiązany jest brać pod uwagę łączną cenę brutto i ta cena jest wiążąca.

W ocenie zamawiającego w prowadzonym postępowaniu nie została naruszona zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie Konsorcjum TurboCare do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku przesłanek do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba ustaliła, że w pkt. w pkt 4.4 ppkt a siwz zamawiający wymagał podania w ofercie parametru gwarantowanego zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła

powyżej 100 kJ/kWh w wyniku dokonanej modernizacji turbozespołu. Jednocześnie parametr ten stanowił jedno z kryteriów oceny ofert z wagą 15 %. Zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia gwarancyjnych warunków pracy (danych wyjściowych), a zatem należało określić w ofercie zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła o wartości powyżej 100 kJ/kWh bezwarunkowo, tj. dla dowolnej możliwej wielkości parametru sprawności części WP, która zostanie pomierzona przed rozpoczęciem modernizacji turbozespołu.

Odwołujący w formularzu ofertowym w pkt 13 zaoferował gwarancję zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła dla części WP o 175 kJ/kWh dla każdego z bloków. W ofercie odwołujący przedłożył także załącznik nr D do oferty, zawierający szczegółowe „gwarancje techniczne turbin 13K225 bl.3 i 6 w EI. Kozienice po modernizacji części Wp”, w tym gwarancję obniżenia jednostkowego zużycia ciepła o wielkości j.w. W pkt 8 tego załącznika odwołujący przedstawił w tabeli parametry odniesienia dla pomiarów gwarancyjnych. W pkt 9 ww. tabeli odwołujący określił parametr, który zgodnie z normą PN-EN 60953-2 jest określany na podstawie rzeczywistego pomiaru dokonanego przed wykonaniem modernizacji turbozespołu.

W dniu 30 czerwca 2011 r. odwołujący został wezwany do wyjaśnienia treści oferty, tj. wskazania czy, w razie nieuzyskania podczas pomiarów przedmodernizacyjnych odpowiednich parametrów odniesienia zawartych w Załączniku D pkt 8 odwołujący gwarantuje, że zmniejszenie jednostkowego zużycia ciepła dla części WP będzie wynosiło 175 kJ/kWh dla każdego z bloków, zgodnie z punktem 13 formularza oferty. Odwołujący udzielił odpowiedzi pismem z dnia 6 lipca 2011 r. wskazując m.in., że parametr podany w pkt 9 tabeli zawartej w pkt 8 Załącznika D, został określony szacunkowo „na podstawie wieloletniego doświadczenia i zebranych wyników z pomiarów cieplnych” dla typowej części WP turbin 13K225 po kilkudziesięciu latach eksploatacji. Odwołujący potwierdził, że zaoferowana gwarancja zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła została podana dla warunków pracy wg punktu 8 Załącznika D do oferty. Odwołujący wskazał, zarówno w wyjaśnieniach jak i w odwołaniu, że wartość omawianego parametru powinna wynikać z pomiarów dokonanych przed modernizacją. Wyjaśnił przy tym, że skoro zamawiający nie podał w siwz wartości tego parametru w ramach gwarancyjnych warunków pracy, które powinny być określone w umowie, to należało przyjąć ten parametr na podstawie szacunkowych obliczeń. Odwołujący potwierdził, iż wskazanie i sprecyzowanie parametrów i wymagań dla gwarancyjnych warunków pracy, w jakich mają zostać spełnione Gwarancje Techniczne, zostało przedstawione przez odwołującego w Załączniku D.

Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, że odwołujący podał w ofercie wartość zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła wyłącznie w odniesieniu do konkretnej (oszacowanej) wartości parametru, który w rzeczywistości może mieć wartość inną. Podał zatem wartość zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła w określonych warunkach. Tym samym, jeśli oszacowany przez odwołującego parametr nie potwierdzi się w rzeczywistości, to wykonawca nie będzie związany ofertą w zakresie zagwarantowanego zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła. Izba zważyła, że przedłożona przez odwołującego opinia Zakładów Pomiarowo-

Badawczych Energetyki Energopomiar sp. z o.o. Zakład Techniki Ciepłej z dnia 2 sierpnia 2011 r. w odpowiedzi na pismo odwołującego z prośbą o wydanie opinii z dnia 29 lipca 2011 r. potwierdza prawidłowość dokonanych przez odwołującego obliczeń zgodnie z obowiązującą normą PN EN 60953-2, jednak potwierdza również jednoznacznie, że stan wyjściowy sprawności wewnętrznej części WP turbiny został „założony” i przy tym założeniu zostały dokonane przez odwołującego odpowiednie przeliczenia, zapewniające uzyskanie jednakowych gwarantowanych warunków pracy (parametrów odniesienia) dla obliczenia następnie wartości zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła. Izba uznała przy tym, że dla oceny treści oferty odwołującego w aspekcie zgodności z treścią siwz nie może mieć znaczenia fakt, że w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w 2010 r. na tych samych zasadach, a dotyczących modernizacji i remontu turbiny nr 4, oferta odwołującego zawierała gwarancje techniczne wraz z gwarancyjnymi warunkami pracy w schemacie takim samym, jak w przedmiotowym postępowaniu i wówczas zamawiający nie odrzucił oferty. W tych okolicznościach Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że oferta odwołującego w powyższym zakresie, tj. co do zaoferowania zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła w sposób bezwarunkowy, nie odpowiada wymaganiu siwz, a zatem oferta ta podlegała odrzuceniu na zasadzie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 Pzp, tj. zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, a jednocześnie uznanie, że oferta Konsorcjum TurboCare jest zgodna z wymaganiami siwz, pomimo wskazania punktu pomiarowego dla gwarancji procesowych „na podstawie danych producenta”, co oznacza, że w ofercie wykonawca ten de facto określił gwarancyjne warunki pracy dla potrzeb przeprowadzenia pomiarów, tak samo jak odwołujący. Izba ustaliła, że oferta Konsorcjum TurboCare na stronie 23 w odniesieniu do gwarantowanego przez TurboCare jednostkowego zużycia ciepła (120 kJ/KWh), wskazuje m.in., iż: „Kryterium porównawczym dla oceny spełnienia gwarantowanych osiągnięć będą pomiary gwarancyjne wykonane przed oraz po modernizacji WP. Pomiary przed i po modernizacji będą odbywały się w tym samym punkcie pomiarowym. Punkt pomiarowy zostanie określony na podstawie danych producenta turbosespołu. (...)”. Powyższe oznacza, że wykonawca przyjął pewne założenia co do wielkości parametru, który zostanie określony dopiero na podstawie rzeczywistego pomiaru sprawność części WP, ale w ofercie gwarancja zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła została podana bezwarunkowo tj. dla każdej możliwej wielkości parametru sprawności, która zostanie zmierzona przed modernizacją. Izba zgodziła się w tym zakresie ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, iż gwarantowane zmniejszenie jednostkowego zużycia ciepła zaoferowane przez przystępującego nie zostało uwarunkowane przez podanie konkretnej wielkości ww. parametru, tak jak uczynił to odwołujący. Zgodnie normą, na którą powoływały się obie strony postępowania, parametr sprawności części WP musi być zmierzony przed dokonaniem prac modernizacyjnych i dopiero w odniesieniu do tego pomiaru można zmierzyć wartość zmniejszenia jednostkowego zużycia ciepła. Odesłanie w zakresie

gwarancyjnych warunków pracy do danych producenta nie oznacza, że hipotetyczne założenie w powyższym zakresie zostało przez przystępującego przyjęte i musi być spełnione. Jak ustalono w toku rozprawy, „dane producenta” w tym przypadku należy rozumieć wyłącznie jako „parametry stałe”, określone dla danego urządzenia w dokumentacji techniczno-ruchowej urządzenia - tzw. DTR. Nie obejmują one omawianego wyżej parametru, który musi być faktycznie zmierzony przed rozpoczęciem modernizacji.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum TurboCare z uwagi na nieprzedłożenie wymaganych, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 2, 3, 8 i 9 Pzp, zaświadczeń w wymaganej formie, Izba nie stwierdziła zarzucanego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp, Izba nie znalazła również podstaw do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie..

Zamawiający żądał w postępowaniu przedłożenia zaświadczeń potwierdzających, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Zgodnie z wymogiem § 2 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się zaświadczeń właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczącego niekaralności osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 w wymaganym tym przepisem zakresie, a zgodnie z § 4 ust. 3, jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się zaświadczeń, o których mowa w § 4 ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Izba ustaliła, że członek Konsorcjum TurboCare, tj. TurboCare Inc. złożył w ofercie dokumenty zawierające oświadczenia w powyższym zakresie zastępujące dokumenty, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt. 1 lit. b oraz w § 4 ust. 1 pkt. 2 ww. rozporządzenia. Z zebranego materiału dowodowego wynika, że dokumentów, o których mowa w ww. przepisach nie można uzyskać w kraju, w którym ma siedzibę TurboCare Inc. (USA). W ocenie Izby, z treści pisma Konsorcjum TurboCare z dnia 28 lipca 2010 r. oraz pisma z dnia 7 sierpnia 2011 r. (str.159 oferty) nie wynika fakt potwierdzenia przez wykonawcę możliwości uzyskania odpowiedników tych dokumentów w USA. Wykonawca stwierdził jednoznacznie w swym oświadczeniu, że w kraju, w którym TurboCare Inc. ma siedzibę „nie wydaje się dokumentów przewidzianych w ustawie Pzp i rozporządzeniu. Procedury zmierzające do wydania podobnych dokumentów nie są procedurami standardowymi i nie występują w obrocie. Tylko teoretycznie istnieje możliwość ich uzyskania, ale wiąże się z bardzo długim okresem oczekiwania”. W szczególności, w odniesieniu do ostatniego zacytowanego powyżej zdania należy zauważyć, iż dotyczy ono jedynie dokumentów „podobnych”. Istotne w tym przypadku jest to, że przepisy ustawy Pzp i rozporządzenia nie mówią

o dokumentach podobnych lecz o dokumentach będących odpowiednikami dokumentów polskich. W ocenie Izby, interpretacja ww. przepisów nie może prowadzić do wniosku, że wykonawcy z krajów, w których wydaje się „dokumenty podobne” w pewnym zakresie do dokumentów polskich, mają obowiązek je składać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uzupełniając je następnie w pozostałej części oświadczeniem złożonym przed notariuszem. Oczywiście nie ma przeszkód w świetle ww. przepisów, aby wykonawca w taki sposób wykazywał wymagane okoliczności, lecz za zgodzie z przepisami należy uznać także zastąpienie „dokumentu podobnego” wymagającego uzupełniającego oświadczenia – w całości samym oświadczeniem złożonym przed notariuszem.

Ponadto, Izba stwierdziła, że przedstawione dokumenty spełniają wymagania co do formy, stosownie do § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia. Nie są to dokumenty potwierdzone jedynie przez notariusza, jak twierdził odwołujący. Z treści oświadczenia TurboCare (str. 133 i 134) z dnia 31 maja 2011 r. wynika, że składający oświadczenie Bryan H. Joyce, Wiceprezes TurboCare Inc. stawiał się w wymienionym dniu u notariusza i złożył przedmiotowe oświadczenie, co notariusz potwierdził. Wskazany przez odwołującego fragment dotyczący „potwierdzenia sporządzenia niniejszego Pełnomocnictwa (declaration) w imieniu i na rzecz Turbocare Inc.” zawiera jedynie niedokładność w tłumaczeniu co wynika z porównania z tłumaczeniem tego dokumentu przez tłumacza przysięgłego, złożonym przez przystępującego na rozprawie. Izba uznała również, że dowody złożone przez odwołującego w postaci wydruków ze stron internetowych urzędów działających w stanie Massachusetts potwierdzają możliwość uzyskania dokumentów jedynie częściowo odpowiadających dokumentom, o których mowa w przepisach ustawy Pzp i rozporządzenia, co nie obliuguje wykonawcy do ich złożenia, a tym samym możliwe jest zastąpienie tych dokumentów oświadczeniami złożonymi przed notariuszem, obejmującymi pełny zakres okoliczności, które muszą być przez wykonawcę wykazane.

Odnosząc się do zarzutu braku złożenia przez Konsorcjum TurboCare referencji potwierdzających zakres wykonanego zamówienia, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia, wskazać należy w pierwszej kolejności, że odwołujący mylnie podał w odwołaniu przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako podstawę do wykluczenia wykonawcy, w sytuacji, gdy nie przedstawił on dokumentów potwierdzających wykonanie wymaganych zamówień. W takim przypadku wykonawca podlega bowiem wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jako wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W punkcie 6 ppkt. 6.2 siwz dotyczącym warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał załączenia do oferty oświadczenia, że wykonawca zrealizował w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, co najmniej jedną modernizację i remont turbiny dla bloku o mocy minimum 200 MW o podobnym zakresie, za kwotę nie mniejszą niż 15 000 000 PLN brutto; dokumenty potwierdzające, że powyższe prace zostały wykonane

należycie.

List referencyjny z dnia 18 czerwca 2010 r. złożony w ofercie przez Konsorcjum TurboCare, sporządzony przez Kosovo Energy Corporation J.S.C. dla TurboCare Sp. z o.o. we Wrocławiu (str. 32-36), potwierdza literalnie, że wykonawca wykonał „remont generalny z modernizacją turbiny [...]” z podaniem szczegółowego zakresu prac. Potwierdza tę informację także pismo ww. podmiotu z dnia 26 lipca 2010 r. jak również pismo z dnia 2 sierpnia 2011 r. złożone przez przystępującego na rozprawie, w którym Kosovo Energy Corporation J.S.C. podtrzymało w pełni swoje oświadczenia zawarte w ww. pismach jako „zgodne z sytuacją aktualną i przeszłą”. W tych okolicznościach dowody złożone przez odwołującego, w szczególności wyciąg ze specyfikacji zamówienia - zakres przedmiotowy remontu kapitalnego turbiny LMZ K200-130-3 w Elektrowni Kosovo na bloku A5 w latach 2007-2009, opinia prof. Dr hab.inż. Janusza B z Instytutu Maszyn Przepływowych PAN w Gdańsku z dnia 1 sierpnia 201 r. oraz opinia Zakładów Remontowych Energetyki Katowice S.A. z dnia 7 lipca 2011 r. odnoszące się do zakresu ww. zamówienia (KCBC-02/259A5/07), nie przeczą okolicznościom, iż zakres prac w ramach tego przetargu uległ znacznemu rozszerzeniu w trakcie jego wykonywania. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby nie może mieć istotnego znaczenia notatka złożona przez Zbigniewa S ze spotkania z dnia 15 czerwca 2011 r. z przedstawicielami Kosovo Energy Corporation J.S.C. przekazująca pośrednio tylko treść prowadzonych rozmów, wobec oświadczeń złożonych przez dany podmiot bezpośrednio. Należało zatem uznać, że zakres prac jakie zostały wykonane podczas remontu kapitalnego i modernizacji turbiny LMZ K200-130-3 w Elektrowni Kosovo na bloku A5 w latach 2007-2009, potwierdza spełnienie przez przystępującego warunku określonego w pkt 6.2 siwz.

Izba uznała ponadto, że zarzut dotyczący braku wykazania przez Konsorcjum TurboCare dwóch zrealizowanych projektów w ramach omawianego warunku nie potwierdził się. Treść warunku zawartego w pkt 6.2 siwz wskazuje jednoznacznie, że zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca zrealizował jedno zamówienie polegające na „modernizacji i remoncie [...]”.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum TurboCare na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji Izba uznała za nieuzasadniony. Izba zważyła, że odwołujący nie przedstawił okoliczności na poparcie tego zarzutu. Jedynie ogólnie wskazał, że zarzut jest związany z informacjami wskazującymi na posłużenie się przez TurboCare Sp. z o.o. wprowadzającą w błąd referencją, zagrażającą interesom odwołującego, tj. dopuszczeniem się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności odwołujący nie sprecyzował zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji, jak również nie podał jakie okoliczności wypełniają ustawowe przesłanki do uznania, że działanie przystępującego Konsorcjum TurboCare (złożenie oferty) taki czyn stanowi.

Opierając się na okolicznościach ustalonych, jak wskazano powyżej, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w wyniku zaniechania wykluczenia odwołującego

z postępowania o udzielenie zamówienia, jako wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania jest niezasadny. Odwołujący nie udowodnił, w ocenie Izby, w toku postępowania, iż przystępujący podał nieprawdziwe informacje, a zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywa w tym przypadku na odwołującym. Podkreślić należy, że zarzut ten wymaga przedstawienia dowodów niepozostawiających jakichkolwiek wątpliwości, że dane informacje podane przez wykonawcę, nie odpowiadają rzeczywistości.

Izba stwierdziła, że oferta Konsorcjum TurboCare nie zawiera błędów w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp w zakresie pozycji pkt. X od 1-11, pkt. XI od 1-6, pkt. XII od 1-3 oraz pkt. XIII zawartych w formularzu cenowym. W pozycjach tych wykonawca błędnie obliczył kwotę podatku VAT dla poszczególnych cen składowych. Z ustaleń odwołującego wynika, że Konsorcjum TurboCare zastosowało do ceny netto wartość podatku VAT w wysokości 23,4%, która to stawka nie istnieje w polskim systemie prawnym.

Biorąc pod uwagę fakt, iż zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie jako ryczałtowe, Izba uznała, że jakiegokolwiek błędy rachunkowe dotyczące cen składowych nie mają istotnego znaczenia dla prawidłowości rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. W przypadku bowiem wynagrodzenia ryczałtowego, zamawiającego i wykonawcę wiąże bowiem zawarta w ofercie wykonawcy cena ostateczna brutto za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

Zarzut, iż oferta Konsorcjum TurboCare zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlega na tej podstawie odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp podlegał rozpoznaniu łącznie z zarzutem braku złożenia wyjaśnień, stosownie do art. 90 ust. 3 Pzp.

Zauważyć należy, że w każdym przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez wykonawcę ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, zamawiający ma on obowiązek umożliwić wykonawcy wyjaśnienie elementów składowych, mających znaczenie dla kalkulacji danej ceny oferty.

W przedmiotowej sprawie zamawiający słusznie powziął powyższe wątpliwości, i wezwał Konsorcjum TurboCare do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zważywszy, że cena oferty (36.497.667,00 zł) odbiega znacznie od wysokości kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu (60.000.000,00 zł brutto). Cena oferty Konsorcjum TurboCare stanowi zaledwie 60,82% ww. kwoty. Pismem z dnia 13 czerwca 2011 r. zamawiający wezwał Konsorcjum TurboCare do złożenia stosownego wyjaśnienia. (wezwanie zostało skierowane do obu ofert złożonych w postępowaniu, w tym także do oferty odwołującego).

Pismem z dnia 15 czerwca 2011 r. wykonawca złożył wyjaśnienia, wskazując, że cena przedstawiona w ofercie „jest rzetelnie skalkulowana”. Wskazał w uzasadnieniu trzy okoliczności,

tj. współpracę w ramach organizacji TurboCare z firmą TurboCare Inc., która udzieliła „dodatkowych rabatów na strategiczne dostawy, niezbędne do przeprowadzenia modernizacji”, uwzględnienie równoległego wykonania modernizacji dwóch turbin, jako kolejnej realizacji w Elektrowni Kozienice, określenie kosztów na podstawie obecnie remontowanego bloku nr 4 w Elektrowni Kozienice.

Wskazać należy, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, powinien wziąć pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla Konsorcjum TurboCare, oryginalność projektu lub wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych ugruntowane zostało stanowisko, iż wyjaśnienia wykonawcy winny być wyczerpujące, mieć charakter skonkretyzowanych informacji odnoszących się do sytuacji wykonawcy, do konkretnych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny, winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że złożone przez Konsorcjum TurboCare wyjaśnienia są zbyt ogólne i nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny złożonej w ofercie, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, co powoduje wypełnienie przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach przekonujących i skonkretyzowanych informacji, pozwalających na zweryfikowanie przez zamawiającego czy zaoferowana przez Konsorcjum TurboCare cena zapewnia możliwość prawidłowej realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, a tym samym czy realizacja zamówienia za zaoferowaną cenę pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu. Przystępujący potwierdził co prawda te okoliczności ogólnie, jednak nie poparł swoich oświadczeń konkretnymi i wiarygodnymi danymi. Podkreślić należy, że w przypadku wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, nie są wystarczające zapewnienia wykonawcy, że cena nie jest rażąco niska. Konieczne jest wskazanie okoliczności, mających wpływ na wysokość ceny, jak również wyjaśnienie - w jaki sposób te okoliczności zostały uwzględnione przy kalkulacji kosztów.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że oferta Konsorcjum TurboCare powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na to, że wykonawca nie złożył wyjaśnień umożliwiających zamawiającemu pozytywną ocenę oferty w powyższym zakresie. Stwierdzone naruszenie art. 90 ust. 3, a w konsekwencji art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, miało wpływ na wynik postępowania, a zatem stanowiło przesłankę do uwzględnienia odwołania.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba uwzględniła odwołanie, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....