

Sygn. akt: KIO 18/15

WYROK
z dnia 23 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 stycznia 2015 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Alstom Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez **ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., z siedzibą w Ostrołęce**

przy udziale wykonawcy Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołania;**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Alstom Power Sp. z o.o. oraz Zakłady Remontowe Energetyka Katowice S.A. i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum:**

Alstom Power Sp. z o.o. oraz Zakłady Remontowe Energetyka Katowice S.A. tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Alstom Power Sp. z o.o. oraz Zakłady Remontowe Energetyka Katowice S.A.** na rzecz zamawiającego **ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A.** kwotę **3 600 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja części WP i SP turbiny 13K200 turbozespołu nr 2*”.

W dniu 2 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum: ALSTOM Power Sp. z o.o., Oddział w Elblągu (lider konsorcjum) oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowice (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, pomimo podania przez Siemens Sp. z o.o. (dalej „**Siemens**”) nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania;

2. Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania tj. zaniechanie odrzucenia oferty Siemens pomimo, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji);

3. Art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, pomimo niewykazania przez Siemens spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) dokonanie ponownego badania i oceny ofert; (iii) wykluczenie Siemens z postępowania oraz odrzucenie złożonej przez niego oferty, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał co następuje:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp

Odwołujący wskazał, że Siemens zaoferował rozwiązanie o parametrze obniżenia jednostkowego zużycia ciepła (190kJ/kWh), którego osiągnięcie nie jest technicznie możliwe.

W ocenie Odwołującego, w ten sposób wykonawca nie tylko celowo podał nieprawdziwe informacje, które ostatecznie przesądziły o wyborze jego oferty, ale również zaoferował świadczenie obiektywnie niewykonalne. Należy podkreślić, że Siemens podał nieprawdziwe informacje, choć posiadał pełną wiedzę o technicznych uwarunkowaniach realizacji zamówienia i musiał mieć świadomość, że realizacja jego oferty przy założonych parametrach jest oczywiście niemożliwa.

Odwołujący wskazał, że w Załączniku nr 1 do Umowy Zamawiający wskazał, że „Wkład części WP zaprojektowany będzie ze stopniem regulacyjnym”. W ocenie Odwołującego jest to istotne, gdyż stopień regulacyjny ogranicza możliwość osiągnięcia sprawności części WP na poziomie przekraczającym 90% dla turbin o małych i średnich mocach, a więc również dla tych zainstalowanych w Elektrowni Ostrołęka.

Odwołujący wskazał również, że zgodnie z pismem Zamawiającego o sygn. IU/DK/227/2/8122/2014 część WP turbiny musi być zaprojektowana dla strumienia pary świeżej równego 665 t/h (a więc powiększony w stosunku do strumienia znamionowego równego 650 t/h). W praktyce oznacza to, że turbina w punkcie znamionowym, dla którego obowiązuje wymóg gwarancyjny obniżenia jednostkowego zużycia ciepła o min 120kJ/kWh, musi pracować z przydławionym czwartym zaworem regulacyjnym. To zaś w konsekwencji przesądza o zmniejszeniu sprawności modułu po modernizacji.

Dodatkowo, zgodnie z odpowiedzią na pytanie 30 zawartą w piśmie IU/DK/227/2/8102/2014 Zamawiający nie dopuszcza tolerancji pomiarowej podczas porównywania wartości zmierzonej z wartością gwarantowaną co znacznie utrudni osiągnięcie wysokich redukcji jednostkowego zużycia ciepła. Wykonawcy aby zaoferować parametry możliwe do osiągnięcia musieli brać pod uwagę także odpowiedź Zamawiającego na pytanie 31. Zgodnie z jej treścią nie ma możliwości uwzględnienia współczynnika starzenia w okresie pierwszych 2 miesięcy po oddaniu bloku po modernizacji, co oznacza, że Wykonawca ponosić będzie odpowiedzialność za pogorszenie sprawności części WP także w tym okresie. Wobec tego nawet zastosowanie wysoce gładkich powierzchni profilów łopatkowych, które mogłyby zapewnić uzyskanie podwyższonych sprawności w pierwszych dniach eksploatacji nie byłoby skuteczne z uwagi na fakt, że ubytek sprawności (starzenie) jest wówczas znacznie przyspieszony. Dlatego redukcja jednostkowego zużycia ciepła gwarantowana przez wykonawcę musi uwzględniać fakt, że utrata sprawności na skutek „starzenia” w przeciągu pierwszych 8 tygodni od pierwszego uruchomienia nie będzie działać na korzyść wykonawcy.

Ponadto, zgodnie z Załącznikiem 3 do Umowy „Wykonawca gwarantuje obniżenie jednostkowego zużycia ciepła (A_q) w wyniku modernizacji części WP turbiny przy: sprawności kadłubowej (parametry wlot-wylot z uwzględnieniem strat na zaworach) części WP przed modernizacją równej 80% (przy użyciu tablic cieplnych IFC67)”. Postanowienie to w sposób jednoznaczny definiuje podstawę obliczenia efektu modernizacji. Natomiast kolejne postanowienia Załącznika 3 do Umowy stanowią m.in., że „Obliczenia entalpii i entropii pary będą wykonane w oparciu o tablice cieplne IFC67.” Zastosowanie tablic parowych IAPWS-IF97 dałoby zwiększenie obliczeniowej wartości obniżenia jednostkowego zużycia ciepła z uwagi na fakt, że tablice cieplne z roku 1997 przewidują wyższe wartości entalpii pary w stosunku do tablic z roku 1967 w szczególności dla wyższych temperatur pary. W świetle przywołanych wyżej postanowień SIWZ uwarunkowania realizacji zamówienia (wyznaczone przez Zamawiającego) sprawiają, iż obniżenie jednostkowego zużycia ciepła nie może osiągać zbyt wysokich poziomów.

W ocenie Odwołującego podniesienie sprawności części WP z poziomu 80% do 90% pozwala osiągnąć obniżenie jednostkowego zużycia ciepła na poziomie 160 kJ/kWh, zaś uzyskanie większego efektu wymagałoby uzyskania sprawności znacznie wyższych, co w przypadku turbin parowych o mocy rzędu 200 MW jest całkowicie niemożliwe w świetle aktualnej wiedzy technicznej. Zwłaszcza, że - jak to opisano powyżej - ubytek sprawności części WP w przeciągu dwóch pierwszych miesięcy po oddaniu bloku po jego modernizacji nie może być skorygowany żadnymi krzywymi korekcyjnymi (zgodnie z zapisami normy IEC60953-2) i musi być brany przez Wykonawcę pod uwagę przy obliczeniach osiągalnych sprawności po modernizacji.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, obiektywnie niemożliwe jest osiągnięcie poprawy jednostkowego zużycia ciepła o wartość 190 kJ/kWh. Zagwarantowanie tak wysokiego obniżenia jednostkowego zużycia ciepła należy uznać za działanie nie mające szans technicznego powodzenia, a przez to narażające Zamawiającego na niespełnienie wymagań kontraktowych, którym przypisano wagę aż 95% w ramach kryteriów oceny ofert. ALSTOM Power Sp. z o.o. wykonał wiele różnorodnych modernizacji części WP turbin klasy 200 MW i jako firma ze światową renomą możemy potwierdzić, że przekroczenie wartości 90% dla sprawności części WP w wykonaniu ze stopniem regulacyjnym jest aktualnie nieosiągalne dla tego typu turbin.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę powyższe nie może budzić wątpliwości, że Siemens złożył ofertę zawierającą informacje nieprawdziwe. Natomiast wobec ukształtowania wag kryteriów oceny ofert w proporcji 5% dla kryterium ceny oraz 95% dla „kryterium

ekonomicznego" opartego na wartości redukcji zużycia ciepła, owe całkowicie nierealistyczne parametry oferty Siemens miały decydujące znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W tych okolicznościach wybór oferty Siemens bezsprzecznie narusza art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zaś wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

W ocenie Odwołującego działanie Siemens opisane w odwołaniu spowodowało, że Zamawiający miał również obowiązek zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. odrzucenia oferty, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 - dalej jako „Uznk”) czynem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący wskazał, że w tym kontekście istotny jest fakt, iż oferta Siemens z jednej strony opierała się na nierealistycznych parametrach, z drugiej zaś była ofertą mniej korzystną cenowo od oferty Odwołującego. Wobec okoliczności, że przedmiotowym postępowanie ukształtowano w ten sposób, iż decydującym było kryterium ekonomiczne (gwarantowane obniżenie jednostkowego zużycia ciepła), zaś cenie przypisano wagę o wartości zaledwie 5%, analiza działania Siemens prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie był w stanie efektywnie rywalizować cenowo z Konsorcjum Alstom w warunkach uczciwej konkurencji i w celu uzyskania zamówienia zdecydował się na zaoferowanie przedmiotu o parametrach zużycia ciepła, które są całkowicie nierealistyczne. Działanie to doprowadziło do niezgodnego z zasadami uczciwej konkurencji uzyskania przewagi w przetargu, co stanowi przejaw działania sprzecznego z dobrymi obyczajami i wypełnia zakres zastosowania art. 3 ust. 1 Uznk. Jak bowiem słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej manipulowanie ofertą poprzez całkowicie nieuzasadnione rynkowo lub technicznie działania wykorzystujące relację pomiędzy wagami kryteriów w celu uzyskania zamówienia jest działaniem nagannym i stanowiącym podstawę do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego oczywistym jest zatem, że w zaistniałych okolicznościach działanie Siemens narusza interes innego przedsiębiorcy i klienta. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż sprzeczne z dobrymi obyczajami działanie Siemens, stanowiąc czyn nieuczciwej konkurencji bezpośrednio godzi zarówno w interes Odwołującego, jak również w interes Zamawiającego, który ewidentnie został wprowadzony w błąd.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp

Odwołujący wskazał, że w treści pkt 3 rozdziału 7 SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, że o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, zrealizowali co najmniej trzy zamówienia polegające na zaprojektowaniu, wykonaniu, dostarczeniu i zamontowaniu wkładów części WP dla turbin o mocy min. 200MW. W postępowaniu oferty mogli złożyć zatem tylko wykonawcy, których referencje potwierdzały co najmniej trzy realizacje, z których każda polegała na świadczeniu obejmującym łącznie zaprojektowanie, wykonanie, dostarczenie i montaż wkładów części WP. Interpretując tak sformułowany warunek należy zatem stwierdzić, iż dla potwierdzenia jego spełnienia wykonawcy mogli powoływać się wyłącznie na modernizacje zrealizowane przy użyciu nowych wkładów części WP.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, taki rezultat językowej interpretacji warunku dodatkowo potwierdza analiza rozdziału 3 pkt 1 SIWZ tj. opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednoznacznie wskazał w nim bowiem, iż „przedmiotem zamówienia jest „Modernizacja części WP i SP turbiny 13K200 turbozespołu nr 2” polegająca na wymianie wkładów części WP turbozespołu nr 2” obejmująca w szczególności „dostawę i montaż wkładu części WP (nowe: ołopatkowany wirnik, ołopatkowany korpus wewnętrzny WP, ołopatkowana obejmka WP oraz uszczelnienia układu przepływowego)”, zaś z obecnie używanych części wykorzystane zostaną jedynie istniejący kadłub zewnętrzny WP, stojaki łożyskowe i rurociągi. Zatem biorąc pod uwagę zasadę powiązania warunków udziału w postępowaniu z opisem przedmiotu zamówienia należy stwierdzić, iż skoro Zamawiający oczekuje od wykonawców zaoferowania nowych wkładów części WP, to także udział w postępowaniu możliwy jest po wykazaniu się określonym doświadczeniem w zakresie modernizacji zrealizowanych właśnie z użyciem nowych wkładów części WP.

W ocenie Odwołującego referencje przedstawione przez Siemens nie potwierdzają spełnienia takiego warunku. Co więcej treść referencji wystawionych w związku z pracami przeprowadzonymi przez tegoż Wykonawcę w Ibbenburen wyraźnie sugeruje, że przeprowadzone prace opierały się wyłącznie na odnowieniu („renewed”) lub modyfikacji („modified”) starych, uprzednio użytkowanych urządzeń.

W tej sytuacji, w ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, iż Siemens nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający powinien był zastosować

procedurę przewidzianą w art. 26 ust 3 Pzp i wezwać Wykonawcę do złożenia brakujących dokumentów, czego jednak bezzasadnie nie uczynił.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2014/S218 - 386351 z dnia 12 listopada 2014 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania przetargowego z dnia na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) opinię Instytutu Maszyn Przepływowych z dnia 18 stycznia 2015 r. na okoliczność wykazanie, że nie jest technologicznie możliwe osiągnięcie jednostkowego zużycia ciepła na poziomie zadeklarowanym przez wykonawcę Siemens; (iv) opinię Instytutu Techniki Ciepłej z dnia 20 stycznia 2015 r. na wykazanie, iż jest technologicznie możliwe osiągnięcie jednostkowego zużycia ciepła na poziomie zadeklarowanym przez wykonawcę Siemens; (v) tłumaczenie fragmentu artykułu prasowego pn. „Modern reaction HP/IP Turbine Technology Advances & Experiences” oraz „Performance increase through world class technology and implementation” na okoliczność wykazania, że wykonawca Siemens nie ma możliwości osiągnięcia deklarowanego parametru jednostkowego zużycia ciepła; (vi) tłumaczenie pisma z dnia 12 stycznia 2015 r. spółki Ibbenburen Power Station na okoliczność wykazania, że Siemens spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym przedmiotem zamówienia jest modernizacja części WP i SP turbiny 13K200 turbozespołu nr 2 polegająca na wymianie wkładu WP turbozespołu nr 1 w Elektrowni Ostrołęka B wraz z przeprowadzeniem remontu części SP oraz urządzeń pomocniczych turbozespołów w systemie „pod klucz”.

W Rozdziale III pkt 1.A) SIWZ Zamawiający wskazał, dostawa i montaż wkładu WP z wykorzystaniem istniejącego kadłuba zewnętrznego WP, istniejących stojaków łożyskowych i rurociągów oraz wymianę stopni 10, 11 części SP turbiny w celu m.in. obniżenia jednostkowego zużycia ciepła – wartość podana przez wykonawcę lecz nie mniejsza niż 120 kJ/kWh.

W Rozdziale 7 w pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizowali co najmniej trzy zamówienia polegające na zaprojektowaniu, wykonaniu, dostarczeniu i zamontowaniu wkładów części WP dla turbin o mocy min. 200MW.

W Rozdziale 10 SIWZ Zamawiający wskazał kryteria oceny ofert. O wyborze oferty najkorzystniejszej miała zdecydować suma punktów przyznanych w poszczególnych kryteriach ocen, z uwzględnieniem zasady: cena – waga 5%; kryterium ekonomiczne – 95%. Jednym z kryteriów ekonomicznych był gwarancja obniżenia jednostkowego zużycia ciepła.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców tj. Siemens oraz Konsorcjum Alstom.

Przystępujący zadeklarował w treści oferty obniżenie jednostkowego zużycia ciepła na poziomie 190 kJ/kWh. Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 31.858.230,00 zł.

Odwołujący zadeklarował w treści oferty obniżenie jednostkowego zużycia ciepła na poziomie 160 kJ/kWh. Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 28.271.550,00 zł.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 5 stycznia 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Siemens Sp. z o.o. (dalej „Przystępujący”). Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Podczas posiedzenia z udziałem stron Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego przedstawione w złożonej odpowiedzi na odwołanie.

Odwołujący twierdził, iż oferta złożona przez Przystępującego zawierała nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji winna być odrzucona. W ocenie Izby tezy przedstawione w odwołaniu są bezpodstawne.

Przede wszystkim Izba podkreśla, że zaistnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia złożonej oferty należy udowodnić, a ciężar dowodu zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, spoczywał na Odwołującym. W ocenie Izby twierdzenia sformułowane w odwołaniu nie zostały udowodnione, a zarzuty odwołania zostały oparte na błędnych założeniach oraz na przypuszczeniach czy podejrzeniach Odwołującego.

Analizując stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że kwestionowany przez Odwołującego parametr jednostkowego zużycia ciepła przedstawiony w ofercie Przystępującego – Siemens nie jest informacją o określonych faktach, zatem nie podlega ocenie w kategoriach prawdy i fałszu.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko i argumentację przedstawioną w podobnej sprawie w wyroku KIO wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 711/12, w którym Izba – powołując się na tezy wynikające z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN10095/99) – stwierdziła, że oświadczenie mające charakter wyrażnie zobowiązaniowy nie może być traktowane jako informacja o istniejącej rzeczywistości (oświadczenie wiedzy). Izba wskazała, że Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie – zdaniem Sądu Najwyższego – wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. W przywołanym wyroku Izba podkreśliła, że *zobowiązanie to natomiast deklaracja wykonania opisanego świadczenia, zatem nie sposób go utożsamiać z podaniem informacji i przyrównywać do istniejącej rzeczywistości celem zweryfikowania zgodności z prawdą (z wyjątkiem sytuacji zobowiązania do świadczenia niemożliwego). Złożenie zatem oświadczenia co do gwarantowanego parametru zużycia energii elektrycznej na podstawie oszacowania z należytą starannością własnych możliwości, przewidywanej technologii, z uwzględnieniem znajomości przedmiotu, nie prowadzi do uznania złożonego oświadczenia za nieprawdziwe.*

Przenosząc powyższe tezy na grunt stanu faktycznego analizowanej sprawy, wskazać należy, że kwestionowany parametr jednostkowego zużycia ciepła przedstawiony w ofercie Przystępującego jest deklaracją wykonawcy co do cech nieistniejącego obecnie (i jeszcze niezaprojektowanego), a mającego dopiero powstać przedmiotu zamówienia. Osiągnięcie deklarowanego parametru jednostkowego zużycia ciepła stanowi zobowiązanie do

określonego zachowania w przyszłości, nie zaś informację o obiektywnie istniejącym stanie rzeczy mogącym podlegać ocenie pod kątem jego prawdziwości. Parametr ten jest więc elementem oświadczenia woli wykonawcy, który – znając własne możliwości techniczne i finansowe – zobowiązał się w taki sposób zaprojektować i wykonać przedmiot zamówienia, aby zadeklarowaną wartość osiągnąć. Szczegółowa technologia wykonania przedmiotu zamówienia nie została przez Zamawiającego narzucona, zatem na etapie projektowania i realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany będzie tak zaprojektować przedmiot zamówienia i dobrać odpowiednie rozwiązania techniczne, aby wywiązać się ze zobowiązania. Niewywiązanie się z tego zobowiązania skutkować będzie koniecznością zapłaty kar umownych lub innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa. Kwestia ta nie może natomiast podlegać ocenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do podnoszonej przez Odwołującego braku realnej możliwości osiągnięcia zaoferowanego przez Przystępującego poziomu jednostkowego zużycia ciepła, stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, aby zobowiązanie wykonawcy w zaskarżonym zakresie było zobowiązaniem do świadczenia niemożliwego. Dowód taki, w ocenie Izby, byłby możliwy do przeprowadzenia wyłącznie w sytuacji świadczenia ze swej istoty ewidentnie, obiektywnie niedającego się wykonać, jeśli niemożliwość ta byłaby wyraźna już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. O takiej sytuacji nie może być mowy w niniejszej sprawie, chociażby ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i określony przez Zamawiającego sposób jego wykonania. Przedmiotem zamówienia jest bowiem modernizacja części WP, a wykonawca zobowiązuje się do zaprojektowania nowej części WP, tak aby przy uwzględnieniu wymogów zawartych w SIWZ osiągnąć deklarowany poziom jednostkowego zużycia ciepła. Zamawiający pozostawił wykonawcom możliwość elastycznego doboru odpowiedniej technologii i szczegółowych rozwiązań. Odwołujący nie może więc mieć pewności, że przy odpowiednim nakładzie środków finansowych i zastosowaniu najlepszych (lub opracowaniu nowych) technologii, osiągnięcie deklarowanych parametrów jest nierealne. Potwierdził sam na rozprawie, że nie ma pewności jaką Przystępujący zastosuje technologię przy realizacji przedmiotu zamówienia, co potwierdza, w ocenie Izby, iż zawarte w treści odwołania wnioski są oparte na przypuszczeniach, nie zaś na mających potwierdzenie w rzeczywistości faktach.

Dowody powołane w treści odwołania oraz podczas rozprawy mogą być potraktowane jedynie jako uprawdopodobniające fakt, że osiągnięcie deklarowanego parametru jednostkowego zużycia ciepła może być trudne, nie zaś potwierdzające niemożliwość ich osiągnięcia przy zastosowaniu odpowiednich rozwiązań oraz nakładów pracy i środków finansowych. Natomiast wykluczenie wykonawcy z postępowania wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy.

Wskazać dalej należy, że na potwierdzenie zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący przedłożył Izbie tłumaczenie fragmentów artykułów prasowych „Modern reaction HP/IP Turbine Technology Advances & Experiences” oraz „Performance increase through world class technology and implementation” oraz opinię Instytutu Maszyn Przepływowych. Dowody te w ocenie Izby nie stanowią wiarygodnego potwierdzenie, iż Przystępujący deklarując obniżenie jednostkowego zużycia ciepła do poziomu 190 kJ/kWh podał nieprawdziwe informacje w treści złożonej oferty. Izba zauważa, że przedłożone artykuły prasowe pochodzą z 2005 r. Okoliczność, iż w 2005 r. Przystępujący dokonał modernizacji bloku parowego o parametrach zbliżanych do posiadanego przez Zamawiającego, w którym osiągnął poziom sprawności WP na poziomie 90.2% nie stanowi dowodu na potwierdzenie, iż zobowiązanie do osiągnięcia sprawności WP na poziomie 91,9% jest świadczeniem niemożliwym. Ze względu na rozwój technologiczny dane przedstawione w powyższych publikacjach należy uznać za informacje historyczne, za pomocą których nie można wykazać niemożliwości wywiązania się ze zobowiązania ofertowego.

Izba podkreśla, że o niemożliwości świadczenia nie świadczy okoliczność, iż w przeszłości Przystępujący wykonał inne zamówienia, gdzie nie osiągnął deklarowanego Zamawiającemu parametru jednostkowego zużycia ciepła. Przyjmując wnioskowanie Odwołującego za prawidłowe należałoby by uznać, że o możliwości bądź niemożliwość osiągnięcia określonych parametrów technicznych decyduje wyłącznie to co już zostało osiągnięte przez danego wykonawcę. Wówczas pozostawałoby pytanie w jaki sposób następowałby postęp technologiczny skoro zobowiązanie do osiągnięcia bardziej wydajnych wskaźników należałoby uznawać za świadczenie niemożliwe do zrealizowania.

Powoływany na potwierdzenie tez Odwołującego dokument w postaci 3 slajdów „Modernizacja części WP i SP turbiny 13K200 turbozespołu nr 2 Stanowisko Odwołującego” nie dowodzi, że osiągnięcie kwestionowanego parametru jest niemożliwe. Odnosząc się do przedłożonej analizy zauważyć należy, że na stronie 3 Odwołujący dla obliczenia możliwego do osiągnięcia poziomu jednostkowego zużycia ciepła założył, że osiągalna sprawność WP turbin Siemens klasy 252 MW to 90.2%. Okoliczność tą Odwołujący ustalił na podstawie informacji zawartej w artykule prasowym z 2005 r. „Modern reaction HP/IP Turbine Technology Advances & Experiences”. Jak Izba wskazała powyżej, ze względu na rozwój technologicznego dane przedstawione w powyższej publikacji należy uznać za informacje historyczne, za pomocą których nie można wykazać niemożliwości wywiązania się ze zobowiązania ofertowego. Trudno bowiem zakładać, że poziom sprawności WP nie uległ zmianie w okresie ostatnich 10 lat tj. od daty przedłożonej publikacji do dnia realizacji zamówienia. Sam Odwołujący wskazał podczas rozprawy, że poprawienie wskaźnika wydajności o 2% to kwestia wielu lat, z czego należy wywieść, że postęp w dziedzinie poprawy sprawności WP turbin dokonywał się na

przestrzeni ostatnich lat. Ponadto Odwołujący przedkładając własne wyliczenia możliwego do osiągnięcia poziomu sprawności WP turbiny nie ma wiedzy na temat technologii i rozwiązań, które zostaną zastosowane przez Przystępującego w przyszłości, przy realizacji zamówienia, zatem przedłożona analiza ma wyłącznie charakter przypuszczeń. Odwołujący nie ma również wiedzy o zakresie badań prowadzonych przez Odwołującego nad poprawieniem wydajności WP turbiny i nowych rozwiązaniach jakie może zastosować w ramach realizacji zamówienia. Podkreślić również wymaga, że Odwołujący powołuje się na jedną inwestycję zrealizowaną przez Przystępującego jak bazę do określenia możliwej do osiągnięcia sprawności WP. Z dokumentów przedłożonych Izbie, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wynika, że Przystępujący wykonał inne modernizacje, podczas których osiągnął deklarowaną sprawność WP.

Nieuprawnionym, zdaniem Izby, było kwestionowanie poprawności zadeklarowanego parametru poprzez jego porównywanie z dotychczas wykonanymi modernizacjami przez Przystępującego jak i samych możliwości Odwołującego. Ani z faktu braku możliwości osiągnięcia przez Odwołującego zadeklarowanego przez Przystępującego jednostkowego zużycia ciepła ani z faktu osiągnięcia sprawności WP dla turbiny parowej o mocy 252 MW na poziomie niższym niż wymagany dla osiągnięcia zaoferowania jednostkowego zużycia ciepła nie można wnioskować o niemożliwości osiągnięcia lepszych parametrów przy realizacji kolejnej inwestycji. Po pierwsze, występowanie nawet niewielkich różnic dotyczących przedmiotu zamówienia może istotnie wpłynąć na techniczną stronę oferty. Po drugie, jak Izba wskazała powyżej, niezasadnym byłoby przyjęcie, iż w okresie 10 lat nie nastąpił żaden postęp technologiczny i należy opierać się wyłącznie na danych historycznych.

Złożona na rozprawie opinia techniczna Instytutu Maszyn Przepływowych, sporządzona na zlecenie Odwołującego, nie stanowi dowodu potwierdzającego niemożliwość osiągnięcia poprawy jednostkowego zużycia ciepła do wartości 190 kJ/kWh. Izba zauważa, że w treści opinii autor kwestionuje uwarunkowania pomiaru jednostkowego zużycia ciepła, wskazując, iż uwarunkowania te są czynnikami, które powodują, iż Przystępujący może bardziej ryzykować deklarując tak wysoki poziom obniżenia jednostkowego zużycia ciepła. Wskazać jednak należy, że uwarunkowania w jakich nastąpi weryfikacja deklarowanego obniżenia jednostkowego zużycia ciepła to element SIWZ i ich niejednoznaczność lub brak uwzględnienia wszystkich koniecznych uwarunkowań winien być zaskarżony przez Odwołującego na etapie analizy SIWZ, nie zaś na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazać dalej należy, iż w przedłożonej opinii zawarte są stwierdzenia, iż osiągnięcie deklarowanej przez Przystępującego wartości jednostkowego zużycia ciepła wydaje się nieprawdopodobne i niewiarygodne oraz nie mające szans powodzenia. Opinia ta nie zawiera jednak jednoznacznego stwierdzenia, iż zadeklarowany parametr jest niemożliwy do

uzyskania. Izba zaznacza również, iż autor opinii oparł się wyłącznie na historycznych informacjach o dotychczas osiąganym przez Przystępującego poziomie wydajności. Nie ma on wiedzy o pracach nad rozwojem technologicznym jakie prowadzi Przystępujący, a w związku z tym ocenia wyłącznie możliwy do osiągnięcia poziom poprawy jednostkowego zużycia ciepła przez pryzmat danych historycznych, co w ocenie Izby nie może stanowić dowodu na potwierdzenie, iż deklarowany poziom jednostkowego zużycia ciepła jest świadczeniem niemożliwym. Podnieść również należy, że Przystępujący przedłożył Izbie opinię Instytutu Techniki Ciepłej, która dopuszcza możliwość osiągnięcia sprawności WP turbiny na poziomie umożliwiającym poprawę jednostkowego zużycia ciepła do poziomu 190 kJ/kWh. W ocenie Izby, opinia ta stanowi wiarygodny dowód potwierdzający, iż nie mamy do czynienia ze świadczeniem niemożliwym do realizacji, a tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, iż Przystępujący złożył nieprawdziwą informację w treści oferty. Przystępujący zobowiązał się do osiągnięcia zadeklarowanych wartości przy zachowaniu określonych przez Zamawiającego parametrów. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że wykonawca nie wywiąże się ze swojego zobowiązania z zachowaniem wymogów SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, że Przystępujący w ofercie wskazał nierealistyczne parametry oraz, że oferta Przystępującego była mniej korzystną cenowo od oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał również, że Przystępujący manipulował ofertą poprzez całkowicie nieuzasadnione rynkowo i technicznie działanie wykorzystujące relację pomiędzy wagami kryteriów w celu uzyskania zamówienia. W ocenie Izby powyższe twierdzenia Odwołującego oparte zostały na własnych domysłach i bezpodstawnym wnioskowaniu, że Przystępujący nie był w stanie efektywnie konkurować cenowo z Odwołującym i dlatego zdecydował się na zaoferowanie niemożliwego do osiągnięcia parametru jednostkowego obniżenia ciepła.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła ustawa Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach

tej ustawy (art. 5 do 17e ustawy). Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

Odwołujący oparł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp na naruszeniu przez Przystępującego dobrych obyczajów poprzez zaoferowanie przedmiotu zamówienia o parametrach zużycia ciepła, które są nierealistyczne. W analizowanym stanie faktycznym Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia dobrych obyczajów. Wskazać należy, iż spór dotyczy parametru technicznego, który ma być osiągnięty przez Przystępującego w wyniku realizacji zamówienia. Nie mamy więc do czynienia z prostą wyceną przedmiotu powszechnie dostępnego na rynku lecz ze skomplikowanym procesem technologicznym, którego powodzenie lub nie uzależnione jest od licznych czynników zewnętrznych, w tym m.in. o rodzaj technologii stosowanej przez poszczególnych wykonawców. Zamawiający nie wymagał w SIWZ opisanie w ofercie stosowanej technologii, w tym szczegółowego opisu poszczególnych etapów wykonania zamówienia wraz z uprawdopodobnieniem osiągnięcia deklarowanych wskaźników. Stąd też Izba uznała, że wnioski Odwołującego mogą być wyłącznie traktowane jako przypuszczenia i domysły, nie zaś jako obiektywnie istniejące fakty podlegające ocenie Izby w kategoriach prawdy i fałszu. Dalej wskazać należy, że zaoferowanie lepszych parametrów niż osiągnięte przez Odwołującego nie może być uznane za naruszenie dobrych obyczajów. Różnice w zaoferowanych gwarancjach obniżenia jednostkowego zużycia ciepła mogą wynikać z odmienności sposobu wykonania zamówienia i jako takie należy uznać je za przejaw konkurencji, dążenia do osiągnięcia jak najlepszych wskaźników i rozwoju technologicznego, którego wyrazem są właśnie lepsze wskaźniki niż te osiągnięte przez wykonawców w przeszłości. Izba nie znajduje podstaw do uznania, iż zaoferowanie technologicznie możliwego do osiągnięcia wskaźnika obniżenia jednostkowego zużycia ciepła na poziomie wygórowanym i technologicznie trudnym do osiągnięcia winno być uznane za naruszenie dobrych obyczajów. Dobre obyczaje nie nakazują przedsiębiorcom deklarowania parametrów historycznie możliwych do osiągnięcia, lecz dopuszczają konkurencję pomiędzy przedsiębiorcami właśnie w celu poprawy historycznie oferowanych wskaźników.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego jakoby zawyżenie parametru jednostkowego zużycia ciepła o 30 kJ było celowym działaniem Przystępującego i elementem manipulacji kryteriami oceny ofert. Odwołujący wskazał, że Przystępujący uwzględnił w kalkulacji kosztów wykonania zamówienia ewentualną zapłatę kar umownych z tytułu nieosiągnięcia deklarowanego poziomu jednostkowego zużycia ciepła tj. kwotę 3 mln złotych będącą równowartością nieosiągnięcia 30 kJ/kWh. Gdyby zaś Przystępujący zadeklarował

realną wartość tj. 160 kJ/Wh, to oferta Odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą. Trudno jednak zgodzić się z powyższym wnioskowaniem. Odwołujący dokonał powyższej analizy już po otwarciu ofert i po ujawnieniu informacji o cenie zaoferowanej za wykonanie zamówienia przez Przystępującego oraz Odwołującego. Na etapie składania ofert Przystępujący nie znał ceny jaką zaproponuje Odwołujący, jaki zadeklaruje poziom jednostkowego zużycia ciepła i o ile ewentualnie musiałby zawyżyć oferowane przez siebie poziom, aby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wskazać również należy, że nawet uwzględniając kwotę 3 mln złotych w cenie za realizację zamówienia zaoferowaną przez Przystępującego, to nadal jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą cenowo. W konsekwencji, brak jest podstaw do przyjęcia, iż zadeklarowany poziom jednostkowego zużycia ciepła był wynikiem manipulacji kryteriami oceny ofert nakierowanej na uzyskanie zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

Treści podniesionego zarzut ograniczyła się w ocenie Izby do zakwestionowania referencji wystawionej związku z pracami przeprowadzanymi przez Przystępującego w Ibbenburen. Odwołujący wskazał bowiem, iż treść referencji wyraźnie sugeruje, iż przeprowadzone prace opierały się wyłącznie na odnowieniu („renewed”) lub modyfikacji („modified”) starych uprzednio użytkowanych urządzeń. Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie Zamawiający wymagał, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem (pkt 3, rozdział 7 SIWZ) związaną z modernizacją części WP dla turbin zrealizowaną przy użyciu nowych wkładów części WP.

Izba podziela w zakresie powyższego zarzut stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż warunki udziału w postępowaniu nie są odzwierciedleniem przedmiotu zamówienia. Art. 22 ust. 4 stanowi jedynie, iż warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nie zaś tożsame z przedmiotem zamówienia, co sugeruje Odwołujący w treści odwołania. Literalna wykładania spornego warunku udziału w postępowaniu wskazuje, iż wykonawcą ubiegający się o udzielenie zamówienia winien legitymować się doświadczeniem zdobytym przy realizacji zamówień, które polegały na zaprojektowaniu, wykonaniu, dostarczeniu i zamontowaniu wkładów części WP.

Dalej wskazać należy, że referencje, wbrew twierdzeniem Odwołującego, nie służą opisowi zrealizowanych przez wykonawcę zamówień. Mają one jedynie na celu potwierdzenie, iż zamówienia zostały wykonane należycie.

W analizowanym stanie faktycznym w wykazie „Doświadczenie zawodowe” Przystępujący oświadczył, że wszystkie trzy opisane tam zamówienia polegały na zaprojektowaniu,

wykonaniu, dostarczeniu i zamontowaniu wkładów części WP, co pokrywa się w wymaganiach zawartymi w SIWZ. Przystępujący złożył również referencje. W treści zakwestionowanej referencji posłużono się zwrotami „odnowienie” (ang. renewed) oraz „modyfikacja” (ang. modified), co w ocenie Odwołującego nie potwierdza, iż prace wykonane przez Przystępującego w Ibbenburen obejmowały modyfikację przy użyciu nowych wkładów. Słusznie wskazał jednak Zamawiający, że użycie określenia „odnowienie” czy „modyfikacja” nie wyklucza, iż zamówienie obejmowało swoim zakresem również dostarczenie nowych wkładów części WP. Należy w tym zakresie stosować wykładnię językową. Zaś Słownik Języka Polskiego definiuje słowo „odnowienie” jako przewrócenie czemuś wygląd rzeczy nowej, ulepszenie czegoś przez wprowadzenie nowych elementów. Podobnie słowo „modernizacją” oznacza w unowocześnienie i usprawnienie czegoś i nie wyklucza dostawy nowych elementów. Dlatego też w ocenie Izby interpretacja treści kwestionowanej referencji przez Odwołującego jest nieuprawniona.

Wskazać dalej należy, że Przystępujący przedłożył Izbie pismo z dnia 12 stycznia 2015 r. dotyczące spornego zamówienia, z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że w ramach realizacji zamówienia w Ibbenburen Przystępujący dokonał modernizacji przy użyciu nowych elementów. Dokument ten potwierdził, iż Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołania podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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: