

Sygn. akt: KIO 2559/15

WYROK
z dnia 8 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Marek Szafraniec
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2015 r. przez wykonawcę **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97-400 Bełchatów**

przy udziale wykonawcy **ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu, ul. Stoczniowa 2, 82-300 Elbląg**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 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 Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 2559/15

Uzasadnienie

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Modernizację turbin 13CK230 na blokach 1-3 w PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Turów”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 25 lutego 2015 r. pod nr 2015/S 039-067593.

W postępowaniu tym wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 listopada 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Informację o tej czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 12 listopada 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 24 listopada 2015 r. Do Prezesa

Izba w dniu 26 listopada 2015 r. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone po stronie Zamawiającego przez wykonawcę ALSTOM Power Sp. z o.o. Oddział w Elblągu (dalej: „Przystępujący”).

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 4 grudnia 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:
zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, mimo treść jego – że oferty jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp;

niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty najkorzystniejszej. –

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 4 oraz innych wynikających z uzasadnienia odwołania, a także wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości; –
- unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej – w niniejszym postępowaniu;
- odrzucenie oferty Przystępującego; –
- dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem skutków czynności – wnioskowanych powyżej;
- w konsekwencji powyższego, uznania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. –

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że biorąc pod uwagę charakter zamówienia objętego Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w tym postępowaniu, uwarunkowania rynkowe oraz ceny ofertowane przez Przystępującego na rynku polskim w innych postępowaniach przedmiotowo tożsamych z postępowaniem, oferta złożona przez Przystępującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu właściwych przepisów. Wybierając ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą Zamawiający dokonał wyboru naruszając przepisy ustawy Pzp. Wskazał, że kwota, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia wynosiła: 185.300.000,00 zł netto, a w postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- a) oferta Przystępującego na kwotę 123.100.000,00 zł netto,
- b) oferta Odwołującego na kwotę 175.419.000,00 zł netto,
- c) oferta OJSC Power Machines na kwotę 50.050.000,00 Eur netto, czyli przy kursie wymiany 4,1668 zł za *1 Eur = 208 548 340 zł netto.

Podkreślił, że cena podana w ofercie Przystępującego stanowi 66,4% kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, zaś cena podana w ofercie Odwołującego stanowi 94,7% kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia i cena podana w ofercie OJSC Power Machines przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia, stanowiąc jej 112,5%. Tym samym cena zaoferowana przez Przystępującego w istotnym stopniu odbiega in minus od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, ponieważ jest o ponad 33% niższa niż zaplanowany przez Zamawiającego budżet na realizację zamówienia, zaś w przypadku pozostałych dwóch ofert, rozbieżność pomiędzy ich wartością, a budżetem jest nieznaczna i wynosi od 6% do 13%.

Odwołujący wskazał na uwarunkowania cenotwórcze i podkreślił, że nie zna treści odpowiedzi Przystępującego na zapytanie Zamawiającego, jednakże podniósł następujące okoliczności:

a) zastosowanie szczególnych rozwiązań technicznych

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia stwierdził, że Przystępujący nie zdecydował się na zastosowanie innych rozwiązań technicznych niż te, które zostały zastosowane przez Przystępującego w innych projektach, a mianowicie w postępowaniach prowadzonych przez

zamawiających:

ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. pn. „Modernizacja części WP i SP turbiny – 13K200 turbozespołu nr 2 (ZP07/14)”,
Elektrownia Połaniec S.A. - Grupa GDF Suez Energia Polska S.A. pn. „Modernizacja – turbiny 13K215 bloku nr 8 w Elektrowni Połaniec”,
ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. pn. „Racjonalizacja gospodarki zasobami – w Elektrowni Ostrołęka B (ZP03/2014)”
ELEKTROWNIA „KOZIENICE” S.A. pn. „Modernizacja i remont turbozespołu bloku – nr 4 (1/KR/10/ZP)”,

przy czym cena zaproponowana przez Przystępującego na potrzebę realizacji powyższych zamówień była znacznie wyższa.

b) wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji

W ocenie Odwołującego, nie istnieją jakiegokolwiek wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji Zamówienia przez Przystępującego, które mogłyby wpłynąć na zaofiarowanie ceny w takim stopniu rażąco zaniżonej, jak ma to miejsce w przypadku oferty Przystępującego złożonej w postępowaniu. Wskazał, że wykonywanie zamówienia obejmuje wprawdzie 3 turbiny, co mogłoby sugerować możliwość obniżenia ceny z uwagi na większy rozmiar zadania i powtarzalność, jednak realizacja zamówienia nie odbywa się w sposób charakterystyczny dla produkcji seryjnej.

c) oryginalność zamówienia

Stwierdził, że biorąc pod uwagę treść SIWZ oraz ofertę Przystępującego, nie zaproponowano jakichkolwiek oryginalnych rozwiązań mogących mieć wpływ na tak istotne obniżenie kosztów, które skutkowałyby ofertą o wartości o ponad 33% niższą niż budżet przeznaczony przez Zamawiającego na realizację zamówienia.

d) koszty pracy

Z wysoce specjalistycznego charakteru prac i dostaw będących przedmiotem zamówienia zdaniem Odwołującego wynika, że nie jest możliwe zrealizowanie go za pomocą nisko wykwalifikowanej lub taniej z innych względów siły roboczej. Koszty pracy w miejscach, w których jest ona świadczona w celu realizacji zamówienia, czy w przypadku Odwołującego

czy Przystępującego, nie różnią się w stopniu takim, aby możliwe było uzyskanie przez efektu w postaci tak rażąco niskiej ceny, jaką zaofiarował Przystępujący.

e) pomoc publiczna

Podkreślił, że nie są mu znane okoliczności związane z uzyskiwaniem przez Przystępującego pomocy publicznej.

f) wpływ metody wykonania zamówienia

Według Odwołującego Przystępujący nie mógłby uzyskać wystarczającej różnicy w cenie, stosując przy wykonaniu zamówienia szeroką współpracę z lokalnymi podwykonawcami, jego zdaniem specyfika zamówienia oraz warunki rynkowe nie dają w Polsce tego rodzaju możliwości. Argument posiadania dokumentacji technicznej jako przedmiot, który pierwotnie dostarczył rozwiązania do Zamawiającego zdaniem Odwołującego również nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ przedmiotowe zamówienie polega na wymianie całych kompletnych modułów, a nie jedynie na ich renowacji lub podniesieniu ich sprawności.

Odwołujący podkreślił również w treści odwołania, że obecnie kompletuje i opracowuje na potrzeby poparcia twierdzeń zawartych odwołaniu dane i informacje związane m.in. z cenami zaofiarowanymi przez wykonawców na realizację zamówień tożsamy z zamówieniem dla innych zamawiających i przedstawi je, razem z innymi dowodami, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, co nie stanowi uszczerbku dla zasady wyrażonej w art. 190 ust. 1a ustawy Pzp.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie i złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił jako dowód w sprawie „Analizę cen modernizacji turbin 13CK230na blokach 1-3 u Zamawiającego” przygotowanej przez prof. dr hab. inż. P. K. . Wskazał, że z przedmiotowej analizy wynika, że biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz przedmiotowo tożsame postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone dla Elektrowni Koziénice S.A., Elektrowni Ostrołęka S.A. i Elektrowni Połaniec S.A., a także wartość ofert złożonych przez Przystępującego w tych postępowaniach, oferta złożona przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu na kwotę 123 100 000 zł netto zawiera rażąco niską cenę, co może mieć wpływ na realizację zadań modernizacyjnych blików nr 1, 2, 3

w Elektrowni Turów przez dobór gorszych materiałów, ograniczenie żywotności turbin oraz problemy eksploatacyjne. Odwołujący zwrócił również uwagę, że z początkiem listopada 2015 r. część przedsiębiorstwa grupy Alstom, do której należy Przystępujący, została przejęta przez amerykańską grupę General Electric (GE). Podkreślił, że podmiot, który złożył ofertę był więc w procesie obejmującym przejście nad nim kontroli przez inną spółkę. Jego zdaniem po przejściu kontroli nad Alstom przez GE sytuacja Przystępującego może się

radikalnie zmienić, a decyzje ekonomiczne Alstom, takie jak złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu podjęte przed zamknięciem transakcji kupna przez GE będą weryfikowane przez nowego właściciela, co jest tym bardziej prawdopodobne odnośnie decyzji o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny w tym postępowaniu. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w toku rozprawy złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł, a ponadto o uznanie, że Odwołujący w odwołaniu zawarł dwa zarzuty, a mianowicie zarzut w zakresie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego oraz zarzut niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wnioskował też o przeprowadzenie dowodu z dokumentów, w tym w szczególności z wyjaśnień Przystępującego złożonych pismem z dnia 1 października 2015 r.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podkreślił, że określenie przez Odwołującego zarzutów odwołania w formie katalogu otwartego („w szczególności”) jest nieuzasadnione w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Co do zarzutu naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji Zamawiający, powołując się na wyrok KIO w sprawie KIO/UZP 2824/10, podkreślił, że Odwołujący nie wskazał, jakie zachowania, bądź zaniechania Zamawiającego stanowią naruszenie wskazanej zasady. Podkreślił też, że Odwołujący w odwołaniu nie wskazał na czym miałyby polegać złożenie przez Przystępującego oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji i na czym miałyby polegać złożenie przez Przystępującego oferty, która jest sprzeczna z przepisami ustawy, stąd też Zamawiający musi po prostu zaprzeczyć jakoby takie okoliczności zaistniały. Co do zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał na rozumienie tego pojęcia według stanowiska doktryny i orzecznictwa, wskazując jednocześnie, że Zamawiający nie zaniechał przeprowadzenia procedury wyjaśnień wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny zgodnie z wymogami ustawy Pzp. Wskazał, że oferta Przystępującego wymagała wyjaśnienia, gdyż Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 227 919 00 zł brutto natomiast oferowana przez Przystępującego cena to: 151 413 000 zł brutto i jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia, co uzasadniało skorzystanie przez niego z procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający poprosił Przystępującego o wyjaśnienia okoliczności, na które wskazuje przywołany przepis, a ponadto poprosił go o przedstawienie innych czynników uzasadniających zastosowaną kalkulację ceny za wykonanie przedmiotowego zamówienia oraz wyjaśnienia, w jaki sposób i w jakim stopniu ich istnienie przekłada się na obniżenie kosztów wykonania zamówienia. Przystępujący

natomiast złożył szczegółowe wyjaśnienia z dnia 1 października 2015 r. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa tego wykonawcy, przedstawiając wyliczenia i dowody potwierdzające, że cena jego ofert nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w pełni pokrywa koszty zamówienia i zapewnia należyte wykonanie zamówienia. Ponadto zdaniem Zamawiającego Przystępujący wskazał, że poziom osiągniętych oszczędności jest wynikiem rzetelnej analizy wymaganego poziomu kosztów odnośnie zakresu dostaw i usług oraz efektu realizacji zadania w oparciu o zasoby alokowane wyłącznie na rynku polskim, co znacząco wpływa na wysokość ceny, czyniąc ją bardziej konkurencyjną. Wykonawca ten według Zamawiającego wskazał też, że cena zaproponowana w ofercie jest ukształtowana przez obiektywne czynniki, w tym optymalizację organizacji projektu, a na jej wysokość nie pozostaje bez wpływu również doświadczenie tego wykonawcy we współpracy z Zamawiającym przy wcześniejszych inwestycjach, a zaproponowana cena umożliwia wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ oraz gwarantuje dotrzymanie gwarantowanych paramentów technicznych i terminów realizacji zamówienia. Zamawiający podkreślił, że oceniając wyjaśnienia wziął pod uwagę w szczególności przyjęty

przez Przystępującego sposób kalkulacji ceny wyłącznie w oparciu o wykorzystanie krajowych zasobów tego wykonawcy, oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy oraz jego doświadczenie w realizacji tego typu projektów, w tym zasoby jakimi dysponuje. Zamawiający podkreślił też, że wziął pod uwagę przy tej ocenie także inne obiektywne czynniki, takie jak: polska kadra inżynieryjno-techniczna na odpowiednio wysokim poziomie i potencjał wykonawczy zdolny wykonywać tak złożone zamówienie, jakim jest z pewnością modernizacja turbin w niniejszym postępowaniu. Jego zdaniem ilość, rodzaj i skala realizowanych przez tego wykonawcę przedsięwzięć ma nie tylko wpływ na możliwość obniżenia ceny oferty, ale również gwarantuje jego doświadczenie w kalkulacji cen, zaś kontakty handlowe, znajomość rynku, dostępność sprzętu, personelu, podwykonawców, doświadczenie wyniesione z poprzednich kontraktów mają wymierną wartość ekonomiczną, co pozwalało Zamawiającemu uznać, że cena kwestionowanej oferty ma charakter rynkowy i została skalkulowana w sposób rzetelny, zapewniający Przystępującemu zysk z realizacji zamówienia. Zamawiający podkreślił, że przy ocenie oferty Przystępującego wziął pod uwagę, że istnieje możliwość znaczącego przeszacowania przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia. Wskazał, że wartość ta jest pewną projekcją Zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, która nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składanych w warunkach konkurencji. Oczywista i nie budząca wątpliwości jest zasada dokonywania szacunku Zamawiającego z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia sposób uśredniony i nie nadmiernie

optymistyczny, skoro odnosi się ona do niedających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego. Oczywistym jest – jak wskazał – że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców. Zatem składanie ofert z ceną najniższą od wartości oszacowanie przez zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny (Zamawiający powołał się na wyrok KIO w sprawie KIO 2181/13). Zamawiający ponadto podkreślił, że cena oferty każdorazowo zależy od zakresu przedmiotu zamówienia, a więc od konkretnego, określonego przez zamawiającego w danym postępowaniu zakresu modernizacji, ale również w zależności od innych warunków cenotwórczych, takich jak: żądanie przeniesienia autorskich praw majątkowych, wysokość kar umownych, okres gwarancji. Nie ma więc w jego ocenie mocy dowodowej enigmatyczne powoływanie się przez Odwołującego na ceny przedstawiane przez Przystępującego w innych postępowaniach, tym bardziej, że poza oświadczeniem Odwołującego, że właśnie tak było, nie ma żadnych innych odwołów w tym zakresie. W ocenie Zamawiającego Przystępujący wykazał, że wykonanie zamówienia nie nastąpi poniżej kosztów wytworzenia, wykazując, jakie koszty ponosi oraz uzasadniając, że cena jest realna z punktu widzenia racjonalnej gospodarki przedsiębiorcy, jakim jest Przystępujący, a cena zaproponowana przez niego pozwala na wygenerowanie zysku. W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia poparł w całości stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 2 grudnia 2015 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe, w który zawarł szczegółowe uzasadnienie zgłoszenia przystąpienia. Wskazał tam m.in., że zarzuty i uzasadnienie odwołania są gołostowne i lakoniczne, oparte w całości na hipotezach. Odwołujący nie podaje przekonujących wyliczeń czy analiz, które uprawdopodobniałyby choćby postawione zarzuty. Odnosząc się jednak do stawianych ofercie Przystępującego zarzutów Przystępujący podkreślił, że wykazywanie różnicy cenowej jego oferty w stosunku do szacunku Zamawiającego jest nieuzasadnione, skoro w tym zakresie Zamawiający wystąpił do Przystępującego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień i uzyskał takowe z ukazaniem wyliczeń ceny ofertowej i omówieniem czynników technicznych, rynkowych, logistycznych i biznesowych, które mają istotny wpływ na politykę cenową Przystępującego. Wskazał, że Zamawiający dopuszcza elastyczne podejście do modernizacji turbin w zakresie części (modułów) turbin wysokoprężnych (WP) i średnioprężnych (SP), tj. możliwość zaoferowania nowych

kompletnych części turbin lub – co było rozwiązaniem preferowanym przez Zamawiającego – wykorzystanie istniejących kadłubów zewnętrznych i układów zasilania. Oferta wykonawcy Open Join Stock Company Power Machines dotyczy dostaw nowych kompletnych modułów WP i SP turbiny, co sprawia, że jest droższa od oferty Przystępującego, który nie dostarcza całych modułów tylko jego części. Podkreślił też, że analiza projektów modernizacyjnych realizowanych w Polsce w oparciu o przepisy ustawy Pzp pokazuje, że zdarzyło się, iż Przystępujący oferował ceny niższe w porównaniu do cen ofert Odwołującego i pozostałych wykonawców (różnica dochodziła do 25% ceny netto), przedstawił w tym zakresie zestawienie takich cen, podkreślając, że różnice w cenach ofert składanych w innych postępowaniach podobnych do niniejszego zamówienia przez Odwołującego i Przystępującego nie są sytuacją odosobnioną. Przystępujący podniósł również, że jest oryginalnym dostawcą urządzeń do Elektrowni Turów w zakresie turbin i generatora, a w związku z czym jako jedyny spośród składających oferty ma pełen dostęp do dokumentacji projektowej, wykonawczej i serwisowej urządzeń będących przedmiotem postępowania i ma w tym zakresie największą wiedzę. Podkreślił, że wykonywał na zlecenie Zamawiającego wszystkie remonty średnie i kapitalne tychże urządzeń i ma pełną wiedzę co do ich stanu technicznego, co umożliwia mu właściwą ocenę zakresu prac na komponentach nie będących przedmiotem wymiany tylko remontu. Podkreślił, że rozwiązania zastosowane w Elektrowni Turów są unikalnym rozwiązaniem Przystępującego, co w przypadku innych potencjalnych wykonawców modernizacji, kreuje problemy techniczne i skutkuje zwiększeniem zakresu ryzyk rodzących dodatkowe koszty, przede wszystkim ze względu na obiektywne trudności we właściwym oszacowaniu zakresu prac. Z jego punktu widzenia ocena zakresu modernizacji i jej wycena nie tworzy kosztów związanych z opracowaniem rozwiązań specjalnych w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców, którzy skazani są na opracowanie specjalnie przeznaczonych rozwiązań technicznych co skutkuje podniesieniem kosztów i ceny oferty. Dla Przystępującego przedmiotowe zamówienie to modernizacja wykorzystująca standardowe rozwiązania konstrukcyjne, w zakresie których posiada on liczne referencje. Przystępujący zwrócił też uwagę, że przywołane przez Odwołującego projekty wskazujące rzekomo na zniżenie ceny ofertowej Przystępującego nie są tożsame z zakresem modernizacji w niniejszym postępowaniu. Wskazał, że rozwiązania konstrukcyjne i techniczne turbosespołów zainstalowanych w Elektrowni Turów na blokach 1-3 bazują na technologii ABB/Alstom – turbiny reakcyjne. Turbiny te po modernizacji bloków zostały zainstalowane w elektrowni w drugiej połowie lat 90-tych i nie ma na rynku dostępnej dokumentacji wykonawczej i remontowej do tych turbin. Z kolei w Elektrowni Ostrołęka, Kozienice, czy Połaniec zainstalowano turbiny dostarczone przez ówczesne Zakłady Mechaniczne Zamech

(dzisiejszy Alstom) w oparciu o technologię LMZ i własne rozwiązania konstrukcyjne – turbiny akcyjne, a dokumentacja remontowa, częściowo wykonawcza w tym zakresie dostępna jest na rynku poprzez firmy serwisowe, którym udostępniono dokumentację w przeszłości (lata 70-te, 80-te). Powyższe okoliczności zdaniem Przystępującego determinują inne zaangażowanie, w szczególności służb technicznych w przygotowaniu koncepcji modernizacji oraz związany z tym inny poziom kosztów realizacji projektu szczególnie dla wykonawców dotychczas zaangażowanych w procesy modernizacji lub remontu w Elektrowni Turów. Odnosząc się do projektów przywołanych przez Odwołującego Przystępujący wskazał na różnicę w zakresie realizacji tych zamówień i odmienną rolę rozwiązań konstrukcyjnych tych projektów w stosunku do niniejszego postępowania. Ponadto podkreślił, że żaden z przywołanych przez Odwołującego projektów nie ma charakteru wieloetapowego, wieloblokowego, co z kolei jest cechą charakterystyczną wyceny projektu Turów 1-3. Nie zgodził się z argumentacją Odwołującego co do braku wyjątkowo sprzyjających warunków realizacji niniejszego zamówienia. Podkreślił, że czynnikiem takim może być okoliczność, że produkcja na potrzeby tego zamówienia ma charakter powtarzalny, przeznaczony dla projektu etapowego i wielozadaniowego, gdzie modernizacji podlegają bloki o powtarzalnych (tych samych) rozwiązaniach. Podkreślił, że w przypadku uzyskania tego zamówienia zamierza wykorzystać efekt skali przy zamówieniach materiałów, wykorzystywać modele odlewnicze, oprzyrządowanie specjalne, dokumentację projektową, wykonawczą i techniczno-ruchową oraz technologie produkcji opracowane raz, a wykorzystywane wielokrotnie, a projekt Turów 1-3 nie należy do projektów prototypowych, zaś rozwiązania techniczne, dokumentacja, oprzyrządowanie zostaną wykorzystane przez Przystępującego w przypadku realizacji zamówienia z projektów

referencyjnych dla dotychczasowych modernizacji Elektrowni Turów. Według niego istnieją obiektywnie sprzyjające warunki realizacji niniejszego zamówienia dla Przystępującego, co ma wpływ na wycenę ofertową. Wskazał tutaj na analizę realizacji podobnych projektów (Ostrołęka 2, Ostrołęka 1,3) i osiągnięty efekt synergii w tych projektach na poziomie ok. 5%, co przy Elektrowni Turów – jak podkreślił - daje oszczędności około 8 mln złotych, zaś brak wykorzystania tego efektu daje wyższą cenę ofertową. Co do argumentów Odwołującego odnośnie oryginalności projektu wykonawcy Przystępujący nie zgodził się z lakonicznym i niczym nie uzasadnionym twierdzeniem Odwołującego. Tymczasem Przystępujący wskazał na rozwiązanie dotyczące realizacji niniejszego projektu, minimalizując zakres dostaw i prac i optymalizując cenę modernizacji, a takie podejście nie jest jego zdaniem możliwe do zastosowania w sytuacji wykonawców nie będących oryginalnym

/ co na podejścia dostawcą projektantem, wskazuje wyjątkowość (oryginalność) do rozwiązań technicznych w istniejącym otoczeniu konkurencyjnym. Co do kwestii kosztów

pracy Przystępujący podkreślił, że z oferty Odwołującego (str. 17, 92 i 93) wynika, że oferuje on realizację przedmiotu zamówienia na bazie poddostawcy z Siemens Aktiengesellschaft dla podstawowego zakresu dostawy, jakim jest: wymiana wkładu wewnętrznego części wysokoprężnej turbiny, części turbiny średnioprężnej i nisko prężnej, modernizacji skraplacza, poprzez wymianę komponentów wewnętrznych i innych wraz z projektowaniem, zarządzaniem projektem, dostawą i nadzorem nad montażem. Z kolei Przystępujący dla niniejszego projektu ma zamiar zrealizować ewentualne zamówienie na bazie zasobów pochodzących z polskiego rynku, co stanowi – jego zdaniem - o znacznej różnicy w cenie z uwagi na istotne różnice kosztów pracy i produkcji w Polsce i w Niemczech. Przedstawił zestawienie płac minimalnych za 2015 r. oraz koszty pracy (średnie dla przemysłu, bez budownictwa) w 2014 r. w Polsce i w Niemczech i podkreślił, że Przystępujący wykorzystuje posiadane zasoby w zakresie inżynieringu i fabryk w Polsce, zaś Odwołujący kupuje w ramach projektu usługi i dostawy od zagranicznego podmiotu powiązanego, co wmsza na spółce powiązanej sprzedaż z marżą handlową i powoduje wzrost całkowitych kosztów oferty Odwołującego. Z uwagi na to, że dostawy Odwołującego pochodzą w znacznej mierze z rynku niemieckiego ostateczna cena tej oferty powinna być także - jego zdaniem - powiększona o ryzyka kursowe, co nie dotyczy oferty Przystępującego. Przystępujący wskazał też, że brak przez Odwołującego dostępu do oryginalnej dokumentacji projektowej i wykonawczej musi zakładać proces inżynierii odwrotnej obejmujący między innymi skanowanie, obliczenia wytrzymałościowe i inne, co nie ma zastosowania do oferty Przystępującego, a powoduje wzrost ceny Odwołującego na poziomie 4-5 mln złotych. Podzlecenie zasadniczej części zamówienia podmiotowi zagranicznemu skutkuje jego zdaniem dodatkowo wzrostem kosztów przygotowania dokumentacji ze względu na potrzebę jej tłumaczenia, co także powoduje wzrost ceny oferty Odwołującego. Przystępujący zwrócił również uwagę na okresy gwarancyjne udzielone Przystępującemu oraz przez Odwołującego w złożonych Zamawiającemu ofertach. Przystępujący zaoferował bowiem okres gwarancji wynoszący 3 lata co jest okresem zbliżonym do standardowego stosowanego w umowach zawieranych w ramach podobnych projektów, natomiast Odwołujący zaoferował okres gwarancji wynoszący 5 lat, co znacząco odbiega od standardu w tym zakresie. Podkreślił, że dodatkowy okres 2 lat gwarancji przypada na okres, w którym ryzyko wystąpienia wad jest większe z uwagi na wydłużony okres eksploatacji, co skutkuje generacją czynników negatywnie wpływających na bezusterkową pracę urządzeń, co powoduje wzrost ryzyka i kosztów ich wyceny. Co do kwestii pomocy publicznej Przystępujący potwierdził, że nie otrzymał pomocy publicznej. Co do kwestii wpływu metody wykonania zamówienia nie zgodził się z Odwołującym, że specyfika zamówienia oraz warunki rynkowe nie dają możliwości optymalizacji kosztów. Podkreślił, że realizuje w Polsce wiele

projektów w zakresie modernizacji, remontu i serwisu istniejących obiektów, co skutkuje posiadaniem rozległej bazy form współpracujących z Przystępującym, co z kolei pozwala na wykorzystanie efektu skali i implikuje znaczące oszczędności w zakresie kosztów realizacji zamówień. Wskazał, że w ramach tego projektu zoptymalizowano i zredukowano koszty o około 15% w porównaniu z pierwotnymi ofertami uzyskanymi od poddostawców, a 97% kosztów niniejszego projektu bazuje na potwierdzonych ofertach fabryk należących do Przystępującego oraz ofert uzyskanych od poddostawców, a dotyczy to także kosztów inżynieringu, zarządzania projektem, zarządzania placem budowy, zaś jedynie 3% kosztów

tego projektu jest przedmiotem oszacowania w oparciu o doświadczenie wynikające z projektów podobnych. Nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że posiadanie dokumentacji oryginalnej nie ma wpływu na przedmiot zamówienia, gdyż wymagana jest dostawa całych komponentów modułów turbin, podczas gdy w swojej ofercie temu zaprzeczył, oświadczając, że dostarcza tylko wewnętrzne wkłady (str. 17 i 92-93). Jego zdaniem dostęp do oryginalnej dokumentacji (projektowej i wykonawczej) istotnie wpływa na kalkulację ceny ofertowej, uwzględnia bowiem najbardziej właściwy zakres dostaw, koszty dodatkowej pracy, zakres usług i remontów itd. Przystępujący wskazał też, że wykonał wiele (ok. 40% ogółu referencji Przystępującego) modernizacji turbin innej producentów i posiada doświadczenie, które wskazuje, że całkowite koszty realizacji w takich przypadkach są znacząco wyższe niż modernizacje na własnej flocie, co wynika z braku dostępu przez innych wykonawców do pełnej dokumentacji, jak też z faktu, że dla innych - poza Przystępującym - wykonawców istotne jest, że rozwiązania w Elektrowni Turów będą dla nich prototypowe i muszą w cenie oferty uwzględniać koszty opracowania koncepcji, dokumentacji, narzędzi specjalnych, technologii oraz koszty obróbek specjalnych na obiekcie. Zwrócił uwagę na fakt, że w trakcie niniejszego postępowania wykonawcy wielokrotnie zwracali się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji projektowej, warsztatowej i wykonawczej, a Zamawiający w odpowiedzi na powyższe oświadczył, że udostępni posiadaną dokumentację techniczno-ruchową, której zakres nie obejmuje dokumentacji projektowej, warsztatowej i wykonawczej. W jego ocenie posiadanie własnej dokumentacji jest kluczowe i umożliwia Przystępującemu bez zbędnej zwłoki przystąpienie do prac projektowych, opracowanie poprawnej i precyzyjnej koncepcji modernizacji, zaś brak dostępu do oryginalnej dokumentacji powoduje konieczność wykonania dokumentacji odtworzeniowej przez wykonawców co skutkuje wydłużonym okresem realizacji i dodatkowymi kosztami.

W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w toku rozprawy, jak również dowody złożone w sprawie przez Odwołującego, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnili przesłanki formalne związane ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym wskazany wykonawca uzyskał statusu uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i jest formalnie wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zaskarżona w odwołaniu czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu odrzucenia oferty, którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą w postępowaniu w sposób bezpośredni pozbawiła Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się również możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zamieszczenie w dniu 25 lutego 2015 r. w swojej siedzibie ogłoszenia o zamówieniu. W tej samej dacie Zamawiający opublikował też treść ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE (pkt 5.1, 5.2 protokołu ZP-PN).

Zamawiający ustalił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na łączną kwotę: 185 300 000 zł netto (pkt 2.2. protokołu ZP-PN).

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty:

- 1) Oferta Przystępującego z ceną: 123 100 000 zł netto
- 2) Oferta Odwołującego z ceną: 175 419 000 zł netto
- 3) Oferta OJSC Power Machines Ztl, Lmz, Electrosila, Energomachexport z siedzibą w Petersburgu z ceną: 50 050 000 euro, tj. (przy kursie wymiany 4, 1668,01 euro) – 208 548 340 zł netto.

Zamawiający pismem z dnia 23 września 2015 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z prośbą o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie złożonej przez tego wykonawcy oferty cenowej.

Przystępujący w piśmie z dnia 1 października 2015 r. złożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 12 listopada 2015 r. poinformował wykonawców o wyniku postępowania, tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, a jednocześnie o odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy OJSC Power Machines.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zasadniczego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z tego powodu, że cena ofertowa tego wykonawcy jest rażąco niska, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym mu w wyniku nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen

wszystkich ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W oparciu o wskazany przepis Zamawiający wystąpił do Przystępującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez tego wykonawcy ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień miało charakter standardowy, odnoszący się do dyspozycji wskazanego przepisu ustawy Pzp. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie miały natomiast - w ocenie Izby - charakter wyczerpujący i uzasadniały, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tym samym Przystępujący sprostował spoczywającemu na nim – stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ciężarowi dowodowemu i wykazał w sposób wiarygodny szczególne okoliczności pozwalające mu na obniżenie ceny ofertowej do poziomu poniżej wyceny (szacunku) zakresu przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego.

Izba w tym względzie przyjęła za wiarygodną wycenę przedmiotu zamówienia dokonaną przez Zamawiającego, przyjmując dodatkowe wyjaśnienia w tym przedmiocie złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy. Wycena dokonana przez Zamawiającego de facto nie była kwestionowana ani przez Odwołującego, ani przez Przystępującego, jak też nie podważał jej sam Zamawiający, stąd też Izba przyjęła - biorąc pod uwagę zasadę kontradyktoryjności - że nie ma podstaw samodzielnie do poważania tych ustaleń, skoro same strony postępowania odwoławczego oraz jego uczestnik nie kwestionują tej wyceny. Niemniej jednak Izba – jak wskazano powyżej – wzięła w tym zakresie pod uwagę istotną jej zdaniem okoliczność, wskazaną przez Zamawiającego w toku rozprawy, iż Zamawiający w ramach tej wyceny przedmiotu zamówienia wziął pod uwagę także ryzyka związane z realizacją tego rodzaju zamówienia i możliwość wykonywania zamówienia przez podmioty zagraniczne. Tym okolicznościom nie zaprzeczył w toku rozprawy Odwołujący. W tym zakresie zatem należało przyjąć, że Zamawiający wziął pod uwagę najszerszy możliwy zakres realizacji przedmiotu zamówienia, sposobu jego wykonania i zastosowanej technologii, jak też możliwości realizacji zamówienia przez podmioty zagraniczne, czy też

przy udziale tych podmiotów, co skutkowało szacunkiem Zamawiającego na maksymalnym, górnym poziomie w zakresie przyjmowanych, realnych kosztów realizacji przedmiotu zamówienia. Izba oddaliła zgłoszony przez Odwołującego wniosek dowodowy o uzupełnienie materiału dowodowego poprzez zobowiązanie Zamawiającego do dostarczenia dokumentu szczegółowej kalkulacji wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia sporządzonej przez doradcę technicznego na okoliczność ustalenia, jakie przesłanki wziął pod uwagę doradca techniczny przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła bowiem, że Odwołujący tak w samej treści odwołania, jak i w toku rozprawy, nie kwestionował poziomu ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, odnosząc

wręcz do tej wartości (ustalonej przez Zamawiającego) swoje porównanie i wywody co do rzekomo rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego. Izba uznała zatem, że zebrane w sprawie dowody są wystarczające dla podjęcia rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, a wnioskowana teza dowodowa jest irrelevantna w stosunku do niekwestionowanej przez Odwołującego wartości przedmiotu zamówienia, a przeprowadzenie wnioskowanego dowodu będzie prowadziło do nieuzasadnionej zwłoki w postępowaniu.

Odnosząc powyższe rozważania do wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego Izba stwierdziła, że wyjaśnienia te wskazują na szczególne, obiektywne okoliczności, właściwe dla tego wykonawcy, które pozwoliły mu na obniżenie ceny ofertowej w stosunku do wyceny przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego z uwzględnieniem wskazanych powyżej okoliczności. W ocenie Izby Przystępujący w swoich wyjaśnieniach w sposób wiarygodny zaprezentował kalkulację swojej ceny ofertowej oraz okoliczności faktyczne i konkretne wyliczenia oraz dowodowy, pozwalające w sposób obiektywny na obniżenie przez Przystępującego jego ceny ofertowej. Niezależnie od wskazanych w tych wyjaśnieniach szczególnych okoliczności, które zostały objęte przez Przystępującego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie nie podlegają ujawnieniu, Izba wzięła także pod uwagę inne istotne elementy, również wskazywane przez Przystępującego, które zdaniem Izby miały niewątpliwie znaczenia dla właściwej wyceny niniejszego przedmiotu zamówienia, przede wszystkim w kontekście wyceny przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego.

Niewątpliwie taką istotną okolicznością jest elastyczne, przyjęte przez Zamawiającego w SIWZ, podejście do modernizacji turbin. Zamawiający założył bowiem równocześnie: nowych turbin, jak możliwość zaoferowania kompletnych części i wykorzystanie istniejących kadłubów zewnętrznych i układów zasilania. Alternatywny sposób wykonania zamówienia, który ma znaczenie dla wysokości kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, mógł być swobodnie przyjętych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia. Wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu nowych kompletnych części turbin przyjął w swojej ofercie wykonawca OJSC Power Machines – jak wskazał Przystępujący, czemu nie zaprzeczyły strony postępowania odwoławczego. Oferta tego wykonawcy była ofertą najdroższą w postępowaniu i wskazywana przez Odwołującego jako podstawa i jedna z okoliczności wskazujących na rażąco niską cenę w ofercie Przystępującego. Tym samym wskazany argument wobec odmiennego od przyjętego w ofercie Przystępującego sposobu wykonania zamówienia, pozwalającego na obniżenie przez tego wykonawcę kosztów realizacji zamówienia, nie może być argumentem wiarygodnym i przesądzającym o potwierdzeniu się zarzutu odwołania.

Izba przy ocenie podnoszonych w odwołaniu zarzutów wzięła także pod uwagę istotną dla oceny wyceny przedmiotu zamówienia dokonanej przez Przystępującego okoliczność, tj. jego szczególnej sytuacji związanej z posiadaniem wyłącznie przez tego wykonawcę dostępu do dokumentacji projektowej, wykonawczej i serwisowej urządzeń objętych przedmiotem zamówienia oraz okoliczność, iż to właśnie Przystępujący przeprowadzał dotychczas w Elektrowni Turów na blokach objętych zakresem przedmiotu zamówienia remonty kapitalne i średnie urządzeń. Wskazane okoliczności niewątpliwie dają Przystępującemu znaczącą przewagę w postępowaniu, jeśli chodzi o możliwość optymalizacji wyceny przedmiotu zamówienia, obniżenia kosztów tej wyceny i dodatkową przewagę pozwalającą na odpowiednią organizację realizacji przedmiotu zamówienia i mniejsze ryzyko po stronie Przystępującego, dzięki jego know-how, które nie było dostępne w postępowaniu dla innych wykonawców.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego Izba stwierdziła, że podstawą

argumentacji na poparcie podnoszonych w odwołaniu zarzutów przez Odwołującego było przede wszystkim porównanie wyceny oferty Przystępującego do wyceny Odwołującego. Powyższe zdaniem Izby jest nieuzasadnione, biorąc pod uwagę choćby wskazaną powyżej szczególną sytuację Przystępującego, wynikającą z dostępu wyłącznie przez tego wykonawcę do dokumentacji projektowej, wykonawczej i serwisowej urządzeń objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto Izba przyjęła za wiarygodną w tym zakresie argumentację Przystępującego, który - powołując się na treść oferty Odwołującego, wykazał, że Odwołujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia przy użyciu zasobów niemieckiego podwykonawcy. Izba – mając na względzie treść oferty tego wykonawcy – nie przyjęła z kolei za wiarygodnych twierdzeń Odwołującego o korzystaniu z potencjału firmy Etos Energy, skoro ta firma nie została wskazana w treści oferty Odwołującego. Odwołujący natomiast wskazał wprost w swojej na podwykonawcę, tj. firmę Siemens Aktiengesellschaft, co czyni wiarygodnym twierdzenia Przystępującego o wykorzystaniu przy kalkulacji oferty Odwołującego kosztów pracy wynikających z rynku niemieckiego. Tymczasem – jak wykazano – oferta Przystępującego uwzględnia w tym względzie wyłącznie koszty adekwatne do rynku polskiego, co nie usprawiedliwia porównania cenowego tych dwóch ofert, opartych o różny poziom kosztów pracy.

Dokonując porównania oferty Odwołującego do oferty Przystępującego w zakresie wyceny ofertowej, na co powoływał się Odwołujący, nie można zdaniem Izby pominąć także istotnej okoliczności wskazującej na większe, występujące po stronie Odwołującego koszty wykonania zamówienia związane z zaproponowanym w tej ofercie dłuższym okresem gwarancji. Odwołujący zaoferował bowiem 5-cio letni okres gwarancji zaś Przystępujący 3 - letni okres gwarancji. Wskazana okoliczność niewątpliwie ma znaczenie dla poziomu wyceny

ofertowej, wskazuje bowiem na większe ryzyko po stronie wykonawcy, który oferuje dłuższy okres gwarancji. Tym samym zatem usprawiedliwione były różnice cenowe pomiędzy ofertą Odwołującego, a ofertą Przystępującego i różnice te nie mogą świadczyć o rażąco niskiej cenie ofertowej Przystępującego.

Odnosząc się do jedynego dowodu przedłożonego w tej sprawie przez Odwołującego na poparcie swoich zarzutów, tj. sporządzonej Analizy Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że owa Analiza ma charakter dokumentu prywatnego, a więc może jedynie potwierdzać, że określona osoba ją sporządzająca ma określony podgląd i ocenę konkretnej sytuacji wskazywanej w przedłożonej Analizie.

Odnosząc się do treści tej Analizy stwierdzić należało, że opiera się ona na realizacji innych zamówień w innych elektrowniach (Ostrołęka, Koziencice, Połaniec), których zakres jest innych niż zakres i charakter przedmiotowego zamówienia. Przystępujący w swoim piśmie procesowym, jak i w toku rozprawy wskazywał, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, że w przypadku zamówień realizowanych we wskazanych Elektrowniach, na które to zamówienia powołuje się osoba sporządzająca przedłożoną Izbie Analizę, stosowana jest inna technologia – turbin akcyjnych, co do których na rynku dostępna jest dokumentacja. W przypadku turbin objętych przedmiotem niniejszego zamówienia (turbiny reakcyjne) przywołana dokumentacja pozostaje wyłącznie w ręku Przystępującego i nie jest ogólnie dostępna na rynku, co daje przewagę konkurencyjną właśnie Przystępującemu, dając mu w tym względzie – jak wskazano powyżej – możliwości wyceny realizacji przedmiotu zamówienia na niższym poziomie, uwzględniającym przede wszystkim mniejsze ryzyko po stronie tego wykonawcy, a także inne okoliczności przywołane powyżej. Ponadto wskazać należy, że przywołane przez Odwołującego we wskazanej Analizie postępowania nie mają charakteru wieloetapowego, jak niniejsze zamówienie, dające element powtarzalności. Z tych też względów wskazane projekty nie mogły stanowić wystarczającej bazy porównawczej co do poziomu wyceny ofertowej przedmiotu zamówienia. Ponadto należy zwrócić uwagę na okoliczność, że w przedłożonej przez Odwołującego jako dowód w sprawie Analizie osoba ją sporządzająca w oparciu o wskazane wcześniejsze wyceny innych zamówień przyjęła określone założenia, co do zakresu wyceny przez Przystępującego poszczególnych wybranych dowolnie przez sporządzającego Analizę elementów przedmiotu zamówienia. Przyjęto tam, w oparciu o dowolne wyznaczniki, nie wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, wycenę tych elementów przez Przystępującego na określonym poziomie procentowym w stosunku do całości przedmiotu zamówienia, a następnie w oparciu o ceny oferowane we wcześniejszych postępowaniach, które – jak wskazano nie są adekwatne do niniejszego przedmiotu zamówienia, przyjęto wycenę tych elementów w ofercie Przystępującego złożonej w niniejszym postępowaniu. Z powyższych,

dowolnie przyjętych i niczym nieuzasadnionych założeń, sporządzający opinię wywodzi, że oferta Przystępującego, złożona w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest zaniżona. Powyższe w żadnej mierze nie może stanowić wiarygodnego dowodu, który potwierdzałby, że oferta Przystępującego jest rażąco niska, tj., że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę, która nie pozwala w sposób należyty wykonać przedmiotu zamówienia, tj. bez ponoszenia strat przez tego wykonawcę.

Przedłożona Analiza nie może też w żaden sposób podważać wyjaśnień, które zostały złożone przez Przystępującego w trakcie czynności badania i oceny ofert na wezwanie Zamawiającego. Biorąc zatem pod uwagę zasadę wynikającą z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp Izba uznała, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia stanowią wystarczający dowód potwierdzający, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że szczególna zasada ciężaru dowodowego przy ocenie przez Izbę zarzutów dotyczących zaoferowania rażąco niskiej ceny, wynikająca z przywołanego przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, nie może prowadzić do pominięcia przez Izbę przy ocenie zarzutów odwołania podstawowej zasady dotyczącej ciężaru dowodowego, którą rządzi się postępowanie odwoławcze, tj. zasady wynikającej z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W świetle tej zasady zatem Odwołujący, podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, powinien - dla poparcia podniesionych zarzutów - wskazać określone dowody lub choćby uprawdopodobnić okoliczności, które stoją u podstaw podniesionych w odwołaniu zarzutów. Powyższemu obowiązkowi Odwołujący – zdaniem Izby - nie sprostał. Na poparcie swoich zarzutów Odwołujący, tak w treści odwołania, jak i w złożonym piśmie procesowym oraz w toku rozprawy, nie przywołał żadnych dowodów – oprócz przywołanej powyżej Analizy, podnosząc w sposób enigmatyczny kilka ogólnych tez i generalnych okoliczności, które nie mogą podważać wyjaśnień i załączonych do nich dowodów, złożonych przez Przystępującego Zamawiającemu.

Izba nie uznała także za wiarygodną i przesadzającą o potwierdzeniu się zarzutów odwołania okoliczności, na którą wskazywał Odwołujący w złożonym piśmie procesowym, że z początkiem listopada 2015 r. część przedsiębiorstwa grupy Alstom została przejęta przez amerykańską grupę General Electric, co ma rzekomo wpływać radykalnie na sytuację Przystępującego i może czynić realizację zamówienia za wskazaną w ofercie tego wykonawcy cenę, nierealnym. Oferta złożona przez Przystępującego została złożona w postępowaniu, na określonym etapie, w terminie na składanie ofert, w konkretnych

warunkach i wykonawca jest nią związany. Ewentualne zdarzenia następujące po otwarciu ofert, w tym sytuacja rynkowa wykonawcy, jego ewentualne zmiany w strukturze właścicielskiej, nie mają znaczenia dla ważności oferty złożonej Zamawiającemu, a w żadnej mierze nie mogą potwierdzać zarzutu rażąco niskiej ceny, w szczególności, że są to niczym nie poparte wyłącznie przypuszczenia Odwołującego.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, tj. zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji oraz niezgodności oferty Przystępującego z przepisami ustawy Pzp, Izba uznała je jako niezasadne.

Odwołujący w tym zakresie praktycznie nie wskazał żadnych innych okoliczności, które wskazywałyby na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, poza okolicznościami związanymi z zarzutem rażąco niskiej ceny. Tym samym zatem Izba, oddalając zarzut rażąco niskiej ceny w konsekwencji stwierdziła także, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia dyspozycji przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Na marginesie tylko należy zwrócić uwagę, że przy wskazaniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący powinien wykazać dodatkowe okoliczności faktyczne, a także prawne, które – jego zdaniem – stanowią naruszenie wskazanych przepisów ustawy przez Zamawiającego.

W konsekwencji też, wobec oddalenia zarzutu rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła

również, że Zamawiający nie dopuścił się naruszania zasad udzielania zamówień publicznych przywołanych przez Odwołującego w treści odwołania, tj. zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Także w tym zakresie Odwołujący nie wskazał dodatkowych okoliczności faktycznych, poza zarzutem rażąco niskiej ceny, które wskazywałyby na naruszenie tych zasad.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł.

Jednocześnie też Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł z uwagi na brak przedłożenia do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy stosownego rachunku, potwierdzającego poniesienie wskazanych kosztów, zgodnie z dyspozycją § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....