

Sygn. akt: KIO 381/13

Sygn. akt: KIO 397/13

WYROK
z dnia 7 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**
Emil Kawa
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 19 lutego 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) INTRON S.A (pełnomocnik wykonawców), (2) ERBUD S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 112, 40-519 Katowice,**

B. w dniu 21 lutego 2013 r. przez wykonawcę **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejską Energetykę Ciepłą Piła Sp. z o.o., ul. Kaczorska 20, 64-920 Piła**

przy udziale:

A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Joka Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) CPL Concordia Societa Cooperativa Oddział w Polsce, adres dla pełnomocnika: ul. Kiełbaśnicza 24,, 50-125 Wrocław** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 381/13 oraz KIO 397/13 po stronie zamawiającego,

B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) INTRON S.A (pełnomocnik wykonawców), (2) ERBUD S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 112, 40-519 Katowice** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 397/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert - zgodnie z ustaleniami zawartymi w uzasadnieniu do niniejszego wyroku;

2. kosztami postępowania obciąża **Miejską Energetykę Ciepłą Piła Sp. z o.o., ul. Kaczorska 20, 64-920 Piła** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) INTRON S.A (pełnomocnik wykonawców), (2) ERBUD S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 112, 40-519 Katowice** i **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Miejskiej Energetyki Ciepłej Piła Sp. z o.o., ul. Kaczorska 20, 64-920 Piła** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) INTRON S.A (pełnomocnik wykonawców), (2) ERBUD S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 112, 40-519 Katowice** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od **Miejskiej Energetyki Ciepłej Piła Sp. z o.o., ul. Kaczorska 20, 64-920 Piła** na rzecz **CONTROL PROCESS S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2

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

Przewodniczący:

.....

.....

3

Sygn. akt: KIO 381/13 Sygn. akt: KIO 397/13

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejską Energetykę Ciepłą Piła Sp. z o.o. z Piły w trybie przetargu nieograniczonego – zamówienie sektorowe - na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) [dalej ustawa Pzp] przez:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum spółek - INTROL S.A. w Katowicach, oraz ERBUD SA z Warszawy [dalej: Konsorcjum INTROL] - sygn. akt: KIO 381/13 oraz
2. wykonawcę CONTROL PROCESS S.A. z Krakowa [dalej: wykonawca CONTROL] - sygn. akt: KIO 397/13.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja zadania pod nazwą: „Rozwój systemu ciepłowniczego w Pile przez zabudowę gazowych agregatów kogeneracyjnych w kotłowni rejonowej KR-Koszyce w Pile”.

Sygn. akt: KIO 381/13

Odwołanie dotyczy: (1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Joka sp. z o.o. oraz CPL Concordia Societa Cooperativa Oddział w Polsce (dalej: Konsorcjum JOKA), (2) czynności badania ofert oraz (3) zaniechania zwrócenia się w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do Konsorcjum JOKA o wyjaśnienia w sprawie złożonych dokumentów lub wezwania do złożenia poprawnych dokumentów i oświadczeń oraz pełnomocnictw, a mianowicie: (a) złożenia poprawnych oświadczeń lub dokumentów dotyczących umocowania pełnomocnika Konsorcjum do działania w imieniu wszystkich członków Konsorcjum; (b) złożenia poprawnych dokumentów dotyczących spełniania przez Konsorcjum wskazanych przez SIWZ warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia; (c) złożenia poprawnych dokumentów dotyczących dysponowania odpowiednim personelem; (d) złożenia pełnomocnictwa dla radcy prawnego, który dokonał uwierzytelnienia części dokumentów dołączonych do oferty lub złożenia tych dokumentów uwierzytelnionych przez podmiot uprawniony; (e) złożenia prawidłowo poświadczonych tłumaczeń, a także (4) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum JOKA jako oferty złożonej przez wykonawców, spośród których jeden nie posiada zdolności do występowania w obrocie prawnym i (5) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum JOKA.

4

W tym przypadku Odwołujący - Konsorcjum INTROL wskazał na naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na nieuprawnione przyjęcie, iż oferta Konsorcjum JOKA nie

podlega odrzuceniu i w konsekwencji zaniechanie jej odrzucenia lub naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie zwrócenia się o złożenie wyjaśnień lub dokumentów oraz naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na nie wykluczenie Konsorcjum JOKA, pomimo nie spełniania warunków udziału w postępowaniu względnie i naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na nie zwrócenie się do Konsorcjum JOKA o wyjaśnienie treści złożonej oferty. Wykonawca wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum JOKA jako najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania, oceny i wyboru ofert, nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum JOKA i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący - Konsorcjum INTROL podał, że w jego ocenie dokonany wybór najkorzystniejszej oferty był przedwczesny, albowiem oferta Konsorcjum JOKA powinna być na tym etapie odrzucona lub Zamawiający powinien, zwrócić się do Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp z wezwaniami o złożenie wyjaśnień, dokumentów bądź oświadczeń. Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. formularz ofertowy ani załączone do oferty dokumenty nie wskazują jednoznacznie, kto jest członkiem Konsorcjum JOKA, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący stwierdził, że w formularzu ofertowym, jako wykonawców wskazano Joka sp. z o.o. oraz CPL Concordia Societa Cooperativa Oddział w Polsce. W tym przypadku podniósł, że żadna ustawa nie przyznała oddziałowi przedsiębiorcy zagranicznego zdolności prawnej. Zatem nie może on występować w przetargu samodzielnie, a jedynie, jako reprezentant przedsiębiorcy zagranicznego. Jednocześnie stwierdził, że z żadnego dokumentu, a w szczególności z treści oferty nie wynika, iż oferta jest złożona przez polski oddział w imieniu przedsiębiorcy zagranicznego - CPL Concordia Societa Cooperativa. Wskazał również, że oświadczenie CPL Concordia Societa Cooperativa zawarte na stronie 39 oferty, a dotyczące przekazania referencji wskazywałoby na to, że przedsiębiorca zagraniczny nie uważa, iż on sam, jako podmiot prawny będzie wykonywał zamówienie, którego dotyczy przetarg, lecz że będzie to czynił oddzielny podmiot - oddział. W przeciwnym razie oświadczenie tego typu byłoby bezprzedmiotowe. Stąd też Zamawiający winien odrzucić ofertę Konsorcjum JOKA, z uwagi na fakt, iż członkiem Konsorcjum jest podmiot, który nie może samodzielnie występować w obrocie prawnym.

5

-
2. oferta Konsorcjum JOKA oraz jej załączniki są sprzeczne z art. 23 ust.2 ustawy Pzp.

W tym przypadku Odwołujący stwierdził, że zgodnie z przepisem art. 23 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i w takim przypadku, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem ani z treści oferty Konsorcjum JOKA, ani załączników nie wynika jednoznacznie, kto jest pełnomocnikiem wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Na stronie 1 oferty wskazano, jako pełnomocnika Konsorcjum pana A..... D....., jednakże pełnemu jego umocowaniu do reprezentowania Konsorcjum przeczą załączone do oferty pełnomocnictwa. Z pełnomocnictwa dołączonego na stronie 206 oferty, wystawionego przez CPL Concordia Societa Cooperativa wynika jednoznacznie ograniczenie pełnomocnictwa w zakresie podpisania umowy (punkt c). Pełnomocnictwo to zostało wystawione przez uczestnika Konsorcjum reprezentowanego przez osobę umocowaną do działania w imieniu uczestnika Konsorcjum - włoskiej spółki. Wskazał również, że na stronie 205 oferty znajduje się analogiczne pełnomocnictwo wystawione w imieniu oddziału CPL Concordia Societa Cooperativa (nieposiadającego przecież odrębnej osobowości prawnej) o innej treści, również zawierające ograniczenie umocowania pełnomocnika A..... D....., z tym, że o innej treści. Wyjaśnienia pełnomocnika Konsorcjum, są niewystarczające. W ocenie Odwołującego, pełnomocnik na mocy pełnomocnictwa może składać w imieniu mocodawcy oświadczenia, jednakże nie dotyczy to modyfikacji pełnomocnictwa. Skoro, zatem, jeśli Zamawiający otrzymał pełnomocnictwo o określonej treści, to nie może przyjąć jedynie oświadczenia pełnomocnika, iż pełnomocnictwo jest bezprzedmiotowe. W przyszłości może dojść do sytuacji, gdy powstaną wątpliwości, czy umowa zawarta bez udziału przedstawiciela włoskiej centrali (a nie oddziału) będzie ważna. Zamawiający, bowiem wiedział o dokonany przez Konsorcjanta

ograniczeniu pełnomocnictwa i nie otrzymał od niego zmodyfikowanego pełnomocnictwa. Stwierdził także, że w sytuacji, gdy treść dwóch pełnomocnictw jest inna, a oba zostały przedłożone w ofercie, Zamawiający powinien żądać przedłożenia w tym zakresie oświadczenia mocodawcy, albowiem pełnomocnik nie może dokonywać ani wykładni ani modyfikacji udzielonych mu pełnomocnictw.

3. Zamawiający nie dokonał należytej weryfikacji spełnienia przez Konsorcjum JOKA wymagań z pkt 7.2.1 i pkt 7.2.2 SIWZ w zakresie wartości robót.

6

Odwołujący stwierdził, że na okoliczność spełnienia wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego zgodnie z punktem 7.2.1. specyfikacji, Konsorcjum JOKA przedłożyło wykaz wykonanych robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej w kogeneracji - str. 7 i 8 oferty. W wykazie uwzględniono dwie roboty. Robota wskazana w punkcie 1 została określona na wartość 1.605.000 EUR, zaś w PLN podano kwotę 6.724.950,00, co daje kurs 1 EUR= 4,19 PLN. Z kolei robota wskazana w punkcie 2 miała wartość w EUR 1.120.000,00, co Konsorcjum JOKA przeliczyło, jako 4.692.800 PLN, co daje również kurs 1EUR= 4,19 PLN. Natomiast w celu udokumentowania spełnienia wymogu przewidzianego w punkcie 7.2.2.specyfikacji, Konsorcjum JOKA przedłużyło wykaz dwóch robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub modernizacji źródła ciepła o mocy powyżej 5,0 MWt (inne niż w podpunkcie 7.2.1) i o wartości netto (bez podatku VAT) nie mniejszej niż 500 000 PLN każda. Tym razem zastosowano dla robót wskazanych w punkcie 1 tabeli na str. 25 oferty i dla robót wskazanych w punkcie 2 tabeli - kurs EUR 4,4112. Wykonawca podkreślił, że zastosowane kursy w obu tabelach różnią się znacznie, a w tabeli na stronach 25-26 wartość robót miała kluczowe znaczenie dla wykazania spełnienia warunku wynikającego z punktu 7.7.2. specyfikacji. Zdaniem Odwołującego wartość w EUR winna być przeliczona wg kursu wynikającego z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych z dnia 16 grudnia 2011 r. (Dz. U. Nr 282, poz. 1650) wydanego na podstawie art. 35 ust. 3 ustawy Pzp. Obecnie obowiązujące rozporządzenie przewiduje zastosowanie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych w wysokości 4,0196. W ocenie Odwołującego jednakowy kurs musi być stosowany do ustalania wartości zamówienia i ustalenia wartości robót, które dokumentują posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia przez wykonawców. Stosowanie innego EUR do wartości i innego kursu przeliczania zamówienia (pozostawionego przy tym całkowitej inwencji Wykonawców), prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców. W zakresie, zatem warunku wskazanego w punkcie 7.2.2 SIWZ na obecnym etapie Konsorcjum JOKA nie udowodniło - zdaniem Odwołującego - spełnienia warunku wykonania dwóch robót o parametrach (wartości) opisanych w tym punkcie SIWZ. Odwołujący stwierdził również, że odnosząc się do treści odpowiedzi Konsorcjum JOKA na wezwanie Zamawiającego z dnia 24.01.2013 r., żaden z dołączonych do oferty dokumentów na stronach 27-30 nie potwierdza twierdzenia, jakoby wartości tam wskazane były kwotami netto. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający zbyt pobieżnie dokonał oceny ofert i na obecnym etapie nie sposób uznać ofertę Konsorcjum JOKA za spełniającą wynikające z SIWZ wymogi. Dlatego ofertę należało odrzucić, jako niespełniającą wymogów SIWZ, albo dokonać ponownego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

7

4. Konsorcjum JOKA nie wykazało spełnienia wymogu 7.2.1 SIWZ, albowiem brak wykazania sposobu, w jaki nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia przekazanego przez podmiot niebędący wykonawcą.

Odwołujący stwierdził, że na stronie 7-8 oferty Konsorcjum JOKA w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w punkcie 7.2.1 SIWZ umieściło wykaz wykonanych robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej w kogeneracji. Z treści tabeli wynika, iż doświadczenie zostanie „oddane do dysponowania przez inne podmioty”. W

takiej sytuacji - zgodnie z informacją zawartą w przedmiotowej tabeli - niezbędne jest złożenie przez te podmioty oświadczenia o udostępnieniu takiego zasobu Konsorcjum. Powołując się na orzecznictwo KIO wykonawca stwierdził, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie tylko, że nie badał w jakiej formie nastąpi transfer wiedzy i doświadczenia, lecz nawet nie zażądał przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego do dokonania takiego przekazania. W konsekwencji – jego zdaniem - uznać należy, iż na obecnym etapie Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, iż oferta Konsorcjum JOKA spełnia wymogi SIWZ w zakresie warunku opisanego w punkcie 7.2.1. Konieczne, zatem jest ponowne badanie ofert i zwrócenie się do Konsorcjum JOKA o wyjaśnienia lub złożenie stosownych dokumentów.

5. Konsorcjum JOKA nie wykazało dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, albowiem nie wskazano do wykonania zadania osób, które posiadają uprawnienia i odpowiednie doświadczenie wskazane w punkcie 7.3 SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z wymogami stawianym w punkcie 7.3 specyfikacji, co do personelu, wykonawca miał wykazać m.in., aby osoby o kwalifikacjach i uprawnieniach wskazanych posiadały minimum 5 lat doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) na stanowisku kierownika budowy/kierownika robót lub projektanta lub akustyka. Tymczasem w wykazie zamieszczonym przez Konsorcjum JOKA na str. 63-66 oferty nie podano roku uzyskania uprawnień następujących osób: W..... K....., A..... W....., R..... P....., G..... K....., M..... B....., M..... S..... i powyższe nie pozwala zweryfikować, czy osoby te faktycznie posiadają wymagany okres doświadczenia. Zamawiający powinien, zatem wezwać do złożenia poprawnego wykazu, gdyż w nagłówku rubryki 4 tabeli wyraźnie wskazano: numer uprawnień/rok uzyskania uprawnień. W tym zakresie Konsorcjum JOKA nieprawidłowo wypełniło tabelę - Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Wskazując także na dane zawarte w tej tabeli,

8

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum JOKA nie wykazało posiadania dysponowania odpowiednim personelem, gdyż uprawnienia pana inż. F..... G..... nie są wystarczające. Są one, bowiem ograniczone do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy w zakresie instalacji elektrycznych, bez instalacji elektroenergetycznych. Wynika to – jego zdaniem - z samej treści rubryki 4 tabeli. W tym zakresie, na obecnym etapie Zamawiający nie mógł uznać, iż oferta Konsorcjum JOKA spełniania w w/w zakresie wymogi SIWZ. Powinien, zatem wezwać do złożenia wyjaśnień, oświadczeń czy dokumentów.

6. Konsorcjum JOKA nie wykazało spełnienia warunku zawartego w punkcie 7.2.3 SIWZ.

W tym przypadku wykonawca stwierdził, że w punkcie 7.2.3. SIWZ Zamawiający zawarł wymóg, by Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonał co najmniej 2 usługi polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej pełnobrańzowej, dotyczącej budowy lub przebudowy instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepła w kogeneracji, o łącznej mocy (energia elektryczna + ciepło) nie mniejszej niż 5,0 MW. Spełnienie wymogu miało być udokumentowane z podaniem przedmiotu, daty wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie. W pierwszej kolejności wykonawca podał, że projekt pełnobrańzowy to projekt obejmujący: część konstrukcyjno-budowlaną, część technologiczną (część hydrauliczna może stanowić rozwinięcie tej części), część instalacyjno-elektryczną oraz część obejmującą instalacje automatyki. W załączonych na str. 32-33 oferty referencjach udokumentowano jedynie wykonanie części elektrycznej i części hydraulicznej, a zatem niewielkiego zakresu z dokumentacji pełnobrańzowej. Dodatkowo, zważywszy na zakres merytoryczny projektu pełnobrańzowego, wykonawca stwierdził, że nie jest obiektywnie możliwe wykonanie takiego zakresu różnorodnych prac projektowych przez jedną osobę. Musiałaby ona legitymować się uprawnieniami z kilku odrębnych dziedzin wiedzy technicznej, co przy dzisiejszej specjalizacji nie jest możliwe. Tymczasem taki stan rzeczy wynika ze świadectwa projektu (str. 36-38), albowiem jest w nim mowa o wykonaniu „prac technicznych” (projekt wstępny, wykonawczy, końcowy) przez jednego pracownika CPL Concordia. Dlatego też, albo projekt ten dotyczył tylko pewnego wycinka prac projektowych np. zakresu konstrukcyjno-

budowlanego lub technologicznego, albo też doszło do jakiejś innej nieścisłości. Wykonawca podkreślił, że braki w cytowanych referencjach, ich niespójność są oczywiste dla osoby posiadającej podstawowe rozeznanie techniczne i powinny one skłonić Zamawiającego do żądania dodatkowych wyjaśnień lub wręcz dodatkowych dokumentów czy referencji.

9

-
7. Konsorcjum JOKA nie wykazało spełnienia warunków świadczenia autoryzowanego serwisu tj. warunku wynikającego z punktu 7.2.4 SIWZ.

Wykonawca podał, że stosownie do punktu 7.2.4. specyfikacji dostawca agregatów kogeneracyjnych musi być autoryzowanym dystrybutorem dostaw i serwisu producenta agregatów (wymagane jest potwierdzenie przez producenta). Jego zdaniem, Konsorcjum JOKA nie posiadało i nie wykazało się odpowiednimi, wymaganymi zgodnie z SIWZ dokumentami należytej autoryzacji producenta agregatów - GE Jenbacher do czynności serwisowych.

8. Konsorcjum JOKA złożyło dokumenty obarczone brakami formalnymi.

W tym przypadku Odwołujący podał, że stosownie do punktu 14. 8 SIWZ: „Wymagane specyfikacją dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski i poświadczone przez wykonawcę. W przypadku ewentualnych rozbieżności w zakresie tłumaczenia Zamawiający za wiążące uznaje dokumenty złożone tylko i wyłącznie w języku polskim.” Podobnie przewiduje punkt 14.13. SIWZ, stanowiący, iż: „Wszystkie dokumenty, zaświadczenia i oświadczenia muszą zostać dostarczone w formie oryginałów lub czytelnych kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem (opatrzone klauzulą „za zgodność z oryginałem”) przez Wykonawcę, zaś wymagane specyfikacją dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez Wykonawcę. W przypadku ewentualnych rozbieżności w zakresie tłumaczenia Zamawiający za wiążące uznaje dokumenty złożone tylko i wyłącznie w języku polskim”. Wśród tłumaczeń przedłożonych przez Konsorcjum JOKA część tłumaczeń nie została podpisana w sposób wymagany zgodnie z SIWZ np. polisa ubezpieczeniowa na stronach 165-168 nie ma należytych podpisów tłumacza. Właściwie we wszystkich tłumaczonych dokumentach podpisał się wyłącznie pełnomocnik Konsorcjum. Zamawiający nie wyjaśnił, czy był on również tłumaczem, a zatem w ramach badania ofert powinien wyjaśnić powyższe niejasności.

9. Konsorcjum JOKA nie przedłożyło pełnomocnictwa dla radcy prawnego, który dokonał potwierdzenia za zgodność odpisu z KRS (str. 182-184) oraz zaświadczenia ZUS (str. 190), zaświadczenia o nie zaleganiu w podatkach (str. 192- 193).

10

Wykonawca podał, że na stronach 182-184 dołączono odpis z KRS dotyczący polskiego Oddziału CPL Concordia Societa Cooperativa, który to odpis został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego W..... S..... Jego zdaniem - zgodnie z przepisem art. 6 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982r. o radcach prawnych - „Radca prawny ma prawo sporządzania poświadczeń odpisów dokumentów za zgodność z okazanym oryginałem w zakresie określonym odrębnymi przepisami. Poświadczenie powinno zawierać podpis radcy prawnego, datę i oznaczenie miejsca jego sporządzenia, na żądanie - również godzinę dokonania czynności. Jeżeli dokument zawiera cechy szczególne (dopiski, poprawki lub uszkodzenia) radca prawny stwierdza to w poświadczeniu.” Zdaniem Odwołującego - wobec braku szczególnego przepisu w ustawie Pzp określającego kwestię zakresu dokonywania poświadczeń, przyjmując należy, iż radca prawny może poświadczać za zgodność z oryginałem dokumenty w toku procedur dotyczących zamówień publicznych, jednakże, jeżeli radca prawny nie jest pełnomocnikiem procesowym, wymagane jest do tego pełnomocnictwo materialne, wystawione przez podmiot, który jest uczestnikiem postępowania. Zamawiający winien, zatem wezwać Konsorcjum JOKA do złożenia pełnomocnictwa dla radcy prawnego, który poświadczyl za zgodność odpisu z KRS na str. 182-184 w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że wybór dokonany przez Zamawiającego był co najmniej przedwczesny a tym samym wadliwy. Stwierdził również, że oferta Konsorcjum INTROL SA i ERBUD SA uzyskała drugą pozycję punktową, a odwołanie zmierza do powtórzenia badania ofert i ich oceny, tak by oferta Konsorcjum JOKA, które uzyskała wyższą od Konsorcjum INTROL pozycję, została odrzucona.

Sygn. akt: KIO 397/13

Odwołanie dotyczy czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum JOKA oraz czynności zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum INTROL.

Odnosnie oferty Konsorcjum JOKA podniesiono zarzut (1) zaniechania wykluczenia tego Konsorcjum, pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania uznania oferty Konsorcjum za odrzuconą z tego względu, że została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, (2) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum JOKA, jako oferty złożonej przez wykonawców, spośród których jeden nie posiada zdolności do występowania w obrocie prawnym, (3)

11

zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum JOKA, jako oferty, która jest niezgodna z ustawą Pzp, której treść nie odpowiada treści SIWZ i która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z ostrożności, Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania zwrócenia się przez Zamawiającego do Konsorcjum JOKA o wyjaśnienie treści złożonej oferty oraz zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia poprawnych dokumentów i oświadczeń oraz pełnomocnictw, a mianowicie; (a) złożenie poprawnych oświadczeń lub dokumentów dotyczących umocowania pełnomocnika do działania w imieniu wszystkich członków Konsorcjum, (b) złożenie poprawnych dokumentów, dotyczących spełniania przez Konsorcjum wszystkich wskazanych przez SIWZ warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, (c) złożenia poprawnych dokumentów dotyczących dysponowania odpowiednim personelem przez Konsorcjum, (d) złożenia pełnomocnictwa dla radcy prawnego, który dokonał uwierzytelnienia części dokumentów dołączonych do oferty Konsorcjum lub złożenia tych dokumentów uwierzytelnionych przez podmiot uprawniony, oraz (e) złożenia prawidłowo poświadczonych tłumaczeń dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum.

Odnosnie oferty Konsorcjum INTROL podniesiono zarzut zaniechania odrzucenia oferty tego Konsorcjum, pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Wskazując na powyższe Odwołujący – wykonawca CONTROL zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. co do oferty Konsorcjum JOKA - art. 7 ust. 3, art. 24 ust 2 pkt. 4 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 89 ust 1 pkt. 8, art. 89 ust 1 pkt. 1, 2 i 8 oraz art. 91 ust. 1, a także innych przepisów, wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia. Z ostrożności Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
2. co do oferty Konsorcjum INTROL - art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. 90 ust 3, art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust 1 pkt 2, a także innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum JOKA jako najkorzystniejszej oferty, 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, 3) wykluczenia wykonawcy Konsorcjum JOKA i

12

odrzuconia oferty tego Konsorcjum, 4) odrzucenia oferty Konsorcjum INTROL, oraz 5) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum JOKA, wnoszący odwołanie wykonawca CONTROL wskazał na okoliczności analogiczne jak Odwołujący – Konsorcjum INTROL w odwołaniu o sygn. akt: KIO 381/13. W szczególności dotyczą one nieważności oferty Konsorcjum JOKA, albowiem – jego zdaniem została złożona przez wykonawców, spośród których jeden nie posiada zdolności do występowania w obrocie prawnym i dlatego Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum JOKA. Zdaniem wykonawcy – co do zarzutu naruszenia art. 26 ust.2 ustawy Pzp - Konsorcjum JOKA nie ustanowiło pełnomocnika ani nie załączyło do oferty wymaganego pełnomocnictwa do reprezentowania w postępowaniu, a zatem oferta Konsorcjum została złożona i podpisana przez osobę do tego nieuprawnioną. Zdaniem wykonawcy pełnemu umocowaniu pana A..... D..... do reprezentowania Konsorcjum JOKA przeczą załączone do oferty pełnomocnictwa. Odnośnie postanowień punktu 14.8 SIWZ stwierdził, że wśród tłumaczeń przedłożonych przez Konsorcjum część tłumaczeń nie została podpisana w sposób wymagany zgodnie z SIWZ, np. polisa ubezpieczeniowa na stronach 165-168 oferty nie ma należytych podpisów tłumacza. Odwołujący wskazał również na punkt 7.2.2 SIWZ stwierdzając, że Konsorcjum JOKA nie udowodniło spełnienia warunku wykonania dwóch robót o minimalnej wartości wymaganej w SIWZ w zakresie wartości robót. Podobnie jak Odwołujący - Konsorcjum INTROL stwierdził, że wartości wyrażone w EUR powinny być przeliczone na złote według kursu wynikającego z rozporządzenia wydanego na podstawie art. 35 ust. 3 ustawy Pzp. W tym przypadku dodatkowo stwierdził, że roboty z wykazu na stronie 7-8 oferty nie mogą być brane pod uwagę, bowiem Zamawiający wyraźnie zastrzegł w punkcie 7.2.2 SIWZ, że mają to być roboty inne niż w podpunkcie 7.2.1. Podniósł również - odnosząc się do treści odpowiedzi Konsorcjum JOKA na wezwania Zamawiającego z dnia 24.01.2013 r. - że żaden z dołączonych do oferty dokumentów na stronach 27-30 oferty nie potwierdza twierdzenia, jakoby wartości tamże wskazane były kwotami netto. Odnośnie warunku określonego w punkcie 7.2.1 SIWZ, również stwierdził, że Konsorcjum JOKA nie wykazało, w jaki sposób nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia przez podmiot niebędący wykonawcą, a udostępniający niezbędne zasoby, albowiem – jego zdaniem - z treści wykazu wynika, iż doświadczenie tam wykazane zostało udostępnione przez inne podmioty i w niniejszej sprawie Zamawiający nie zbadał, w jakiej formie nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący INTROL dodatkowo wskazał, że roboty z wykazu na stronie 7-8 oferty Konsorcjum JOKA nie mogą być brane pod uwagę, bowiem Zamawiający wyraźnie zastrzegł w punkcie 7.2.2 SIWZ, że mają to być roboty inne niż w podpunkcie 7.2.1.

13

Odnośnie warunku określonego w punkcie 7.2.3 specyfikacji Odwołujący stwierdził, że – jego zdaniem - Zamawiający wykonania, co najmniej 2 usługi polegających opracowania dokumentacji projektowej pełnobrańkowej dotyczącej budowy lub przebudowy instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepła w kogeneracji, o łącznej mocy (energia elektryczna + ciepło) nie mniejszej niż 5,0 MW, który to projekt powinien obejmować część konstrukcyjno-budowlaną, część technologiczną (część hydrauliczna może stanowić rozwinięcie tej części), część instalacyjno-elektryczną i część obejmującą instalacje automatyki. W zamieszczonych na str 32-33 oferty referencjach udokumentowano jedynie wykonanie części elektrycznej i części hydraulicznej, a zatem niewielkiego zakresu dokumentacji pełnobrańkowej. Odnośnie warunku wskazanego w punkcie 7.2.4 specyfikacji wykonawca stwierdził, że Zamawiający podał, aby dostawca agregatów kogeneracyjnych był autoryzowanym dystrybutorem dostaw i serwisu producenta agregatów, wymagając potwierdzenia tego faktu przez producenta agregatów kogeneracyjnych). Konsorcjum JOKA nie wykazało się odpowiednimi wymaganymi zgodnie z SIWZ dokumentami należytej autoryzacji producenta agregatów, tj. firmy GE Jenbacher, do czynności serwisowych. Odwołujący odnośnie warunku wskazanego w punkcie 7.3 SIWZ, również stwierdził, że w wykazie osób zamieszczonym przez Konsorcjum JOKA na str. 63-66 oferty nie podano roku uzyskania uprawnień dla W..... K....., A..... W....., R..... P....., G..... K....., M..... B....., oraz M..... S....., co nie pozwala zweryfikować czy osoby te faktycznie posiadają wymagany okres doświadczenia. Jego zdaniem, również Konsorcjum JOKA nie potwierdziło dostatecznie uprawnień pana inż. F..... G....., albowiem w ocenie Odwołującego z treści rubryki 4 wykazu jego uprawnienia są ograniczone do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy w zakresie instalacji elektrycznych, bez instalacji elektroenergetycznych. Odwołujący zakwestionował

również uprawnienia radcy prawnego do poświadczania – bez stosownego pełnomocnictwa - za zgodność z oryginałem odpisu KRS, zaświadczenia ZUS oraz zaświadczenia naczelnika Urzędu Skarbowego, albowiem wobec braku szczególnego przepisu w ustawie Pzp określającego kwestie zakresu dokonywania poświadczeń, radca prawny może poświadczać za zgodność z oryginałem dokumenty w toku procedur dotyczących zamówień publicznych, tylko w przypadku stosownego pełnomocnictwa. Podnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca stwierdził, że zgodnie z tym przepisem zamówienie powinno zostać udzielone wykonawcy, którzy złożył najkorzystniejszą ofertę i zgodnie z argumentacją przedstawioną powyżej, Konsorcjum JOKA winno zostać wykluczone z postępowania a jego oferta odrzucona, co oznacza, że nie może zostać wybrana, jako najkorzystniejsza oferta. Wnoszący odwołanie wykonawca stwierdził również, że oferta Konsorcjum JOKA jest nieważna na podstawie innych przepisów, bowiem została złożona przez wykonawców, spośród których jeden nie posiada zdolności do występowania w

14

obrocie prawnym i tym samym Zamawiający - zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - nie ma możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń oraz pełnomocnictw, gdyż oferta tego Konsorcjum podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutów odnośnie oferty Konsorcjum INTROL, wnoszący odwołanie wykonawca CONTROL stwierdził, że dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym przypadku Odwołujący wskazał na różnicę pomiędzy wartością, jaką Zamawiający planuje przeznaczyć na realizację zamówienia, a wartością oferty złożonej przez Konsorcjum INTROL, albowiem zgodnie z informacją podaną na otwarciu ofert Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 39.646.590 PLN brutto tylko za roboty budowlano montażowe. Konsorcjum JOKA uzyskało pierwszą lokatę i wskazało w ofercie na kwotę 46.595.400 PLN. Odwołujący stwierdził również, że wartości za usługi serwisowe są rozbieżne pomiędzy wartością podaną przez Konsorcjum INTROL a innymi wykonawcami. W tym przypadku wskazał, że Konsorcjum INTROL za usługi serwisowe uzyskało 20 pkt, gdyż zaoferowana cena to kwota 2 583 000,00 zł, podczas gdy Konsorcjum JOKA podał za tę usługę kwotę 10 901 490,00 zł; Control Process - 6 051 600,00 zł; wykonawca NDI - 7 545 802,77 zł; wykonawca Kontrast Atrem - 7 564 500,00 zł; wykonawca Mostostal Warszawa - 9 538 047,30 zł. Podkreślił, że Konsorcjum INTROL, jako jedyne otrzymało maksymalną ilość punktów za usługi serwisowe, pomimo, że wielu z jego konkurentów jest podmiotami o znacznie większym doświadczeniu w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazał również, że różnice punktowe za serwis pomiędzy pozostałymi wykonawcami nie były znaczące i nie budzą żadnych wątpliwości. Podkreślił, że (...) Zaoferowanie przez Introl usługi serwisowej za kwotę o 57,3% niższą od drugiej najkorzystniejszej oferty na serwis (złożonej przez Odwołującego) i o 76,3% niższą od wybranej oferty firmy Joka powinno zaalarmować Zamawiającego, że kalkulacja bądź zakres tej oferty może być nieprawidłowy". Odwołujący podał także, że Zamawiający w pkt 16.1 SIWZ wyraźnie rozdzielił umowę na wykonanie robót (załącznik nr 9 do SIWZ), od umowy serwisowej (załącznik nr 10 do SIWZ). Badania zgodności z prawem ofert i wiążących się z nimi umów należy więc dokonać w sposób od siebie niezależny. Zamówienie w niniejszej sprawie polega bowiem na wykonaniu dwóch czynności: a) Zaprojektowanie i wykonanie z urządzeń i materiałów własnych zadania inwestycyjnego „Rozwój systemu ciepłowniczego w Pile przez zabudowę gazowych agregatów kogeneracyjnych w kotłowni rejonowej KR-Koszyce w Pile” b) „Świadczenia usługi polegającej na wykonywaniu przez okres gwarancji czynności serwisowych układu kogeneracyjnego opartego na trzech do pięciu agregatach kogeneracyjnych oraz powiązanych technologicznie urządzeniach i instalacjach towarzyszących tym agregatom.

15

Z tego też względu zasadnym jest porównanie cen ofert, które zostały złożone w niniejszym postępowaniu w rozbiciu na ceny odnoszące się do przedmiotu realizacji dwóch odrębnych od siebie zakresowo czynności, regulowanych dwoma oddzielnymi umowami. Wykonawca ponownie wskazał na kwoty wskazane w ofertach wykonawców za usługi serwisowe, że rażące dysproporcje w pełni uzasadniają podjęcie przez Zamawiającego postępowania

wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że (...) zaofiarowana przez wykonawcę Introl cena za wykonanie usług serwisowych jest ceną rażąco niską, jako niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, nierealną w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych, za którą wykonanie należycie zamówienia nie jest możliwe, co powinno skutkować wszczęciem postępowania wyjaśniającego, a następnie odrzuceniem oferty. Stwierdził również, że - zgodnie z orzecznictwem KIO jak i orzecznictwem sądowym - cena rażąco niska to cena, za którą nie można należycie wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe dla siebie oszczędności i okoliczności pozwalające mu obniżyć ponoszone koszty, narażająca go, z założenia, na brak jakiegokolwiek zysku albo nawet na straty; poza tym cenę tę należy badać odnosząc ją indywidualnie do danego wykonawcy - jego kosztów zakładowych, kosztów pracy, możliwych cen uzyskania materiałów, ich jakości itd. Podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu zawarte zostaną dwie umowy, a wykonanie drugiej nastąpi po realizacji pierwszej z nich, może się więc okazać, że wykonawca wywiąże się z realizacji pierwszej z nich, natomiast uzna, że wykonanie drugiej będzie dla niego nieopłacalne. Tym samym Zamawiający znalazłby się więc w sytuacji, w której nabył silniki kogeneracyjne, ale które nie będzie mógł należycie serwisować. Stanie więc przed dylematem, czy dokonać wymiany dopiero co zainstalowanych agregatów, czy zgodzić się - pod groźbą braku wsparcia producenta - na zmianę warunków, lub zawarcie dodatkowej umowy pod dyktando wykonawcy, który wykorzysta przymusową sytuację zamawiającego. Odwołujący wskazał również, że zakres umowy na usługi serwisowe agregatu obejmuje Załącznik nr 10 do SIWZ. Zamawiający w punkcie § 6, pkt 2, zaznaczył, że usługi serwisowe agregatów kogeneracyjnych obejmują następujące elementy kosztowe: a) koszt obsługi serwisowej z uwzględnieniem wszelkich kosztów związanych z realizacją usług tj. koszty dojazdu, zakwaterowania, diet służbowych, wykorzystania sprzętu pomiarowego itp. b) koszty związane z robocizną, materiałami i wymianą części zużywających się - eksploatacyjnych, a w szczególności koszt wymiany filtrów, świec i głowic, niezbędnych do wykonania wszelkich planowanych przeglądów, konserwacji i remontów (w tym przeglądów) na przestrzeni okresu gwarancji, c) koszty dostawy oleju smarowego przewidzianego do uzupełnienia oraz do wymiany zgodnie z planem prac serwisowych, o którym mowa w § 1 ust. 8 i 9, d) koszty utylizacji zużytych materiałów i części, e) wszelkie niewymienione

16

powyżej, a wymagane czynności oraz materiały niezbędne do utrzymania dyspozycyjności gwarantowanej przez Wykonawcę, które winny być ujęte w cenie zawartej w usłudze serwisowej. Biorąc pod uwagę wymagany przez Zamawiającego zakres elementów kosztowych oraz wymijającą i sprzeczną z zapytaniem odpowiedź firmy INTROLI z dnia 7.02.2013 r., zdaniem Odwołującego Konsorcjum INTROL potwierdziło niezgodność oferty z SIWZ oświadczając, że „Koszt ten nie obejmuje dostawy świec zapłonowych” oraz, że „wymiana oleju nie jest konieczna”, co jest sprzeczne z punktem 6 ppkt 2 b i c) Załącznika nr 10 SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że nie uwzględniając dostawy świec wykonawca INTROL nie przyjął do oferty kosztu rzędu 600.000 PLN, a każda wymiana wiąże się jeszcze z pracami montażowymi (wymiana elementu zużytego), co też nie zostało przyjęte w wycenie. Odwołujący przytoczył również fragment odpowiedzi firmy Introl z dnia 7.02.2013 r., dotyczący podania rażąco niskiej ceny za usługi serwisowe: „Nie zakładamy, iż usługa ta przyniesie zysk i nie mamy; takiego obowiązku. Zyskowna ma być realizacja całości oferty. Nie składamy bowiem oferty na część, ale na całość zamówienia”. Jego zdaniem firma INTROL potwierdziła tym samym w piśmie, że przeniosła wszystkie dodatkowe koszty i ryzyka z części „usług serwisowych” do części dotyczącej „wykonania robót”. Zwrócił uwagę, że Odwołujący składając ofertę miał wiedzę o tym, że można przenieść koszty serwisu do części budowlanej otrzymując za to korzystniejszą punktację jednak takie działanie ma znamiona nieuczciwej konkurencji i oferta w takim przypadku była by odrzucona. Odwołujący stwierdził również, że wyjaśnienia Konsorcjum dotyczące kalkulacji ceny, powinny także skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy INTROL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.. Odwołujący zwrócił uwagę, że oświadczenie Konsorcjum INTROL nie zawiera informacji, iż KWE -Technika Energetyczna będzie podwykonawcą firmy Introl lub, że realizuje dla nich usługę serwisową, oraz nie zawiera ono także informacji jakiego postępowania dotyczy to pismo, a także nie potwierdza, że KWE -Technika Energetyczna zapoznała się z dokumentacją postępowania i realizuje zamówienie za kwotę -

przedstawioną przez firmę - INTRON 2 583 000,00 brutto lub niższą, a ponadto potwierdza, że podany koszt nie obejmuje dostawy świec zapłonowych których to wymiana powinna być uwzględniona w kalkulacji Wykonawcy oraz nie obejmuje także prac koniecznych do wymiany tych części. Zatem, zdaniem Odwołującego przedstawiony dokument nie potwierdza żądanych pytaniami Zamawiającego faktów, a wręcz zaprzecza, iż w usłudze jest przewidziana wymiana świec. Dodatkowo Odwołujący zauważył brak konsekwencji po stronie Zamawiającego, gdyż kierując wezwaniem o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny przez wykonawcę INTRON [dnia 6.02.2013 r.] sam stwierdził, że "Cena zaoferowana przez Wykonawcę za świadczenie usług serwisowych w okresie 3 lat gwarancji wynosi 2.583.000 PLN i jest znacznie odbiegająca od cen przedstawionych w pozostałych ofertach" oraz jednoznacznie nadmienił w piśmie, że (...) W tym stanie rzeczy Zamawiający zwraca się o

17

złożenie wyjaśnień w zakresie składników cenotwórczych bądź przedłożenie kalkulacji wskazującej przyjęte rozwiązania, potwierdzającej prawidłowość wyliczenia ceny usług serwisowych. Zgodnie z art. 90 ust.3 ustawy Pzp wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę wraz z dowodami winny być odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny". W odpowiedzi z dnia 7.02.2013 wykonawcy INTRON nie można – zdaniem Odwołującego - doszukać się składników cenotwórczych, bądź przedłożenia kalkulacji wskazującej przyjęte rozwiązania, potwierdzającej prawidłowość wyliczenia ceny usług serwisowych. Wykonawca ten oświadczył bowiem, że nie może przedłożyć szczegółowej kalkulacji, gdyż (...) Sposób kalkulowania kosztów serwisu modułów kogeneracyjnych (algorytm wyliczeń) stanowi know-how naszej firmy zdobyte w toku wieloletniej realizacji analogicznych inwestycji. Jest to wartość sama w sobie stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustalenie w toku wieloletnich doświadczeń sposobu precyzyjnej i pełnej, ale i nie zawyżonej kalkulacji, pozwala nam na składanie ofert, które są konkurencyjne, lecz nie narażają nas na stratę w związku z realizacją zamówienia". Podał również, że (...) Przedmiotem poufnych ustaleń są również informacje o wysokości ceny, w tym wynegocjowanych upustów i rabatów" i teoretycznie wykonawca mógłby przedstawić kalkulację i umowy z dostawcą silnika łącznie z wnioskiem o jej utajnienie, jednakże jego (...) doświadczenia w tej mierze, wskazują na wyciekanie tych informacji, o czym dobitnie świadczy cytowanie w treści odwołań do KIO części ofert objętych utajnieniem i całkowita bezczynność KIO w tej materii". Odwołujący zauważył, że żaden przepis prawa nie zmusza wykonawcy INTRON do udziału w przetargach prowadzonych na podstawie ustawy Pzp. Jeśli więc się decyduje składać oferty w tym przetargu to z pełnymi konsekwencjami jakie nakłada na strony ta ustawa, gdyż wykonawca ten (...) nie stoi ponad prawem i nie będzie narzucał swojego zapatrywania na świat, kiedy ten obszar aktywności jest sformalizowany zasadami przewidzianymi przez ustawę Pzp". W konkluzji Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum INTRON przyznało, że nie przedstawi żądanej przez Zamawiającego kalkulacji, jednocześnie naruszając wymagania ustawy Pzp obligujące go do pełnej i wyczerpującej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W tym miejscu zauważył, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają - w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ocenie zamawiającego, stanowią przedmiot analizy zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (tak też: wyrok Sądu

18

Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06). Wykonawca wskazał również na stanowisko wynikające z orzecznictwa KIO zgodnie z którym wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy uznać za niezłożone (tak: wyrok KIO z dnia 26 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO/2498/10). Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być w szczególności: ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT; ceny zaoferowane przez innych wykonawców; ceny rynkowe za podobny przedmiot

zamówienia. Odwołujący, wskazując ponownie na treść wyjaśnień wykonawcy INTRON, dodał, że w dalszej części pisma tego wykonawcy znalazły się bardzo ogólne stwierdzenia typu "cena serwisu zawiera serwis prewencyjny", "nasza firma współpracuje z firmą Jenbacher od 1999 roku", "długoletnia współpraca z producentem silników skutkuje odpowiednim upustem zarówno na roboty serwisowe jak i na części", "wymiana oleju nastąpi wtedy, gdy rutynowe badanie wykaże jego złe parametry", "analogiczna sytuacja ma miejsce przy żywotności świec zapłonowych, które są monitorowane w systemie sterowania silnika i wymieniane są tylko wtedy, gdy diagnostyka wskaże konieczność wymiany". Podkreślił, że w wyjaśnieniach nie znalazły się zatem żadne kalkulacje potwierdzające, że wykonawca INTRON przyjął do kalkulacji wszystkie niezbędne czynności wymagane przez Zamawiającego i wykonawca ten potwierdził tym samym, że jest świadom tego, że mogą wystąpić sytuacje awaryjne - w przypadku których należy zamontować nowe świece czy też wymienić olej - lecz nie ujął tego w kalkulacji. Wnoszący odwołanie podkreślił, że wykonawca INTRON założył z góry, że podczas trwania umowy serwisowej nie trzeba będzie wykonywać wymaganych SIWZ i zaleceniami producenta przeglądów. Skoro Zamawiający i producent przewidział takie czynności jak wymiana świec czy oleju, wykonawca powinien przyjąć te wartości w kalkulacji. Podał również, że Odwołujący, współpracujący z firmą GE od ponad 20 lat i serwisując wiele obiektów zawierających identyczne agregaty kogeneracyjne właśnie tego producenta we współpracy z firmą KWE-Technika Energetyczna (jedynego autoryzowanego podmiotu w Polsce świadczącego usługi serwisowe agregatów GE Jenbacher), kalkulując cenę za serwis przyjął marżę na poziomie 1%, która przy cenie Odwołującego za serwis na poziomie 6 051 600 jest już wyraźnie na granicy opłacalności. Nie można się zatem odwoływać do jakichkolwiek upustów czy rabatów, ponieważ cena za usługi serwisowe Odwołującego, która wynosi ponad 6.000.000 PLN zawiera wszystkie koszty firmy KWE -Technika Energetyczna takie jak części zamienne, robocizna i inne, które muszą być poniesione przez Wykonawcę aby prawidłowo i rzetelnie zrealizować wymagany przez Zamawiającego w SIWZ i zalecany przez producenta agregatów serwis silników. Odwołujący zaznaczył, że cena jest pewną wynikową wartością za wykonanie całości zamówienia, na którą składają się elementy, których jednostkowa wycena pozostaje już bez znaczenia dla tej ceny, jeśli tylko w całości odpowiada ona kosztom i nakładom ponoszonym

19

w związku z wykonaniem zamówienia, powiększonym o odpowiedni zysk, oczywiście przy uwzględnieniu że na równych zasadach z innymi wykonawcami wliczy zakres przewidziany w SIWZ. Odwołujący zauważył, że w analizowanej sprawie poszczególne składowe ceny ustanowione zostały oddzielnymi kryteriami oceny ofert. A zatem domniemywać należy, że istotne znaczenie dla Zamawiającego miała odrębnie cena za roboty budowlane i cena za serwis, skoro zdecydował się na ich oddzielne ocenianie w ramach odrębnych kryteriów. Potwierdza takie rozumowanie również fakt bezsporny między stronami, że w zakresie objętym przedmiotem zamówienia zawarte zostaną odrębne umowy z odrębnie określonym wynagrodzeniem. Obie, odrębne umowy zostały załączone do SIWZ jako załączniki, odpowiednio nr 9 oraz 10. Jeżeli zatem ceny za roboty budowlane w złożonych ofertach znacząco od siebie nie odbiegają i kształtują się na zbliżonym poziomie, to nie można twierdzić że są tam jeszcze inne koszty. Zdaniem Odwołującego zachowanie wykonawcy INTRON wyczerpuje również znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy ZNKU. W przedmiotowej sytuacji, zaniżenie ceny usług serwisowych przez Konsorcjum INTRON i sprzedaż ich Zamawiającemu po takiej cenie, ma na celu zwycięstwo w postępowaniu przetargowym i wyeliminowanie pozostałych wykonawców z rynku. Zaniżenie ceny za usługi serwisowe do poziomu niespotykanego w innych ofertach pozwoliło Konsorcjum INTRON zdobyć 20 pkt. w ramach oceny ofert i w rezultacie doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zauważył, że katalog czynów nieuczciwej konkurencji wymieniony w art. 5 - 17e ww. ustawy nie ma charakteru zamkniętego. Powyższe wynika z literalnej wykładni przepisu art. 3 ust. 2 tej ustawy, w którym jedynie przykładowo wymieniono kategorie czynów wymienionych w części szczegółowej ustawy, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”. A zatem, w świetle art. 3 ust. 1 przywoływanej ustawy, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje również 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 czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w

dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy). Tym samym jeżeli nawet uznać, że zachowanie Konsorcjum INTRON nie wypełnia przesłanek opisanych w art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU, to nie oznacza to jeszcze, że nie mamy tutaj do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy ZNKU. Podkreślił, że Zamawiający, mając lakoniczną odpowiedź Konsorcjum INTRON, wręcz ignorującą jednoznaczną treść wezwania, z niewytłumaczalnych powodów nie uznał, że działanie Konsorcjum INTRON nie naruszało dobrych obyczajów kupieckich. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie

20

przez Konsorcjum INTRON działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum INTRON, w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, ukształtowało cenę za świadczenie usług serwisowych w wysokości 2.583.000 złotych wyłącznie po to, aby uzyskać w sposób bezprawny przewagę konkurencyjną. Na rynku nie są bowiem oferowane podobne stawki za taki przedmiot umowy. Ukształtowanie przez Konsorcjum INTRON wysokości wynagrodzenia za serwis na tak niskim poziomie miało na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków Zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie skalkulowanie wysokości wynagrodzenia przez konsorcjum INTRON miało na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na najniższą możliwą cenę w dwóch kryteriach ofert uzyska on maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają nikłą ilość punktów. Śadca z wykonawców, którzy skalkulowali wynagrodzenie za serwis w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie ponoszą w związku z usługą, nie było w stanie konkurować z konsorcjum INTRON. Nawet jeśli zaoferowali stawki wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie konsorcjum INTRON ograniczyło zatem rynkowe reguły uczciwego konkurowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swoim orzecznictwie uznawała za czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy ZNKU praktyki manipulowania cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi, kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji. Tym samym, zdaniem Odwołującego, złożona oferta przez wykonawcę INTRON podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp stwierdził, że w jego ocenie z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum INTRON w trybie art. 90 ust. 1 PZP wynika, że – jak wskazano powyżej - oferta Konsorcjum nie obejmuje całości zamówienia.

Zamawiający w odpowiedziach na odwołanie sygn. akt: KIO 381/13, w którym zarzuty skierowano do Konsorcjum JOKA i na odwołanie sygn. akt: KIO 397/13 - w którym zarzuty

21

skierowano do Konsorcjum JOKA oraz Konsorcjum INTRON - wniósł o ich oddalenie w całości.

Odnośnie zarzutów podnoszonych do oferty Konsorcjum JOKA przede wszystkim stwierdził, że zarzut złożenia oferty przez wykonawców spośród których jeden nie ma zdolności do samodzielnego występowania w obrocie prawnym jest pozbawiony podstaw i jest sprzeczny z treścią oferty Konsorcjum, którego oferta uznana została za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Jego zdaniem w formularzu ofertowym tego wykonawcę, w miejscu przeznaczonym dla podania nazwy i adresu Wykonawcy, wskazano dwa podmioty, które wchodziły w skład Konsorcjum, a mianowicie Joka sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i CPL Concordia Societa Cooperativa Oddział w Polsce z

siedzibą we Wrocławiu (dalej Konsorcjum JOKA). Podkreślił, że w dalszej części odwołania Odwołujący przeczy w/w twierdzeniu, wskazując, że istotnie formularz ofertowy Konsorcjum Joka wymienia w/w podmioty, jednak, zdaniem Odwołującego, „(...) żadna ustawa nie przyznała oddziałowi przedsiębiorcy zagranicznego zdolności prawnej.” Ustosunkowując się do tego twierdzenia podniósł, że w pierwszym rzędzie odróżnić należy zdolność do zaciągania zobowiązań w imieniu własnym i wyłącznie na własny rachunek, co charakteryzuje podmioty wyposażone w osobowość prawną od przyznanej przez prawo możliwości występowania w obrocie gospodarczym z bezpośrednim skutkiem dla innego podmiotu prawnego. Jego zdaniem, oddział przedsiębiorcy zagranicznego ma zdolność do występowania w obrocie gospodarczym przyznaną mu na podstawie przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przepisy art. 85 do 92 tej ustawy regulują w sposób szczegółowy zasady funkcjonowania i prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez przedsiębiorców zagranicznych. Zgodnie z art. 85 tej ustawy „Dla wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorcy zagraniczni mogą, na zasadzie wzajemności, o ile ratyfikowane umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej, tworzyć oddziały z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwane dalej "oddziałami". Oddział przedsiębiorcy zagranicznego występuje więc w obrocie prawnym ze skutkiem dla tego przedsiębiorcy i w ramach umocowania wynikającego z zapisów w Krajowym Rejestrze Sądowym. Treść wpisu, do Krajowego Rejestru Sądowego decyduje o tym, dla jakiej osoby prawnej bezpośredni skutek wywołują działania prawne oddziału. Nie ulega wątpliwości, że czynności dokonywane przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego lub w stosunku do tego oddziału odnoszą skutek prawny wobec przedsiębiorcy zagranicznego. W świetle powyższego i w świetle wpisu do KRS podmiotu pod nazwą „CPL Concordia Societa Cooperativa Oddział w Polsce” oczywistym jest, że w sprawie mamy do czynienia z oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego, który występuje w obrocie prawnym ze skutkiem dla tego przedsiębiorcy. Z

22

zapisu zawartego w dziale 1 rubryka 1 wynika, że przedsiębiorcą zagranicznym Jest CPL Concordia Societa Cooperativa (spółka spółdzielcza) z siedzibą w Modenie. Spółka ta jest reprezentowana jednoosobowo przez prezesa R..... C....., co wynika z działu 2 rubryka 1 rejestru. Na podstawie ważnych pełnomocnictw udzielonych zgodnie z zapisami KRS przez prezesa R..... C..... zostało zawiązane konsorcjum CPL Concordia Societa Cooperativa działającą przez swój Oddział w Polsce i spółki pod firmą Joka Sp. z o.o. Podkreślił, że przedstawione powyżej stanowisko jest niesporne w doktrynie i orzecnictwie. Tytułem przykładu dla potwierdzenia tego stanowiska przywołał wyrok WSA w Opolu z dnia 16 stycznia 2008 sygn. akt SA/Op 189/07 (LEX nr 461867), zgodnie z którym (...) Wszelkie działania dokonane przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego oraz wobec tego oddziału odnoszą bezpośredni skutek prawny w stosunku do przedsiębiorcy zagranicznego”. Wskazał również, że oddział przedsiębiorcy zagranicznego w obrocie prawnym występuje samodzielnie również na gruncie przepisów ustawy o rachunkowości. W tym przypadku wskazał na art. 45 ust. 1e tej ustawy, w myśl którego „sprawozdania finansowe oddziałów przedsiębiorcy zagranicznego mogą być sporządzane zgodnie z MSR, jeżeli przedsiębiorca ten sporządza sprawozdanie finansowe zgodnie z MSR”. W świetle powyższego pogląd wyrażony w odwołaniu konsorcjum Introl SA i Erbud SA, że CPL Concordia Societa Cooperativa Oddział w Polsce nie ma zdolności do występowania w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy PZP jest sprzeczny z obowiązującymi przepisami i jako taki jest twierdzeniem oczywiście nieuzasadnionym.

Odnosnie zarzutu sprzeczności złożonej oferty oraz załączników z brzmieniem art. 23 ust. 2 ustawy Pzp stwierdził w szczególności, że oba pełnomocnictwa [karta 205 i 206 oferty Konsorcjum Joka) zawierają treść, z której wynika jednoznaczne umocowanie p. A..... D..... do przygotowania oferty przetargowej, podpisania jej i przedłożenia u inwestora, do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do zawarcia umowy z Inwestorem i podpisania innych wymaganych przez Inwestora dokumentów przy udziale prawnego przedstawiciela lidera konsorcjum, tj. firmy CPL Concordia Societa Cooperativa. Zakres zatem tak udzielonego pełnomocnictwa nie budzi żadnych wątpliwości, co do umocowania p. A..... D..... do występowania w imieniu Lidera Konsorcjum JOKA w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie z części wstępnej pełnomocnictw wynika

jednoznacznie, że liderem konsorcjum jest firma CPL Concordia Societa Cooperativa, działająca przez swój oddział w Polsce prawidłowo wpisany do Rejestru Przedsiębiorców KRS. W tym stanie rzeczy nie ulega wątpliwości, że pełnomocnictwo udzielone p. A..... D..... jest prawidłowe i wyczerpująco obejmuje wszelkie czynności prawne i faktyczne konieczne do działania w niniejszym postępowaniu przetargowym i zostało udzielone przez

23

organ uprawniony do reprezentowania mocodawcy, którym jest Prezes Zarządu w osobie Pana R..... C.....

Odnosnie zarzutu braku należytej weryfikacji spełnienia przez Konsorcjum Joka wymogów w zakresie pkt 7.2.1 i 7.2.2 siwz, co do wartości robót w szczególności stwierdził, że rozporządzenie, na które powołuje się Odwołujący, zostało wydane na podstawie wyraźnej delegacji ustawowej, zawartej w art. 35 ust. 3 ustawy Pzp i określenie kursu złotego w stosunku do EUR służy wyłącznie przeliczaniu szacunkowej wartości zamówień. Zatem nie ma żadnych podstaw, by rozszerzać stosowanie tego przepisu do przeliczania innych wartości, w tym w szczególności do przeliczania wartości robót wskazanych w pkt. 7.2.2 SIWZ.

Zarzut, że roboty budowlane umieszczone w tabeli zatytułowanej „Wykaz wykonanych robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej w kogeneracji złożonej przez Konsorcjum JOKA, są robotami wykonanymi przez podmioty trzecie jest niezasadny. W tym przypadku wskazał, na oznaczenie kolumny piątej tej tabeli - „Oddane do dysponowania przez inne podmioty (nazwa podwykonawcy)” - stwierdzając, że jej tytuł nakazywał alternatywnie wpisanie w niej albo podmiotów trzecich, jeżeli Wykonawca zamierzał korzystać z ich potencjału (w takim przypadku zobowiązanie do korzystania z potencjału tych podmiotów w zakresie ich doświadczenia byłoby nieodzowne), albo podwykonawców, jeśli roboty ujęte w tabeli były robotami stanowiącymi doświadczenie wykonawcy. W niniejszej sprawie, w przypadku Konsorcjum JOKA mamy do czynienia z drugim spośród opisanych przypadków, tzn. z sytuacją, w której w tabeli ujęto roboty wykonane przez Lidera Konsorcjum Joka, tj. CPL Concordia Societa Cooperativa z siedzibą w Modenie, który przy ich realizacji posługiwał się podwykonawcami. Okoliczność ta jednak nie zmienia faktu, że roboty wymienione w tym dokumencie stanowią doświadczenie wykonawcy (Lidera Konsorcjum Joka) i w tej sytuacji jakakolwiek zobowiązanie Lidera do oddania Konsorcjum Joka do dyspozycji niezbędnych zasobów (tutaj doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, byłoby bezprzedmiotowe, bo byłoby zobowiązaniem „wobec samego siebie”, a więc zobowiązaniem jednego z podmiotów biorących udział w Konsorcjum Joka wobec tegoż Konsorcjum. Nie ulega natomiast wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wymaganego doświadczenia musi spełniać Konsorcjum Joka jako takie, a nie każdy z wykonawców wchodzących w skład tego Konsorcjum z osobna. Takie założenie byłoby nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji i przeczyłoby idei wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej podmiotów o uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego zarzut rzekomego braku wykazania sposobu, w jaki nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia, uczyniony pod adresem oferty

24

Konsorcjum Joka jest oczywiście bezprzedmiotowy, bo Konsorcjum Joka wykazuje się własnym doświadczeniem w zakresie wymogu określonego w pkt 7.2.1. SIWZ, a tym samym jakiegokolwiek zobowiązanie podmiotu trzeciego w tym zakresie jest zbędne. O tym natomiast, że budowy wymienione w omawianej tabeli (znajdującej się na stronie 7-8 oferty Konsorcjum Joka zostały wykonane przez Lidera Konsorcjum twierdzą wprost dokumenty - świadectwa wykonania prac (referencje), znajdujące się na stronach 9 - 24 oferty.

Odnosnie warunku z punktu 7.3 SIWZ, co do personelu wykonawcy [str. 63-66 oferty] i wskazując na bezpodstawność zarzutów stwierdził, że w Wykazie osób podano numery uprawnień posiadanych przez osoby wskazane jako odpowiedzialne za realizację zamówienia. Numery uprawnień jednoznacznie wskazują na rok ich uzyskania. Rok ten to ostatni człon numeru tychże uprawnień, dokładnie dwie ostatnie cyfry tego numeru. W związku z powyższym Zamawiający, dysponując kompletnymi danymi wynikającymi ze

złożonego w ofercie oświadczenia wiedzy, bezspornie wskazującymi na spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu, nie miał podstaw do żądania złożenia przez Konsorcjum dodatkowych wyjaśnień. Złożone oświadczenia są bezspornie wyczerpujące i nie budzą żadnych wątpliwości co do ich kompletności. Podkreślił, że ze złożonych w ofercie informacji wynika jednoznacznie, że wszystkie wskazane osoby odpowiedzialne za realizację zamówienia posiadają doświadczenie zawodowe przekraczające wymagane w specyfikacji. Także zdaniem Zamawiającego pozbawiony podstaw jest zarzut jakoby kierownik robót elektrycznych, mgr inż. F..... G..... posiadał uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy w specjalności instalacyjno - inżynierskiej wyłącznie w ograniczonym zakresie, tj. instalacji elektrycznych, nie zaś wymaganych sieci i instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych, Wbrew temu twierdzeniu uzyskane przez p. G..... uprawnienia z 03.01.1979 r., jako uprawnienia wydane osobie posiadającej wykształcenie wyższe techniczne, są uprawnieniami bez ograniczeń, upoważniającymi wskazanego kierownika robót elektrycznych do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, tj. sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Rok uzyskania uprawnień, tj. 1979 r., co wskazuje bowiem bezspornie, że zostały one wydane w oparciu o obowiązujące wówczas rozporządzenie Ministra Gospodarki Terenową! i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. (Oz. U. z 1975r. poz. 46). W §13 ust. 1. w/w rozporządzenia wymienione zostały specjalności techniczno-budowlane, w których wydawane były uprawnienia. W okresie obowiązywania w/w rozporządzenia uprawnienia obejmujące całą branżę elektryczną wydawane były wyłącznie dla specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie „instalacji elektrycznych” Obecnie specjalność ta nosi nazwę „instalacyjna w zakresie instalacji i urządzeń

25

elektrycznych\elektroenergetycznych”. W związku z powyższym uzyskane przez p. F..... G..... uprawnienia elektryczne obejmujące zakres nieograniczony, zgodnie są z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 7.3 SIWZ.

Uznając również zarzut dotyczący punktu 7.2.3 SIWZ za niezasadny, Zamawiający stwierdził, że to wymaganie dotyczy usług, polegających na opracowaniu dokumentacji projektowej pełnobrańzowej, jednakże dotyczącej wyłącznie budowy lub przebudowy instalacji kogeneracji i takie usługi zostały przez Konsorcjum Joka potwierdzone. Podał również, że zamówienia zrealizowane zostały w systemie „pod klucz”, tj. realizacja robót budowlano-instalacyjnych poprzedzona została opracowaniem dokumentacji projektowej, co z kolei dowodzi, że sporządzony projekt instalacji był projektem pełnobrańzowym, nie zaś wyłącznie częściowym. Wykonawca, przed przystąpieniem do realizacji zakresu robót wynikających z dokumentacji projektowej, zobowiązany był uprzednio dokumentację tę opracować w zakresie niezbędnym do podjęcia robót budowlanych. Zakres ten natomiast obejmować musiał wszystkie branże niezbędne do budowy instalacji kogeneracji, zgodnie ze sztuką budowlaną, W tym stanie rzeczy – zdaniem Odwołującego - jeśli wykonawca opracował dokumentację niezbędną do podjęcia robót, których zakres obejmował wykonanie całościowej funkcjonującej instalacji, to opracowanie to nie mogło być opracowaniem niekompletnym, częściowym. Instalacja wykonywana w oparciu o wyłącznie częściową wycinkową dokumentację nie byłaby instalacją działającą i pełnosprawną. W konkluzji podkreślił, że zgodnie z pkt 7.2.3 specyfikacji wymagał od Wykonawców wykazania się opracowaniem dokumentacji pełnobrańzowej budowy lub przebudowy instalacji. W związku z powyższym Wykonawca nie miał obowiązku wykazywania się opracowaniem innych dokumentacji, np. konstrukcyjno-budowlanej, która to nie występuje w zakresie robót instalacyjnych. Przedmiotem zamówienia natomiast są roboty instalacyjne, nie zaś ogólnobudowlane, stąd warunek udziału w postępowaniu dotyczyć mógł wyłącznie zakresu instalacji. Zarzut, że dokumentacja automatyki powinna być wyspecyfikowana oddzielnie jest również nieuzasadniony, albowiem zwyczajowo dokumentacja zakresu automatyki stanowi część dokumentacji branży elektrycznej, nie zaś samodzielnie występujące opracowanie. Zamawiający stwierdził również, że nie znajduje także uzasadnienia kwestionowanie przez Odwołującego, jako niepełnobrańzowej dokumentacji projektowej nr 2 wskazanej w „Wykazie usług projektowych”. Opisana inwestycja dotyczy wykonania instalacji kogeneracji na gaz metan dla Ceramiche Atlas Concorde S.p.A w roku 2012, w tym również wykonanie projektu wstępnego, wykonawczego i ostatecznego robót, dla mocy urządzeń wynoszącej 6.15 MW. Zdaniem Odwołującego wskazana w ofercie Konsorcjum dokumentacja nie może być

opracowaniem pełnobrażowym, gdyż, jak podaje Odwołujący, została wykonana, przez jedną osobę, Takie rozumienie dokumentu „Świadectwa prawidłowego wykonania” nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistości. Oświadczenie Wykonawcy w postaci „Wykazu

26

usług projektowych* zawarte na stronie 31 oferty wskazuje jednoznacznie, iż wykonawcą zamówienia nr 2 był CPL Concordia Cooperativa, a fakt zawarcia w dokumencie referencji nazwiska pracownika i projektanta firmy nie jest jednoznaczny z jego samodzielnym wykonywaniem całego zakresu prac związanych z budową kompletnej instalacji kogeneracji oraz jej kompleksowym samodzielnym zaprojektowaniem.

Co do niezasadności zarzutu z pkt 7.2.4 siwz odnośnie nie wykazania spełniania warunków świadczenia autoryzowanego serwisu stwierdził, że Konsorcjum wykazało spełnianie warunku. Powyższe jego zdaniem potwierdza wprost „Certyfikat polecający producenta” wystawiony przez GE Jenbacher z dnia 05.12.2012 r. oraz „zaświadczenie producenckie” tegoż producenta. Dokumenty te zostały złożone przez Konsorcjum Joka. Pierwszy z nich wsiął nadesłany w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 06 lutego 2013 r. Drugi z dnia 05.12.2012 r. był załączony bezpośrednio do oferty i stanowił jej strony 134-135.

Odnosnie warunku z pkt 14.8 specyfikacji związanego z zarzutem dotyczącym braku tłumaczeń Zamawiający podniósł, że nie wymagał potwierdzenia składanych wraz z ofertami tłumaczeń przez tłumacza, a jedynie potwierdzenia tych tłumaczeń przez wykonawcę. W związku z tym zarzut w odniesieniu do polisy znajdującej się na stronach 165 do 168 jest pozbawiony jakichkolwiek podstaw

Także zarzut braku wezwania Konsorcjum Joka do przedłożenia pełnomocnictwa dla radcy prawnego do potwierdzenia odpisu z KRS oraz wskazanych zaświadczeń ZUS i US jest niezasadny, albowiem w związku z art. 14 ustawy Pzp w kwestiach odnoszących się do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nie unormowanych odmiennie w ustawie Pzp, stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Stwierdził również, że poświadczenie treści odpisu dokumentu za zgodność z oryginałem jest czynnością o charakterze administracyjno-prawnym i udzielenie kompetencji do poświadczenia odpisów w drodze ustawowej dotyczy np. zawodów notariusza, adwokata lub radcy prawnego i tym samym do wykonywania czynności poświadczenia nie jest potrzebne jakiegokolwiek pełnomocnictwo, albowiem mają one swe źródło bezpośrednio w ustawie, w tym w ustawie o radcach prawnych.

Odnosnie zarzutów podnoszonych do oferty Konsorcjum INTROL, Zamawiający stwierdził, że uzasadnienie zarzutu nie znajduje uzasadnienia, ani w treści SIWZ, ani w żadnym innym dokumencie związanym z przedmiotowym zamówieniem publicznym, albowiem nie było jego zamiarem rozdzielenie przedmiotowego zamówienia na dwie części,

27

osobno na realizację inwestycji i osobno na serwis wybudowanego układu. W tym postępowaniu w niniejszej sprawie mamy do czynienia z jednym zamówieniem, a co za tym idzie zarzut rażąco niskiej ceny może być jedynie podnoszony (a co za tym idzie rozpatrywany) wyłącznie wobec całkowitej ceny zaoferowanej przez Konsorcjum INTROL za wykonanie przedmiotu zamówienia jako takiego, a nie w odniesieniu do jednej z części tego zamówienia. Już choćby ta okoliczność czyni odwołanie wniesione wobec czynności badania i oceny oferty Konsorcjum INTROL nieuzasadnionym i jest, w przekonaniu Zamawiającego, wystarczająca dla uznania, że odwołanie to nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Odwołującego takie stanowisko jest zbieżne z utrwalonym orzecznictwem sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, Pogląd taki jest również ugruntowany w doktrynie prawa zamówień publicznych. W tym miejscu jedynie tytułem przykładu można wskazać na kilka orzeczeń, które podobnie do Zamawiającego, a odmiennie od poglądów wyrażanych przez Odwołującego traktują sprawę integralności ceny zaoferowanej za przedmiot zamówienia jako takiego, a nie za jego poszczególne części i nakazują przy badaniu ofert pod kątem ewentualnej rażąco niskiej ceny brać pod uwagę cenę zaoferowaną za całe zamówienie objęte danym postępowaniem. Podniósł m.in., że „O cenie rażąco niskiej można mówić

wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych, [...] Przy definiowaniu "rażąco niskiej ceny" przykładowo można badać następujące okoliczności: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych." Dalej Zamawiający podniósł, wbrew twierdzeniu wnoszącego odwołanie, Konsorcjum INTRONOL w toku postępowania, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 06 lutego 2013 r., wystosowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP, przedstawiło stosowne wyjaśnienia odnośnie ceny za usługi serwisowe w swoim piśmie z dnia 7 lutego 2013 r., załączając dodatkowo do tego pisma oświadczenie KWE Technika Energetyczna Sp. z o.o. w Bielsku Białej, potwierdzające założenia kosztowe przyjęte przez Konsorcjum INTRONOL do wyczenia ceny za usługę serwisowania. Powyższe wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum INTRONOL pozwoliły Zamawiającemu zweryfikować cenę zaoferowaną przez to Konsorcjum za usługę serwisowania i ustalić, że, nawet gdyby badaniu podlegała wyłącznie ta część ceny zaoferowanej w ofercie Konsorcjum INTRONOL, a nie cena zaoferowana za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, to wbrew twierdzeniom Odwołującego również tej części ceny nie można postawić zarzutu, iż jest ona rażąco niska. Cena wskazana w piśmie KWE Technika Energetyczna sp. o.o. za jedną maszynogodzinę za 1 agregat przy wymaganym

28

maksymalnym czasie pracy agregatów, wskazanym w SIWZ (8 000 godzin rocznie) po przemnożeniu przez ilość 3 agregatów i 3 lat planowanego serwisu po dodaniu szacunkowego kosztu zakupu oleju smarnego i kosztu wymiany świec zapłonowych, ustalonych przez Zamawiającego na podstawie dostępnych cen rynkowych, wskazuje, że zaoferowana przez Konsorcjum INTRONOL cena za usługę serwisowania agregatów możliwa jest do uzyskania. W związku z tym w sprawie nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Konsorcjum INTRONOL wskazane w art. 90 ust. 3 ustawy PZP. Co do zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie, Zamawiający stwierdził, że w związku z dotychczasową argumentacją w sprawie w rzeczywistości nie mamy do czynienia z zarzucanym Konsorcjum INTRONOL czynem nieuczciwej konkurencji, a zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3) ustawy PZP w zw. z art., 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest zdaniem Zamawiającego nieuzasadniony. Podobnie zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp także jest niezasadny z uwagi na stanowisko Zamawiającego przedstawione w zakresie zarzutów odnoszących jest do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 oraz pkt 4 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego – uwzględniając przepis art. 185 ust. 3 i ust.4 ustawy Pzp - po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 381/13 przystąpiło Konsorcjum JOKA , a w sprawie KIO 397/13 Konsorcjum JOKA i Konsorcjum INTRONOL.

Niniejsze odwołania zostały przekazane do łącznego rozpoznania przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarządzeniem z dnia 26.02.2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania podlegają uwzględnieniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Rozpatrując odwołanie Izba miała na uwadze dyrektywę zawartą w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zgodnie, z którą Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać tylko w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Ponadto Izba miała na uwadze oświadczenia składane w toku rozprawy o cofnięciu zarzutów, a mianowicie w sprawie sygn. akt: KIO 381/13 – Odwołujący – Konsorcjum INTRONOL cofnął zarzut odnośnie braków formalnych dokumentów [pkt 14.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia], dotyczący braku należytego tłumaczenia dokumentów na język polski. Także ten zarzut został cofnięty przez Odwołującego – Control

29

Process w sprawie sygn. akt: KIO 397/13. Ponadto wykonawca CONTROL cofnął również zarzut dotyczący art. 23 ust.2 ustawy Pzp oparty na twierdzeniu, że oferta Konsorcjum JOKA oraz jej załączniki są sprzeczne z tym przepisem, a także zarzut dotyczący wymagań z pkt 7.2.1 i pkt 7.2.2 specyfikacji w zakresie wartości robót wyrażonych w euro i podstaw ich przeliczania przy braku należytej weryfikacji oraz zarzut dotyczący wymagań z pkt 7.2.1 w zakresie udostępniania zasobów. W tym zakresie Odwołujący – Konsorcjum INTRON podtrzymał te zarzuty [wskazane w odwołaniu KIO 381/13] i tym samym były one przedmiotem rozpatrzenia przez Izbę.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniach, Izba uwzględniła przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl którego strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdziła, że podlegają uwzględnieniu zarzuty podnoszone do oferty Konsorcjum JOKA zarówno w odwołaniu w sprawie sygn. akt: KIO 381/13 jak i w sprawie sygn. akt: KIO 397/13, dotyczące braku wykazania przez tego wykonawcę: (1) w pełnym wymaganym w punkcie 7.3 siwz zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, (2) spełniania warunku wynikającego z punktu 7.2.4 siwz wymaganego dla dostawcy agregatów kogeneracyjnych, (3) uprawnień dla radcy prawnego do potwierdzania za zgodność z oryginałem odpisu z KRS, zaświadczenia ZUS i zaświadczenia o nie zaleganiu w podatkach z US.

Rozpatrując pierwszy z zarzutów, Izba miała na uwadze wymaganie określone w pkt 7.3 specyfikacji oraz treść kolumny czwartej w tabeli ustalonej w załączniku nr 6 do siwz – Wykaz osób (...). Zgodnie z pkt 7.3 siwz Zamawiający obok uprawnień budowlanych w określonych specjalnościach wymagał – od osób wskazanych na stanowisko kierownika budowy/robót lub projektanta również co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego liczonego od daty uzyskania stosownych uprawnień. Potwierdzeniem tego warunku miały być informacje wynikające z Wykazu osób (...), w tym dane zamieszczone w kolumnie czwartej. Zgodnie ze wzorem tabeli [ustalonym w powołanym zał. Nr 6 so siwz] Zamawiający wymagał podania numeru uprawnień i roku ich uzyskania – według opisu kolumny „numer uprawnień/ rok uzyskania”. Zdaniem Izby przy tak sformułowanym warunku niewątpliwie nie można uznać, że co do osób wskazanych pod poz. 3 [p. mgr inż. R..... P.....] i pod poz. 7 [p. inż. M..... S.....] Konsorcjum JOKA wypełniło tabelę prawidłowo. Na podstawie wskazanych numerów uprawnień – w pierwszym przypadku - nr GP.IV.7342(265)94, a w drugim - akredytacja PCA nr AB1240 - nie można bezspornie ustalić roku, w którym wskazane osoby otrzymały stosowne potwierdzenia uprawnień i

30

wobec tego, że tej informacji nadano wysoki walor ważności [ta informacja służyła bowiem ocenie warunku w zakresie doświadczenia wymaganego dla personelu] Wykaz wymaga zatem uzupełnienia – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - o rok uzyskania stosownych uprawnień dla potwierdzenia wymaganego dla tych osób 5-letniego doświadczenia zawodowego. W pozostałym zakresie - [odnośnie p. W..... K....., A..... W....., G..... K..... i M..... B..... - podnoszony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem tak jak słusznie wskazał Zamawiający, w poz. 1, 3, 4 i 5 Wykazu w podanych numerach uprawnień posiadanych przez osoby wskazane jako odpowiedzialne za realizację zamówienia ostatni człon numeru tychże uprawnień, dokładnie zaś dwie ostatnie cyfry tego numeru – tak jak wymagał Zamawiający - informują o roku ich uzyskania. Także nie podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący p. mgr inż. F..... G..... wskazanego pod pozycją 6 tego Wykazu. W tym przypadku Odwołujący nie wskazał dowodów na poparcie twierdzeń, że kandydat posiada uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy w specjalności instalacyjno - inżynierskiej wyłącznie w ograniczonym zakresie, tj. instalacji elektrycznych, nie zaś wymaganych sieci i instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych. Tak jak słusznie stwierdził Zamawiający, p. mgr inż. G..... – jako osoba z wyższym wykształceniem - uzyskał uprawnienia w roku 1979, które zostały wydane w oparciu o obowiązujące wówczas przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Uwzględniając § 13 ust. 1 tego rozporządzenia w okresie jego obowiązywania uprawnienia obejmujące całą branżę elektryczną wydawane były wyłącznie

dla specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie „instalacji elektrycznych”. Ta specjalność obecnie oznaczona jest jako „instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych”. Izba ponownie zauważa, że Odwołujący nie tylko nie przedłożył dowodu przeciwnego na okoliczność posiadania przez p. mgr inż. F..... G..... uprawnień elektrycznych w ograniczonym zakresie, lecz nawet nie uprawdopodobnił tych okoliczności, nie przedstawiając chociażby wystąpień skierowanych do właściwej Izby. Izba zwraca także uwagę na nieprawidłowo identyfikowaną osobę w odwołaniu, oznaczaną z imienia jako Franciszek w miejsce Ferdynand, co mogło stanowić istotną przeszkodę w uzyskaniu stosownych informacji. Izba zauważa również, że wątpliwości wnoszącego odwołanie nie mogą powodować, przenoszenia ciężaru dowodu na Zamawiającego, gdyż zgodnie z dyrektywą określoną wskazanym art. 190 ust.1 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu – co do zasady - spoczywa na Odwołującym, który podnosi zarzut i z uwagi na, zdaniem podnoszącego zarzut, jego prawdziwość wykonawca wymaga uwzględnienia żądania.

31

Kolejny zarzut, który podlega uwzględnieniu przez Izbę, to zarzut dotyczący nie spełniania przez Konsorcjum JOKA warunku wynikającego z punktu 7.2.4 siwz wymaganego dla dostawcy agregatów ko generacyjnych. Zgodnie ze wskazanym punktem Zamawiający podał, (...) dostawca agregatów kogeneracyjnych musi być autoryzowanym dystrybutorem dostaw i serwisu producenta agregatów (...). W tym przypadku wymagał potwierdzenia spełniania tego warunku przez producenta, zaznaczając, że to wymaganie musi być przez oferenta spełnione. Na potwierdzenie tego wymagania Konsorcjum JOKA przedstawiło w ofercie [str 134 - 135] zaświadczenie producentki firmy GE Jenbacher dla CPL Concordia Soc. Coop., w którym stwierdzono, że (...) firma ta jest klientem z dużym doświadczeniem w instalacji ich silników oraz, że posiada autoryzację wystawcy zaświadczenia do zakupu i odsprzedaży silników w charakterze głównego wykonawcy, a także do wykonywania prac instalacyjnych zgodnie z jego instrukcjami”. Kolejny dokument z dnia 5.12. 2012 r. przedłożony przez Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego, którego wystawcą jest Jenbacher SRL, także informuje, o wieloletnim doświadczeniu CPL Concordia Soc. Coop w serwisowaniu silników marki GE Jenbacher oraz, że ta firma posiada autoryzację wystawcy do przeprowadzenia czynności silników GE Jenbacher na wymaganym poziomie kompetencyjnym. Izba stwierdza jednocześnie, że Zamawiający wymagał również oświadczenia producenta w punkcie 8.1.5 dla potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę agregaty zostaną w całości wykonane u producenta (...). Dla potwierdzenia tego wymagania Konsorcjum JOKA przedłożyło w ofercie [str 130] dokument oznaczony jak oświadczenie producenta, w którym producent został oznaczony jako GE Jenbacher GmbH & Co OG (GE Jenbacher) z siedzibą w Austrii i który to dokument podpisany został przez Team Leadera A..... K..... Zdaniem Izby, przedłożone dokumenty nie pozwalają stwierdzić, czy firma oznaczona jako GE Jenbacher SRL wystawca wskazanych dokumentów jest podmiotem uprawnionym do wystawienia wymaganego pkt 7.2.4 specyfikacji - dokumentu w imieniu producenta. Tak jak wskazuje inny dokument załączony do oferty [str 130] producentem jest niewątpliwie GE Jenbacher GmbH & Co OG z Austrii w rozumieniu postanowień specyfikacji. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że ten producent w piśmie z dnia 1 marca 2013 r. informuje, że CPL Concordia Soc. Cop nie jest związana z nim żadną formalną umową o dystrybucji bądź świadczenie usług serwisowych. Tym samym Izba, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, uznała, że Konsorcjum JOKA nie wykazało spełnianie warunku opisanego w pkt 7.2.4.SiWZ. To oznacza, że wymagane jest skierowanie do Konsorcjum JOKA wezwania na podstawie art. 26 ust.4 ustawy Pzp o wyjaśnienie statusu wystawcy dokumentu GE Jenbacher SRL, z uwzględnieniem art. 26 ust.3 ustawy Pzp, w przypadku gdyby składane wyjaśnienia nie potwierdziły, że wystawcą dokumentu nie jest producent lub podmiot nieuprawniony do składania oświadczenia w imieniu producenta.

32

Podlega również uwzględnieniu zarzut nie przedłożenia w ofercie pełnomocnictwa dla radcy prawnego, dokonującego potwierdzenia za zgodność odpisu z KRS (str. 182-184) oraz zaświadczenia ZUS (str. 190) i zaświadczenia o nie zaleganiu w podatkach z US (str. 192-

193). Tak jak słusznie stwierdził Odwołujący, brak jest w ustawie Pzp szczególnego przepisu, określającego kwestię dokonywania poświadczeń, przez radcę prawnego. Mając zatem na względzie przepisy rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów (...) taka osoba, jak radca prawny może poświadczać za zgodność z oryginałem dokumenty w toku procedur dotyczących zamówień publicznych, o ile posiada pełnomocnictwo materialne, wystawione przez podmiot, który jest wykonawcą - uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku Zamawiający jest zobowiązany wezwać Konsorcjum JOKA - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - do złożenia pełnomocnictwa dla radcy prawnego, który poświadczył za zgodność odpis z KRS na str. 182-184. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że dokumenty składane na rozprawie mają walor dowodowy dla potwierdzenia niezasadności zarzutu. Nie mogą tym samym zmierzać do uzupełnienia braków – wad, które są przedmiotem odwołania.

W pozostałym zakresie zarzuty podnoszone w odwołaniach do oferty JOKA nie podlegają uwzględnieniu.

Pierwszy z zarzutów dotyczący nieważności oferty Konsorcjum JOKA wnoszący odwołania wykonawcy oparli na twierdzeniu, że ani formularz ofertowy ani załączone do oferty dokumenty nie wskazują jednoznacznie, kto jest członkiem Konsorcjum JOKA, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W tym przypadku Izba podzieliła argumentację Zamawiającego - podnoszoną w odpowiedzi na odwołanie - że podnoszony zarzut złożenia oferty przez wykonawców spośród których jeden nie ma zdolności do samodzielnego występowania w obrocie prawnym – nie jest zasadny z uwagi na treść oferty złożonej przez Konsorcjum JOKA. W formularzu ofertowym tego wykonawcę, w miejscu przeznaczonym dla podania nazwy i adresu Wykonawcy, wskazano dwa podmioty, które wchodzi w skład Konsorcjum, a mianowicie Joka sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim i CPL Concordia Societa Cooperativa Oddział w Polsce z siedzibą we Wrocławiu (dalej Konsorcjum JOKA). Dalej Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie należy odróżniać zdolność podmiotu do zaciągania zobowiązań w imieniu własnym i wyłącznie na własny rachunek, co charakteryzuje podmioty wyposażone w osobowość prawną, od przyznanej przez prawo możliwości występowania w obrocie gospodarczym z bezpośrednim skutkiem dla innego podmiotu prawnego. Zdaniem Izby, oddział przedsiębiorcy zagranicznego ma zdolność do występowania w obrocie gospodarczym przyznaną na podstawie przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przepisy art. 85 do 92 tej ustawy regulują w sposób

33

szczegółowy zasady funkcjonowania i prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez przedsiębiorców zagranicznych. Zgodnie z art. 85 tej ustawy „Dla wykonywania działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorcy zagraniczni mogą, na zasadzie wzajemności, o ile ratyfikowane umowy międzynarodowe nie stanowią inaczej, tworzyć oddziały z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwane dalej "oddziałami". Oddział przedsiębiorcy zagranicznego występuje więc w obrocie prawnym ze skutkiem dla tego przedsiębiorcy i w ramach umocowania wynikającego z zapisów w Krajowym Rejestrze Sądowym. Treść wpisu, do Krajowego Rejestru Sądowego decyduje o tym, dla jakiej osoby prawnej bezpośredni skutek wywołują działania prawne oddziału. Nie ulega wątpliwości, że czynności dokonywane przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego lub w stosunku do tego oddziału odnoszą skutek prawny wobec przedsiębiorcy zagranicznego. W świetle powyższego i w świetle wpisu do KRS podmiotu pod nazwą „CPL Concordia Societa Cooperativa Oddział w Polsce” oczywistym jest, że w sprawie mamy do czynienia z oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego, który występuje w obrocie prawnym ze skutkiem dla tego przedsiębiorcy. Z zapisu zawartego w dziale 1 rubryka 1 wynika, że przedsiębiorcą zagranicznym Jest CPL Concordia Societa Cooperativa (spółka spółdzielcza) z siedzibą w Modenie. Spółka ta jest reprezentowana jednoosobowo przez prezesa R..... C....., co wynika z działu 2 rubryka 1 rejestru. Na podstawie ważnych pełnomocnictw udzielonych zgodnie z zapisami KRS przez prezesa R..... C..... zostało zawiązane konsorcjum CPL Concordia Societa Cooperativa, działającą przez swój Oddział w Polsce i spółkę pod firmą Joka sp. z o.o. W tym przypadku Izba miała na względzie orzecznictwo m.in. wyrok WSA w Opolu z dnia 16 stycznia 2008 sygn. akt SA/Op 189/07 (LEX nr 461867), zgodnie z którym (...) Wszelkie działania dokonane przez oddział przedsiębiorcy zagranicznego oraz wobec tego

oddziału odnoszą bezpośredni skutek prawny w stosunku do przedsiębiorcy zagranicznego". W świetle powyższego pogląd wyrażony w odwołaniu, że wykonawca - CPL Concordia Societa Cooperativa Oddział w Polsce nie ma zdolności do występowania w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy Pzp jest twierdzeniem nieuzasadnionym.

Odnosnie zarzutu sprzeczności złożonej oferty oraz załączników z brzmieniem art. 23 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdza, że oba pełnomocnictwa [karta 205 i 206 oferty Konsorcjum Joka) zawierają treść, z której wynika jednoznaczne umocowanie p. A..... D..... do przygotowania oferty przetargowej, podpisania jej i przedłożenia u inwestora, do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do zawarcia umowy z Inwestorem i podpisania innych wymaganych przez Inwestora dokumentów przy udziale prawnego przedstawiciela lidera konsorcjum, tj. firmy CPL Concordia Societa

34

Cooperativa. Zakres zatem tak udzielonego pełnomocnictwa nie budzi żadnych wątpliwości, co do umocowania p. A..... D..... do występowania w imieniu Lidera Konsorcjum JOKA w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie z części wstępnej pełnomocnictw wynika jednoznacznie, że liderem konsorcjum jest firma CPL Concordia Societa Cooperativa, działająca przez swój oddział w Polsce prawidłowo wpisany do Rejestru Przedsiębiorców KRS. W tym stanie rzeczy nie ulega wątpliwości, że pełnomocnictwo udzielone p. A..... D..... jest prawidłowe i wyczerpująco obejmuje wszelkie czynności prawne i faktyczne konieczne do działania w niniejszym postępowaniu przetargowym.

Odnosnie zarzutu braku należytej weryfikacji spełnienia przez Konsorcjum JOKA wymogów w zakresie pkt 7.2.1 i 7.2.2 siwz, co do wartości robót Izba stwierdza, że rozporządzenie, na które powołuje się Odwołujący, zostało wydane na podstawie wyraźnej delegacji ustawowej, zawartej w art. 35 ust. 3 ustawy Pzp i określenie kursu złotego w stosunku do EUR służy wyłącznie przeliczaniu szacunkowej wartości zamówień. Zatem nie ma żadnych podstaw, by rozszerzać stosowanie tego przepisu do przeliczania innych wartości, w tym w szczególności do przeliczania wartości robót wskazanych w pkt. 7.2.2 specyfikacji.

Zarzut, że roboty budowlane umieszczone w tabeli zatytułowanej „Wykaz wykonanych robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej w kogeneracji złożonej przez Konsorcjum JOKA, są robotami wykonanymi przez podmioty trzecie - jest niezasadny. W tym przypadku Izba wskazuje na oznaczenie kolumny piątej tej tabeli - „Oddane do dysponowania przez inne podmioty (nazwa podwykonawcy)" - stwierdzając, że jej tytuł nakazywał alternatywnie wpisanie, albo podmiotów trzecich, jeżeli wykonawca zamierzał korzystać z ich potencjału (w takim przypadku zobowiązanie do korzystania z potencjału tych podmiotów w zakresie ich doświadczenia byłoby nieodzowne), albo podwykonawców, jeśli roboty ujęte w tabeli były robotami stanowiącymi doświadczenie wykonawcy. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, w przypadku Konsorcjum JOKA mamy do czynienia z drugim spośród opisanych przypadków, tzn. z sytuacją, w której w tabeli ujęto roboty wykonane przez Lidera Konsorcjum Joka, tj. CPL Concordia Societa Cooperativa z siedzibą w Modenie, który przy ich realizacji posługiwał się podwykonawcami. Okoliczność ta jednak nie zmienia faktu, że roboty wymienione w tym dokumencie stanowią doświadczenie wykonawcy (Lidera Konsorcjum JOKA) i w tej sytuacji jakiegokolwiek zobowiązanie Lidera do oddania Konsorcjum JOKA do dyspozycji niezbędnych zasobów (tutaj doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, byłoby bezprzedmiotowe, bo byłoby zobowiązaniem „wobec samego siebie", a więc zobowiązaniem jednego z podmiotów biorących udział w Konsorcjum

35

JOKA wobec tegoż Konsorcjum. Nie ulega natomiast wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wymaganego doświadczenia musi spełniać Konsorcjum JOKA jako takie, a nie każdy z wykonawców wchodzących w skład tego Konsorcjum z osobna - takie założenie bowiem byłoby nieuzasadnionym

ograniczeniem konkurencji i przeczyłoby idei wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej podmiotów o uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego zarzut rzekomego braku wykazania sposobu, w jaki nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia, jest niezasadny, gdyż Konsorcjum JOKA wykazuje się własnym doświadczeniem w zakresie wymogu określonego w pkt 7.2.1. siwz, a tym samym jakiegokolwiek zobowiązanie podmiotu trzeciego w tym zakresie jest zbędne. O tym, że budowy wymienione w omawianej tabeli (znajdującej się na stronie 7-8 oferty Konsorcjum JOKA zostały wykonane przez Lidera Konsorcjum twierdzą dokumenty - świadectwa wykonania prac (referencje), znajdujące się na stronach 9 - 24 oferty.

Odwołujący INTROL [sygn. akt: KIO 397/13] dodatkowo wskazał, że roboty z wykazu na stronie 7-8 oferty Konsorcjum JOKA nie mogą być brane pod uwagę, gdyż Zamawiający wyraźnie zastrzegł w punkcie 7.2.2 SIWZ, że mają to być roboty inne niż w podpunkcie 7.2.1. Zarzut ten jest niezrozumiały, albowiem dla tak sformułowanego zarzutu uzasadnienie nie zostało przedstawione, tym bardziej, że roboty wykazane na str 7 i 8 oferty nie są robotami tożsamymi z robotami wykazanymi w ofercie w zakresie punktu 7.2.2.

Zarzut dotyczący punktu 7.2.3 siwz jest niezasadny, albowiem zdaniem Izby, przede wszystkim Zamawiający nie wymagał potwierdzenia doświadczenia w wykonywaniu dokumentacji projektowej pełnobrańkowej dla robót budowlano - instalacyjnych. Tak jak wskazano w tym punkcie Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się opracowaniem dokumentacji pełnobrańkowej dla budowy lub przebudowy instalacji. W związku z powyższym Wykonawca nie miał obowiązku wykazywania się opracowaniem innych dokumentacji, np. konstrukcyjno-budowlanej. W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi również budowa budynku, jednakże warunek odnoszący się do doświadczenia wykonawcy w zakresie projektowania ograniczony został w specyfikacji tylko do robót instalacyjnych. Izba również podzieliła pogląd Zamawiającego, że opracowanie dokumentacji automatyki nie musiało być oddzielnie wyspecyfikowane w dokumentach referencyjnych, albowiem Odwołujący – w zakresie wymaganym art. 190 ust.1 ustawy Pzp - nie przedstawili dowodu przeciwnego dla odparcia twierdzeń Zamawiającego, że zwyczajowo dokumentacja zakresu automatyki stanowi część dokumentacji branży elektrycznej, nie zaś samodzielnie występujące opracowanie. Także argumentacja podnoszona, co do dokumentacji projektowej nr 2 wskazanej w „Wykazie usług projektowych” [instalacja kogeneracji na gaz

36

metan dla Ceramiche Atlas Concorde S.p.A w roku 2012, w tym również wykonanie projektu wstępnego, wykonawczego i ostatecznego robót, dla mocy urządzeń wynoszącej 6.15 MW] nie podlega uwzględnieniu przez Izbę. Zdaniem Odwołującego wskazana w ofercie Konsorcjum dokumentacja nie może być opracowaniem pełnobrańkowym, gdyż została wykonana, przez jedną osobę, Takie rozumienie dokumentu „Świadectwa prawidłowego wykonania” nie znajduje potwierdzenia, zdaniem Izby, w treści oferty Konsorcjum JOKA. W tym dokumencie bowiem [strona 31 oferty] wskazano jednoznacznie, że wykonawcą zamówienia nr 2 był CPL Concordia Cooperativa, a fakt zawarcia w dokumencie referencji nazwiska pracownika i projektanta firmy nie jest jednoznaczny z jego samodzielnym wykonywaniem całego zakresu prac związanych z budową kompletnej instalacji kogeneracji oraz jej kompleksowym samodzielnym zaprojektowaniem.

Oдноśnie zarzutów skierowanych co oferty Konsorcjum INTROL [sygn. akt: KIO 397/13] Izba stwierdziła, że podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba przede wszystkim stwierdziła, że zamówienie w niniejszej sprawie obejmuje *de facto*: a) zaprojektowanie, dostawy i budowę elektrociepłowni [zgodnie z Programem funkcjonalno użytkowym – zał. Nr 3 do siwz] oraz b) świadczenie usługi serwisowej przez okres gwarancji dla układu kogeneracyjnego, która to usługa – jak podano chociażby we wzorze umowy serwisowej – jest konsekwencją realizacji wskazanego wyżej zadania inwestycyjnego. Powyższe – zdaniem Izby – jednoznacznie wynika, ze specyfikacji, w tym z pkt 16.1 SIWZ, albowiem zgodnie z tym punktem Zamawiający podał, że z jednym wykonawcą na całość przedmiotu zamówienia zostaną zawarte dwie umowy [z odrębnie

określonym wynagrodzeniem], z których jedna dotyczy robót budowlanych, wykonania projektów i nadzoru autorskiego, a druga – usługi serwisowej. W analizowanej sprawie poszczególne składowe ceny ustanowione zostały oddzielnymi kryteriami oceny ofert, odrębnie bowiem ustalona została cena za roboty budowlane oraz odrębnie - cena za

- w serwis. Te okoliczności,

zdaniem Izby, pozwalają na badanie proponowanych cen

zakresie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp - w sposób od siebie niezależny. Taką również metodologię badania zastosował w niniejszej sprawie Zamawiający, który w wezwaniu skierowanym do wykonawcy [pismo z dnia 6.02.2013 r.] stwierdził, że cena zaoferowana przez wykonawcę za świadczenie usług serwisowych w okresie 3 lat gwarancji [2.583.000] PLN znacznie odbiega od cen przedstawionych w pozostałych ofertach oraz zwrócił się o złożenie wyjaśnień w zakresie składników cenotwórczych, bądź przedłożenie kalkulacji wskazującej przyjęte rozwiązanie i potwierdzającej prawidłowość wyliczenia ceny usług

37

serwisowych. W odpowiedzi [pismo z dnia 7.02.2013 r.] wykonawca INTRON nie przedłożył stosownych wyjaśnień, tak jak wymagał Zamawiający. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że w wyjaśnieniach wykonawcy INTRON nie można doszukać się składników cenotwórczych, jak również nie została przedłożona kalkulacja wskazująca przyjęte rozwiązania – uzasadniające zastosowanie dla usługi serwisowej proponowanej w ofercie ceny. W tym piśmie wyjaśniającym, wykonawca INTRON oświadczył tylko, że nie może przedłożyć szczegółowej kalkulacji, gdyż (...) Sposób kalkulowania kosztów serwisu modułów kogeneracyjnych (algorytm wyliczeń) stanowi know-how naszej firmy zdobyte w toku wieloletniej realizacji analogicznych inwestycji. Jest to wartość sama w sobie stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustalenie w toku wieloletnich doświadczeń sposobu precyzyjnej i pełnej, ale i nie zawyżonej kalkulacji, pozwala nam na składanie ofert, które są konkurencyjne, lecz nie narażają nas na stratę w związku z realizacją zamówienia". Podał również, że (...) Przedmiotem poufnych ustaleń są również informacje o wysokości ceny, w tym wynegocjowanych upustów i rabatów" i teoretycznie wykonawca mógłby przedstawić kalkulację i umowy z dostawcą silnika łącznie z wnioskiem o jej utajnienie, jednakże jego (...) doświadczenia w tej mierze, wskazują na wyciekanie tych informacji, o czym dobitnie świadczy cytowanie w treści odwołań do KIO części ofert objętych utajnieniem (...). W konkluzji Izba stwierdza, że Konsorcjum INTRON przyznało, że nie przedstawi żądanej przez Zamawiającego kalkulacji, naruszając wymagania ustawy Pzp obligujące każdego z wykonawców do pełnej i wyczerpującej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Ponadto wykonawca INTRON w wyjaśnieniach posłużył się ogólnikowymi stwierdzeniami typu "cena serwisu zawiera serwis prewencyjny", "nasza firma współpracuje z firmą Jenbacher od 1999 roku", "długoletnia współpraca z producentem silników skutkuje odpowiednim upustem zarówno na roboty serwisowe jak i na części", "wymiana oleju nastąpi wtedy, gdy rutynowe badanie wykaże jego złe parametry", "analogiczna sytuacja ma miejsce przy żywotności świec zapłonowych, które są monitorowane w systemie sterowania silnika i wymieniane są tylko wtedy, gdy diagnostyka wskaże konieczność wymiany".

Zgodnie z przepisem art. 90 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę tego wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca zatem, składając wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust.1 ustawy Pzp powinien wskazać okoliczności, które uwzględnił przy kalkulacji ceny w oferowanej wysokości, w szczególności powinien m.in. wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, oraz w jakim stopniu – z uwagi na podane okoliczności – taka cena została obniżona. Oceniając wyjaśnienia, zamawiający może uznać za właściwy tylko taki sposób

38

ukształtowania ceny, który wynika z przyczyn o obiektywnym charakterze - zgodnych z prawem i nienaruszających zasad uczciwej konkurencji. Tak jak wynika z powołanego przepisu jedną z okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp jest nie złożenie stosownych wyjaśnień. Jednakże tak jak wskazuje się w

orzecznictwie, nie jest również wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wymagane są wyjaśnienia, które będą odpowiednio umotywowane i przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Tym samym wyjaśnienia Konsorcjum INTRON, zawierające niekonkretne, ogólnikowe stwierdzenia są niewystarczające i tym samym należy uznać, że wymagane wyjaśnienia nie zostały złożone, a to skutkuje w konsekwencji odrzuceniem oferty tego Konsorcjum na podstawie art. 90 ust.3 ustawy Pzp z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, o której stanowi również art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba stwierdza również, że w niniejszej sprawie treść powołanych wyjaśnień wskazuje na nieprawidłowość wyliczenia ceny usług serwisowych, co z kolei potwierdza również zasadność podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym przypadku Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie § 6, pkt 2 wzoru umowy serwisowej podał jakie elementy kosztowe obejmuje usługa serwisowa agregatów ko generacyjnych, wskazując m.in. na koszty związane z robocizną, materiałami i wymianą części zużywających się - eksploatacyjnych, a w szczególności koszt wymiany filtrów, świec i głowic, niezbędnych do wykonania wszelkich planowanych przeglądów, konserwacji i remontów (w tym przeglądów) na przestrzeni okresu gwarancji, a także na koszty dostawy oleju smarowego przewidzianego do uzupełnienia oraz do wymiany zgodnie z planem prac serwisowych oraz wszelkie niewymienione powyżej, a wymagane czynności i materiały niezbędne do utrzymania dyspozycyjności gwarantowanej przez wykonawcę, które winny być ujęte w cenie zawartej w usłudze serwisowej. Wykonawca w wyjaśnieniach przyznał, że nie ujął w cenie usługi kosztów związanych z wymianą oleju oraz świec zapłonowych [„wymiana oleju nastąpi wtedy, gdy rutynowe badanie wykaże jego złe parametry”, „analogiczna sytuacja ma miejsce przy żywotności świec zapłonowych, które są monitorowane w systemie sterowania silnika i wymieniane są tylko wtedy, gdy diagnostyka wskaże konieczność wymiany”]. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że wykonawca INTRON – pomimo wymagań Zamawiającego i producenta - bezpodstawnie założył, że podczas trwania umowy serwisowej nie trzeba będzie wykonywać - wymaganych siwz i zaleceniami producenta - przeglądów. Powyższe ustalenia zatem wskazują, że w omawianym zakresie oferta Konsorcjum INTRON nie odpowiada treści specyfikacji, o której to okoliczności stanowi art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i to również stanowi podstawę odrzucenia tej oferty.

39

Nie uwzględniając zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust.1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że Odwołujący zarzut ten oparł na twierdzeniu, że w przedmiotowej sytuacji, zaniżenie ceny usług serwisowych przez Konsorcjum INTRON i (...) sprzedaż ich Zamawiającemu po takiej cenie, miało na celu zwycięstwo w postępowaniu przetargowym i wyeliminowanie pozostałych wykonawców z rynku. Zaniżenie ceny za usługi serwisowe do poziomu niespotykanego w innych ofertach pozwoliło Konsorcjum INTRON zdobyć 20 pkt. w ramach oceny ofert i w rezultacie doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.” Tak jak wynika z ustaleń Izby, w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne ustalone zostały 3 kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, a mianowicie; (1) cena ofertowa inwestycji – waga 75 %, (2) cena ofertowa serwisu - waga 20 % oraz (3) sprawność układu ko generacyjnego – waga 5 %. Tym samym – w okolicznościach niniejszej sprawy – uzyskana maksymalna liczba punktów w kryterium „serwis” i nie kwestionowana przez Odwołującego liczba punktów uzyskanych w pozostałych kryteriach nie mogła w konsekwencji eliminować z postępowania innych wykonawców, w tym wykonawcy wnoszącego odwołanie. W konkluzji Izba stwierdza, że w okolicznościach niniejszej sprawy działania Konsorcjum INTRON, w związku z ustaloną ceną za usługę serwisu, nie można kwalifikować jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby przyjęte podstawy kalkulacji ceny za usługę serwisu – a właściwie brak jednoznacznych wyjaśnień, co do przyjętych podstaw kalkulacji ceny dla tej usługi - mogą uzasadniać co najwyżej stanowisko, ewentualnej próby ograniczenia rynkowych reguł uczciwego konkurowania, w celu uzyskania lepszej punktacji w jednym z kryteriów z wagą 20%.

Wydając wyrok Izba miała na uwadze art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, w przypadku gdy stwierdzone naruszenie przepisów

ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uwzględniła w części zarzuty podnoszone do oferty wykonawcy JOKA - uznanej w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne za najkorzystniejszą - zarówno w odwołaniu o sygn. akt: KIO 381/13 jak i w odwołaniu o sygn. akt: KIO 397/13 - i tym samym wskazane w odwołaniach naruszenia przepisów, w zakresie uwzględnionym przez Izbę miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

40

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych, a także w oparciu o przepisy 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:

.....

.....

41