

Sygn. akt: KIO 918/14

WYROK
z dnia 22 maja 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2014 roku przez wykonawcę **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra, Nowe Czarnowo**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Alstom Power Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., z siedzibą dla Pełnomocnika w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra, Nowe Czarnowo** kwotę **6 113 zł 40 gr** (słownie: sześć tysięcy sto trzysta złotych, czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz uzasadnione koszty noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 8 maja 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 roku, poz. 907 ze zmianami) dalej zwanej „ustawą” lub „Pzp” i art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, odwołanie złożył wykonawca Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwany dalej „Odwołującym”. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Remont kapitalny turbogeneratora B w Elektrowni Pomorzany” prowadzi Zamawiający: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie, w imieniu którego działa PGE GiEK SA Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra Nowe Czarnowo. Postępowanie ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S 021-033511 z dnia 30 stycznia 2014r.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego - a polegających na wyborze jako oferty najkorzystniejszej na remont kapitalny turbogeneratora B w Elektrowni Pomorzany oferty Konsorcjum firm: ALSTOM Power Sp. z o. o. oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. (dalej: „Konsorcjum” lub „Konsorcjum ALSTOM”), mimo że oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona, a za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu powinna zostać uznana oferta Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie:

- artykułu 89 ust. 1 pkt 6 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- artykułu 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ;
- art. 89 ust. 1 pkt 8 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo iż oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 387 Kodeksu Cywilnego;
- art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo że oferta powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi przez Zamawiającego;

ewentualnie:

- art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; ponownego badania i oceny ofert; odrzucenia oferty Konsorcjum ALSTOM; wyboru jako najkorzystniejszej oferty

Odwołującego; ewentualnie wezwania Konsorcjum do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z art. 90 Pzp.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, niepodlegającą odrzuceniu. Decyzja Zamawiającego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ALSTOM została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i w sposób oczywisty naraża Odwołującego na wymierną szkodę polegającą na utracie możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na Remont kapitalny turbogeneratora B objęty postępowaniem.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, która to oferta w ocenie Odwołującego zawiera cenę rażąco niską, co stanowi podstawę do odrzucenia takiej oferty. Zaniechanie Zamawiającego dokonane wbrew przepisom ustawy, naraża Odwołującego na wymierną szkodę polegającą na utracie możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego objętego postępowaniem.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 28 kwietnia 2014 - tj. w dniu przekazania przez Zamawiającego za pośrednictwem e-maila informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. W związku z powyższym odwołanie zostało wniesione w przewidzianym ustawą Pzp terminie. Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został w terminie uiszczony przez wykonawcę na rachunek UZP. Kopię odwołania przekazano w prawidłowym terminie Zamawiającemu.

W uzasadnieniu podniesiono, że przedmiotem postępowania jest remont kapitalny turbogeneratora B w Elektrowni Pomorzany. Pismem z dnia 28 kwietnia 2014 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na Remont kapitalny turbogeneratora B.

W ocenie Odwołującego: oferta Konsorcjum zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Zgodnie z treścią SIWZ w formularzu cenowym należało określić ceny jednostkowe za poszczególne prace/dostawy wymienione w Załączniku nr 2b do SIWZ, składające się na przedmiot zamówienia.

W ofercie Konsorcjum (str. 8) w pozycji 2.3. Remont uszczelnień pary i oleju turbiny Konsorcjum określiło cenę usługi na kwotę brutto 240 449,01 zł (kwota netto 195 487,99 zł.). Cena za remont uszczelnień pary i oleju turbiny, zaproponowana przez Konsorcjum jest pięciokrotnie niższa od ceny za przedmiotowe usługi, wskazane w ofercie Odwołującego. W ofercie Odwołującego cena ta jest wyższa o ponad 1 mln zł. Odwołujący po dokonaniu rzetelnej analizy zakresu prac, składających się na remont uszczelnień pary i oleju turbiny zaproponował realizację tej usługi za kwotę brutto 1 260 232,88 zł (kwota netto 1 024 579,56 zł).

Cena jednostkowa w ofercie Konsorcjum w pkt 2.3. Remont uszczelnień pary i oleju turbiny również znacznie odbiega od kalkulacji za usługi wchodzące w zakres remontu uszczelnień pary i oleju turbiny, której remont jest przedmiotem niniejszego postępowania, dokonanych przez inne firmy specjalizujące się w remontach turbozespołów.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego cena za usługi określone w pkt 2.3. formularza cenowego niewątpliwie została niedoszacowana przez Konsorcjum, co stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty. Niewłaściwe oszacowanie wartości prac składających się na remont uszczelnień pary i oleju ma istotny wpływ na końcową wartość oferty. Błąd w elemencie ceny tj. w zakresie prac, określonych w pkt 2.3. formularza cenowego ma wpływ na ustalenie ceny za całość świadczenia. Taki błąd dotyczy istotnych elementów oferty, a mianowicie ceny oferty i nie może, na gruncie ustawy Pzp zostać poprawiony.

Odwołujący zauważył, że należy do grupy kapitałowej Siemens AG, czyli do grupy kapitałowej producenta turbiny, której remont ma być przeprowadzony w ramach zamówienia objętego postępowaniem. Odwołujący ma dostęp do dokumentacji producenta turbiny, której szczegółowa analiza zapewnia rzetelną kalkulację usług za przeprowadzenie remontu turbiny. Cechą charakterystyczną turbin AEG (producenta turbin, której remont jest przedmiotem zamówienia) jest system uszczelnień, który konstrukcyjnie, a co za tym idzie technologicznie, w znaczący sposób różni się od rozwiązań uszczelnień w turbinach innych producentów i prawidłowy jego remont wymaga zdecydowanie większego nakładu pracy niż w przypadku innych turbin oraz zastosowania przyrządów specjalnych.

Zamawiający w postępowaniu nie udostępnił dokumentacji producenta turbiny, jednak zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający oczekuje, by remont turbiny był dokonany zgodnie z dokumentacją producenta turbiny, co wynika z m.in. z Załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 2 „Zakres prac części przepływowej i urządzeń pomocniczych turbiny”, ppkt. 2.1. „Remont korpusów zewnętrznych i wewnętrznych części WP, SP i NP turbiny w tym: (...) 2.1.15. dostawa i wymiana kompletu uszczelnienia korpusu wewnętrznego WP nr 2 z korpusem zewnętrznym, zgodnie z dokumentacją producenta turbiny (AEG).”

Według Odwołującego, Konsorcjum nie dysponuje dokumentacją projektową turbiny i stąd nie uwzględniło wszelkich czynników mających wpływ na cenę za remont uszczelnień pary i oleju turbiny. Nie mając wiedzy na temat rzeczywistego zakresu prac dotyczących usług z pkt 2.3. formularza cenowego, Konsorcjum popełniło błąd co do ustalenia realnego zakresu prac składających się na remont uszczelnień pary i oleju turbiny, a w konsekwencji błędnie oszacowało cenę za usługi z pkt 2.3. formularza cenowego. W ocenie Odwołującego, cena za czynności określone w pkt 2.3. formularza cenowego została skalkulowana przez Konsorcjum w sposób, który nie uwzględnia całości cech i zakresu przedmiotu zamówienia. Jak wskazano powyżej Zamawiający oczekuje, by remont turbiny był dokonany zgodnie z dokumentacją producenta turbiny, natomiast Konsorcjum nie ma dostępu do takiej

dokumentacji i nie mogło dokonać rzetelnej kalkulacji, nie wzięło pod uwagę wszystkich prac niezbędnych do przeprowadzenia przedmiotowego remontu. Odwołujący kalkulując ofertę uwzględnił wytyczne Zamawiającego oraz pełen zakres przedmiotu zamówienia. Według wiedzy Odwołującego nie jest możliwe zrealizowanie remontu uszczelnień pary i oleju turbiny przy uwzględnieniu wszystkich niezbędnych prac do jego przeprowadzenia za kwotę, którą podało Konsorcjum. Biorąc pod uwagę brak dostępu przez Konsorcjum do dokumentacji projektowej turbiny, której producentem jest Siemens AG, a w konsekwencji nie uwzględnienie przez Konsorcjum w kalkulacji ceny oferty całości cech i zakresu przedmiotu zamówienia; zdecydowaną różnicę w kalkulacji usługi wskazanej w pkt 2.3. formularza cenowego w porównaniu do oferty Siemens Sp. z o.o. oraz ofert innych podmiotów specjalizujących się w remontach turbozespołów w ocenie Odwołującego, należy przyjąć, że Konsorcjum dokonało błędnej kalkulacji ceny oferty Konsorcjum, a zatem oferta Konsorcjum zawiera błąd w obliczeniu ceny i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp powinna zostać odrzucona. Nie dokonując tej czynności Zamawiający naruszył wskazany przepis.

Zdaniem Odwołującego oferta Konsorcjum jest również niezgodna z treścią SIWZ.

Na stronie 13 oferty Konsorcjum złożyło harmonogram rzeczowo - finansowy, w którym ujęło kolumny dotyczące opisu etapu realizacji, dat zakończenia etapów oraz dat wystawienia faktur. Harmonogram zawiera również informacje o wystawcach faktur, podziale procentowym udziału w zamówienia oraz wartości faktur netto i brutto.

Tak ujęte pozycje w harmonogramie, w szczególności w pozycji dat wystawienia faktur, są niezgodne z treścią SIWZ oraz jednostronną modyfikacją postanowień umowy.

Zgodnie z treścią SIWZ (artykuł 4. Umowy tj. Okres i miejsce wykonania, str. 4 Umowy) zamówienie powinno zostać wykonane w terminie od dnia 16.06.2014 r. do dnia 30.09.2014 r., przy czym w punktach 1.2.1 do 1.2.3. powyższego artykułu umowa wprowadza terminy cząstkowe, w tym termin końcowy 30.09.2014 r. na dostarczenie kompletnej dokumentacji poremontowej.

Z kolei artykuł 7 Umowy tj. Procedury Odbioru (str. 9 Umowy) określa procedurę odbioru przedmiotu umowy, przy czym, zgodnie z postanowieniami Umowy faktura może być wystawiona jedynie po podpisaniu protokołu zdawczo odbiorczego podpisanego przez obie strony (artykuł 8 ust. 3 Umowy, str. 11).

Procedura odbioru, określona w artykule 7 Umowy, przewiduje możliwość zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń lub zgłoszenia wad, po których usunięciu odbiór dokonuje się ponownie. Umowa zakłada również prawo Wykonawcy do jednostronnego odbioru przedmiotu umowy w terminie J dni roboczych od daty powiadomienia do odbioru.

Co istotne, w ust. 9 Artykułu 7 Umowy (str. 10 Umowy) wskazano, że jeśli w przeciągu 1 miesiąca od daty przewidzianej w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym

jako dzień wystawienia protokołu odbioru, nie nastąpi jego podpisanie, to Strony przyjmują, że nastąpią wszystkie skutki, jakie umowa wiąże z faktem podpisania protokołu - jednym z takich skutków jest możliwość wystawienia faktury przez Wykonawcę.

Konsorcjum przedstawiło w harmonogramie między innymi dwie istotne pozycje i swoje warunki realizacji zamówienia, tj. daty wykonania danego etapu (datyienne) oraz daty wystawienia faktur za poszczególne etapy (datyienne). Obydwe pozycje pokrywają się ze sobą. Oznacza to, że Konsorcjum ma zamiar wystawić fakturę za każdy etap realizacji przedmiotu umowy, przed dokonaniem jego odbioru przez Zamawiającego, co jest niezgodne z treścią SIWZ, jak wyżej wykazano.

W świetle powyższego Konsorcjum dokonało modyfikacji warunków umowy, czyli treść jego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, mimo że zaakceptował treść umowy (oświadczenie z punktu 7 formularza oferty Konsorcjum). Oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak wskazano Zamawiający w postępowaniu nie udostępnił dokumentacji producenta turbiny, jednak zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający oczekuje, by remont turbiny był dokonany zgodnie z dokumentacją producenta turbiny, co wynika z m.in. z Załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt. 2 „Zakres prac części przepływowej i urządzeń pomocniczych turbiny”, ppkt 2.1. „Remont korpusów zewnętrznych i wewnętrznych części WP, SP i NP turbiny w tym: (...) 2.1.15. dostawa i wymiana kompletu uszczelnienia korpusu wewnętrznego WP nr 2 z korpusem zewnętrznym, zgodnie z dokumentacją producenta turbiny (AEG).”

Według Odwołującego, Konsorcjum nie dysponuje dokumentacją projektową turbiny i stąd nie jest możliwe by Konsorcjum zrealizowało zamówienie zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Jak wykazano powyżej, niedostateczna wiedza Konsorcjum w zakresie budowy turbiny, której remont jest przedmiotem postępowania prowadzi do błędów w ofercie i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

Dlatego też należy uznać, że oferta Konsorcjum ze świadczeniem niemożliwym w szczególności w zakresie prac określonych w pkt 2.3. formularza oferty, prowadzi do nieważności umowy ze względu na niemożność świadczenia. Do oferty Konsorcjum ma zastosowanie art. 387 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna”. W ocenie Odwołującego, podmiot, który nie dysponuje dokumentacją producenta turbiny, nie może zrealizować zamówienia zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Zamawiający określił, że remont ma być przeprowadzony zgodnie z dokumentacją producenta turbiny. W ocenie Odwołującego Konsorcjum nie dysponuje taką dokumentacją i nie może zrealizować remontu w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Dlatego też Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe należy przyjąć, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zaniechał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, mimo iż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, niepodlegającą odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego oferta Konsorcjum zawiera także cenę rażąco niską i Zamawiający jest zobligowany do zastosowania procedury opisanej w art. 90 ustawy Pzp, a czego Zamawiający zaniechał.

Zamawiający jest zobligowany do zastosowania procedury opisanej w art. 90 ustawy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, z przyczyn wskazanych poniżej.

Cena oferty Konsorcjum jest niższa o ponad 10% od ceny oferty Odwołującego. Cena oferty Konsorcjum wynosi 8 800 000, 00 zł netto, natomiast cena oferty Odwołującego wynosi 9 811 389, 31 zł netto. Niewątpliwie na wartość oferty składają się poszczególne ceny jednostkowe za usługi/dostawy będące przedmiotem danego zamówienia. Mając powyższe na względzie, Odwołujący podnosi, że Konsorcjum (str. 8) w ofercie pod pozycją 2.3. Remont uszczelnień pary i oleju turbiny, zaoferowało cenę za usługi określone w pkt 2.3. Formularza cenowego w wysokości 195 487, 99 zł netto (240 449, 01 zł brutto). Różnica między oszacowaniem usług w poz. 2.3. formularza cenowego między ofertami Konsorcjum oraz Odwołującego wynosi 829 091, 57 zł netto. Niewątpliwie kalkulacja usług z pozycji 2.3. formularza cenowego w sposób istotny przekłada się na wartość całej oferty Konsorcjum.

Odwołujący wskazuje, że cena za remont uszczelnień pary i oleju turbiny, zaproponowana przez Konsorcjum jest pięciokrotnie niższa od ceny jednostkowej za przedmiotowe usługi, skalkulowanej przez Odwołującego. Zaproponowana w ofercie Konsorcjum cena jest ceną nierealną.

Odwołujący należy do grupy kapitałowej Siemens AG, będącego producentem turbiny, której remont ma być przeprowadzony w ramach zamówienia objętego postępowaniem i dokonał szczegółowej analizy zakresu prac niezbędnych do rzetelnego wykonania remontu uszczelnień pary i oleju tego typu turbiny. W ocenie Odwołującego, ze względu na cechy konstrukcyjne turbiny i stopień skomplikowania prac składających się na remont uszczelnień pary i oleju turbiny, nie można przeprowadzić prac określonych w pkt 2.3. formularza cenowego za kwotę zaproponowaną przez Konsorcjum. Jest to cena nierynkowa i nierealna, znacznie odbiegająca cen za wykonanie remontu uszczelnień pary i oleju turbiny, której ma dotyczyć remont, proponowanych również przez inne firmy specjalizujące się w remontach turbozespołów.

Niewątpliwie kalkulacja cen za poszczególne czynności, będące przedmiotem zamówienia objętego postępowaniem przekłada się na wartość oferty. Jak wskazano powyżej całościowa wartość oferty Konsorcjum jest o ponad 10% niższa niż wartość oferty Odwołującego. W ocenie Odwołującego jest to cena nierynkowa i nierealna, nie pozwalająca Konsorcjum na realizację zamówienia bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Między ofertami Konsorcjum i Odwołującego jest różnica 1 011 389, 31 zł netto. Według Odwołującego różnica między cenami ofert jest na tyle istotna, że zagraża prawidłowej realizacji zamówienia przez Konsorcjum.

Z uwagi na podniesione powyżej zastrzeżenia wobec kalkulacji ceny oferty Konsorcjum, Zamawiający jest zobligowany do wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy oferta Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zaniechanie Zamawiającego w zakresie zwrócenia się do Konsorcjum o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowi naruszenie wymienionego przepisu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil jak w petitum.

W dniu 12 maja 2014 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: ALSTOM Power Sp. z o. o. oraz Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., z siedzibą dla Lidera w Warszawie. Wykonawcy wnosili o oddalenie odwołania w całości jako całkowicie bezzasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której także wnosil o jego oddalenie.

Na rozprawie Strony oraz Uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, w tym postanowień umownych ze wzoru umowy, pozostałej dokumentacji postępowania, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania, a także stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej właśnie oferty Przystępującego, co oznaczać może potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp na podstawie Rozdziału XI SIWZ (Sposób Obliczenia Ceny) Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Cena miała obejmować wszystkie usługi, jakie z technicznego technologicznego i organizacyjnego punktu widzenia są koniecznego do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena miała uwzględniać wartość pozyskanego w trakcie realizacji przedmiotu umowy oleju turbinowego. Wykonawca, w celu wskazania części składowych przedmiotu zamówienia wypełnić miał formularz cenowy. Podstawą do określenia cen składowych przedmiotu zamówienia był jego zakres określony w Rozdziale II SIWZ. Cena miała obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, także te nie ujęte szczegółowo w opisie przedmiotu zamówienia, a konieczne do jego realizacji.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę uznano, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z przywołaną wyżej regulacją Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Doktryna oraz orzecznictwo wskazuje, że za błąd w obliczeniu ceny należy uznać takie sytuacje, gdzie w ofercie dokonano błędnego (wadliwego) doboru poszczególnych elementów mających wpływ na obliczenie ceny (tak Prawo zamówień publicznych Komentarz pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanie III, Warszawa 2007). Błąd polega na przyjęciu nieprawidłowego założenia, np. nieprawidłowej stawki podatku VAT, cła, przemnożenia przez złą ilość przedmiotu zamówienia (tak Prawo zamówień publicznych Komentarz Paweł Granecki, 2. Wydanie, Warszawa 2009). Błędem

w obliczeniu ceny obarczona będzie więc taka oferta, w której w sposób nieprawidłowy, niezgodny ze stanem faktycznym, ustalono inną cenę niż wynika to z okoliczności faktycznych towarzyszących temu ustaleniu.

W takim ujęciu błędu w obliczeniu ceny, brak jest jakichkolwiek podstaw, by uznać, że oferta Przystępującego taki błąd w obliczeniu ceny zawiera. Na powyższą okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Za stwierdzeniem błędu w obliczeniu ceny w ofercie wybranego konsorcjum nie przemawia złożona na rozprawie przez Odwołującego oferta handlowa, świadczy ona bowiem jedynie o wysokości cen, jakie za daną usługę może zaoferować Odwołujący. Nie udowadnia natomiast okoliczności, że nie jest możliwe wykonanie usługi za inną kwotę, w tym kwotę niższą niż zaoferował Odwołujący.

Treść oferty konsorcjum Alstom jest jednoznaczna, spójna, formularz cenowy został wypełniony w sposób logiczny, nie zawiera żadnych pomyłek. Okoliczność, że jedna z kwot w formularzu odbiera wartością od kwoty zaproponowanej przez Odwołującego nie może dowodzić, że ta wartość w ofercie Przystępującego podana została błędnie, ponieważ przyjął on błędne założenia do wyceny tej pozycji. Przystępujący wielokrotnie na rozprawie podkreślał, że w latach ubiegłych wykonywał remonty tej samej turbiny i znana mu jest technologia, którą przy takim remoncie należy zastosować. Nie mamy więc w postępowaniu do czynienia z sytuacją, na którą wskazywał w odwołaniu Odwołujący, a mianowicie, że Przystępujący nie dysponuje dokumentacją projektową turbiny i stąd nie uwzględnił wszelkich czynników mających wpływ na cenę za remont uszczelnień pary i oleju turbiny. Tak sformułowanej tezy dowodowej Odwołujący nie zdołał wykazać.

Uznać zatem należało, iż Zamawiający nie miał podstaw, by przyjąć, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, tym samym brak było przesłanek do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp do tej oferty.

W przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ustalono, że do oferty należało załączyć harmonogram rzeczowo –finansowy, sporządzony przez wykonawcę na podstawie SIWZ.

Zamawiający ustalił, że przedmiot umowy wykonywany będzie od 16.06.2014 do 30.09.2014 roku. Wskazano, że Zamawiający w dniu 16.06.2014 roku przekaze wykonawcy turbogenerator B do remontu, przy czym do 27.08. 2014 roku wykonawca zakończy prace objęte przedmiotem umowy i przekaze turbogenerator do rozruchu, do dnia 3.09.2014 roku wykonawca ma przekazać przedmiot umowy do eksploatacji po zakończonym 72 godzinnym ruchu próbnym, natomiast do 30.09.2014 roku wykonawca dostarczy kompletną dokumentację poremontową.

W zakresie procedur odbioru wzór umowy przewidywał, że odbiory częściowe będą realizowane zgodnie z przedstawionym przez wykonawcę harmonogramem rzeczowo-

finansowym. Podstawą do uznania odbiorów częściowych i odbioru końcowego będą obustronnie podpisane protokoły zdawczo-odbiorcze.

Z uwag natury ogólnej podkreślenia wymaga, że skutki niewypełnienia czy też nieprawidłowego wypełnienia harmonogramu rzeczowo-finansowego można różnie zakwalifikować, w zależności od roli, jaką przypisano temu dokumentowi w świetle postanowień SIWZ. Spotykane są bowiem dokumenty stanowiące treść oferty, czyli zobowiązanie wykonawcy do wykonania poszczególnych (określonych) etapów robót w zadeklarowanych czasookresach (terminach). Żądane są jednak również przez zamawiających takie dokumenty, które nie mają statusu treści oferty, posiadając jedynie charakter pomocniczy czy wstępny. W orzecznictwie i piśmiennictwie wypracowane zostały reguły, których przeanalizowanie pozwala na odpowiedź czy na gruncie danej SIWZ wymagany przez Zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi treść oferty. Wskazuje się m.in. na następujące cechy:

- a) zakwalifikowanie dokumentu jako załącznika do umowy (integralnej części umowy), który ma charakter stanowczy, a więc nie może być dowolnie zmieniany przez wykonawcę po zawarciu umowy,
- b) powiązanie płatności częściowych z wykonaniem etapów robót, określonych i wyszczególnionych w harmonogramie,
- c) zastrzeżenie kar umownych za niedotrzymanie terminów wykonania etapów robót określonych w harmonogramie.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały elementy, które prowadzić mogłyby do wniosku, że dokument ten stanowił treść oferty, tj. zobowiązanie wykonawcy do wykonania świadczenia w określony sposób. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, że harmonogram rzeczowo-finansowy miał wyłącznie charakter pomocniczy i w konsekwencji, że nie stanowił treści oferty. Dokument ten miał służyć koordynacji działań wykonawcy i zamawiającego oraz określeniu maksymalnych terminów wykonania zamówienia. Choć niewątpliwie harmonogram będzie częścią zawartej umowy, to z niedotrzymaniem terminów określonych przez samego wykonawcę (w sposób dowolny, ale tak aby zachować jedynie trzy główne terminy narzucone z góry przez Zamawiającego) nie powiązano kar umownych za ich niedotrzymanie. Nawet jeżeli płatności częściowe powiązano z etapami wykonania zamówienia określonymi w harmonogramie, to w umowie nie znajdziemy żadnych zapisów o tym, że treść dokumentu ma charakter stanowczy i nie może ulec zmianie, także w zakresie określonych terminów cząstkowych.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że daty wystawienia faktur są niezgodne z treścią SIWZ. Z art. 7 ust. 2 i 3 wzoru umowy wynika, że odbiory częściowe

będą realizowane w oparciu o harmonogram rzeczowo-finansowy. Zgodnie ze wzorem umowy podstawą do wystawienia faktury będzie podpisany przez Strony protokół zdawczo-odbiorczy, który powstanie po dokonaniu odbioru. Z treści SIWZ nie wynika, że protokoły nie mogą być sporządzone i podpisane w dacie zakończenia realizacji danego etapu. Skoro więc takich obowiązków w SIWZ nie przewidziano i nałożono na wykonawcę, tym samym treść oferty takiego wykonawcy nie może być niezgodna z treścią SIWZ.

Nie podzielono również argumentacji zaprezentowanej przez Odwołującego odnośnie faktu, że wybrane konsorcjum ma zamiar wystawiać faktury za poszczególne etapy realizacji przed zakończeniem procesu odbioru danego etapu. Na powyższą okoliczność Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Za dowiedzeniem powyższej tezy nie może przemawiać przywołany przez Odwołującego na rozprawie wyrok, który zapadł z udziałem Przystępującego w innym postępowaniu, choćby z tej prostej przyczyny, że każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się pewną odmiennością i nie ma dwóch identycznych stanów faktycznych, a to oznacza również, że w każdym przypadku zachowanie wykonawcy należy oceniać w sposób indywidualny biorąc pod uwagę charakter prowadzonego postępowania przetargowego. Ponadto, za Zamawiający powtórzyć należy, że planowane terminy wystawienia faktury nie mają żadnego wpływu na działania Zamawiającego wynikające z przyszłej umowy, ponieważ to ona właśnie, a nie harmonogram rzeczowo-finansowy jednoznacznie określa kiedy Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty należnego wynagrodzenia.

Reasumując zatem Izba stwierdziła, że treści złożonego przez Przystępującego harmonogramu rzeczowo-finansowego, wymaganego przez Zamawiającego nie można było ocenić jako niezgodnej z treścią SIWZ. W konsekwencji zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w efekcie również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazał się chybiony.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący oparł na zapisach SIWZ, w których podkreślono, że dostawa i wymiana kompletu uszczelnienia korpusu wewnętrznego WP zewnętrznym nr 2 z korpusem zewnętrznym powinna być wykonana zgodnie z dokumentacją producenta turbiny (AEG). Nieważności oferty Przystępującego Odwołujący upatrywał w fakcie, że nie dysponuje on dokumentacją producenta, w związku z tym niemożliwe jest wykonanie świadczenia przez tego wykonawcę przy założeniach Zamawiającego.

Zarzut ten uznać należy za całkowicie bezzasadny. Regulacja Kodeksu cywilnego dotycząca niemożliwości świadczenia (art. 387 kc) przewidująca sankcję nieważności umowy może mieć zastosowanie jedynie w przypadku obiektywnej niemożliwości świadczenia, mającej charakter trwały i pierwotny. Za świadczenie obiektywnie niemożliwe

uznaje się świadczenie, które nie może być spełnione przez jakikolwiek podmiot, od samego początku zaistnienia stosunku prawnego i przez cały okres trwania tego stosunku (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt II CSK 611/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2009 r., sygn. akt I CSK 239/08). Ujęcie obiektywne niemożności świadczenia nakazuje przywiązywanie wagi nie tylko do sytuacji konkretnego dłużnika, ale do samego świadczenia (jego przedmiotu). Świadczenie może być niemożliwe do spełnienia przede wszystkim z przyczyn fizycznych. Chodzi tu np. o przypadek nieistnienia indywidualnie oznaczonego przedmiotu świadczenia.

Tymczasem Odwołujący wskazywał, że jedynie On przedmiotowe świadczenie może spełnić będąc dysponentem dokumentacji technicznej. Już tylko ta okoliczność powoduje, że art. 387 kc w przedmiotowym postępowaniu nie może mieć zastosowania, ponieważ przeświadczenie o niemożności świadczenia ma charakter subiektywny. W ocenie składu orzekającego Izby nie spełnione są również pozostałe przesłanki, tj. pierwotny i trwały charakter takiej niemożności. Skoro istnieje co najmniej jeden podmiot, który świadczenie może spełnić, to sytuacja niemożności świadczenia nie ma charakteru pierwotnego i nie jest stanem ciągłym i niezmiennym.

Dostrzeżenia wymaga również okoliczność, że warunkiem koniecznym wynikającym z SIWZ i ustalonym przez Zamawiającego było wykonanie zamówienia zgodnie z dokumentacją producenta turbiny, nie zaś fizyczne dysponowanie danym dokumentem. Przystępujący, odwołując się do swojego doświadczenia zawodowego, nabytego podczas przeprowadzanych w latach wcześniejszych remontów turbiny, z całą stanowczością oświadczał i podkreślał, że dokumentacja producenta jest mu znana i zgodnie z nią remont będzie przeprowadzony. Stwierdzić zatem należy, iż zadanie będące przedmiotem postępowania, w ocenie składu orzekającego Izby, jest obiektywnie świadczeniem możliwym do zrealizowania. To zaś oznacza, że nie ziściły się przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp a oferta Przystępującego w tym zakresie nie podlegała odrzuceniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jednoznacznie podkreślić należy, że wystąpienie do wykonawcy w trybie przywołanego przepisu o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Tryb ten dlatego winien być stosowany tylko wówczas, gdy badając i oceniając oferty Zamawiający poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny danej oferty. Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, że w każdym przypadku znaczących różnic cenowych między ofertami i choćby wartością szacunkową zamówienia, Zamawiający zobligowany jest uruchomić procedurę wyjaśnień. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle

są podane), ale poprzez realność poczynionych założeń danego wykonawcy, uwzględniając specyfikę działania danego wykonawcy, czy też specyfikę rynku zamówień w danej branży.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały okoliczności, które nakazywałyby Zamawiającemu uruchomienie procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wartość netto oferty Przystępującego praktycznie pokrywa się z wartością szacunkową zamówienia ustaloną przez Zamawiającego. Różnica w cenach między dwiema ofertami złożonymi w postępowaniu jest niewielka. Rodzi się zatem pytanie, z jakich okoliczności faktycznych, czy też prawnych Zamawiający miałby wywodzić przypuszczenie, że Przystępujący złożył ofertę z rażąco niską ceną. Z pewnością do okoliczności tych nie można zaliczyć faktu, że oferta Odwołującego jest droższa. Nie dowodzi również wystąpienia rażąco niskiej ceny fakt, że jedna z pozycji w formularzu cenowym odbiega od wartości za wykonanie danego rodzaju prac przyjętej przez drugiego z wykonawców. Przeprowadzona analiza formularzy zamieszczonych w obu ofertach wskazuje, że istnieje co najmniej kilka pozycji, przy wartości których obie oferty są bardzo zróżnicowane i nie zawsze w takim przypadku cena w ofercie Przystępującego jest tańsza a cena w ofercie Odwołującego droższa. Ponadto, jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, przy zastosowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, przyjmuje się, że decydujące znaczenie powinna mieć raczej cena całkowita wynikająca z oferty a nie poszczególne składowe na daną cenę przypadające. Jedynie w bardzo wyjątkowych przypadkach dopuszcza się możliwość badania cen jednostkowych i na ich podstawie wnioskowania o cenie rażąco niskiej. W przedmiotowym postępowaniu w ocenie składu taki przypadek nie zaistniał.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów zaniechania odrzucenia oferty wybranego konsorcjum, za niezasadny należało również uznać zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że badanie i ocena ofert w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała zatem, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości wynikającej z faktury przedłożonej do akt sprawy oraz zaliczając koszty noclegu pełnomocników.

Przewodniczący: