

Sygn. akt: KIO 2255/10

**WYROK**  
**z dnia 2 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie:** **Małgorzata Stręciwiłk**

**Marek Szafraniec**

**Protokolant:** **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 18 października 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K.T.S. Elpom S.A., ul. Pruszkowska 24, 15-830 Nadarzyn (lider) oraz Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** odwołania w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o., ul. Rybaki 31/35, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawcy **Instal Białystok S.A., ul. Orzeszkowej 32, 15-084 Białystok**, zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K.T.S. Elpom S.A., ul. Pruszkowska 24, 15-830 Nadarzyn (lider) oraz Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K.T.S. Elpom S.A., ul. Pruszkowska 24, 15-830 Nadarzyn (lider) oraz Hydrobudowa Gdańsk S.A., ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**UZASADNIENIE**

## do wyroku z dnia 2 listopada 2010 r. o sygn. akt: KIO 2255/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Modernizację gospodarki osadowej w Centralnej Oczyszczalni Ścieków (budowa systemu termicznej przeróbki osadów)” prowadzonym przez zamawiającego - Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: K.T.S. Elpom S.A. oraz Hydrobudowa Gdańsk S.A. (dalej „odwołujący”) złożył wobec odrzucenia oferty odwołującego się, podnosząc następujące zarzuty:

1. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) wyrażające się w jego błędnym zastosowaniu w sytuacji, gdy treść oferty odwołującego się, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wyrażające się jego błędnym zastosowaniu w sytuacji, gdy oferta odwołującego się jest zgodna z ustawą Pzp,
3. naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu poprawienia w ofercie odwołującego się omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący się wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego się,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania poprawienia w ofercie odwołującego się, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, omyłki polegającej na omyłkowym przedstawieniu w schemacie technologicznym Instalacji Termicznej Przeróbki Odpadów dwóch wentylatorów, ewentualnie nakazanie zamawiającemu przyjęcia oferty odwołującego się po uwzględnieniu wyjaśnień z dnia 27.09.2010 r. (odpowiedź na pytanie nr 8) bez dokonywania w niej korekty, jako nie obejmującej dwóch wentylatorów przed i za krzyżowym wymiennikiem ciepła,
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego się.

Odnosnie zarzutu niezgodności treści oferty odwołującego się z wymogami III części SIWZ Programu Funkcjonalno - Użytkowego (punkt 6.1.3.) o brzmieniu: „Ze względów bezpieczeństwa suszarka wyposażona zostanie w system zraszaczy. Ponadto zarówno w suszarce, jak i w układzie recyrkulacji osadu należy mierzyć stężenie CO i CO<sub>2</sub> i pyłu”. „Instalacja suszenia osadu musi posiadać zabezpieczenia przeciwwybuchowe

zgodnie z Dyrektywą ATEX 94/9/WE (lub równoważną) w każdym momencie pracy instalacji: w czasie normalnej pracy, w czasie uruchamiania instalacji, w czasie zatrzymywania, w czasie awaryjnego wyłączenia" odwołujący się podał, że według zamawiającego oferowane przez niego rozwiązanie nie obejmuje pomiaru CO i CO<sub>2</sub> zarówno w suszarce, jak i w układzie recyrkulacji, a nadto iż wykonawca / producent nie przeprowadzi oceny ryzyka włączając w to ryzyko wybuchu oraz klasyfikacji obszarów niebezpiecznych zgodnie z dyrektywą ATEX 94/9/WE.

Wskazał, iż w złożonej ofercie (pkt 4 pkt 3 formularza oferty) złożył jednoznaczne oświadczenie, iż „gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji”, a także, że w odpowiedzi na pytanie zamawiającego (pismo L. dz. 1235/09/2010) wyjaśnił: „(...) cały system bezpieczeństwa pracy suszarni oparty jest na pomiarze zawartości pyłu w powietrzu odlotowym i kontroli temperatury powietrza odlotowego...” oraz „(...) na życzenie klienta będzie wykonany pomiar stężenia CO<sub>2</sub> i CO.”

Przypomniał, że wyjaśnił również zamawiającemu, że zdaniem producenta suszarni tj. firmy Klein opisany w SIWZ system zabezpieczenia przeciwwybuchowego w oparciu o pomiary stężenia CO i CO<sub>2</sub> jest mało precyzyjny i nie gwarantuje bezpieczeństwa pracy suszarni. Podał, że w oferowanej przez odwołującego się suszarni doprowadzenie energii termicznej potrzebnej do prawidłowego przebiegu procesu suszenia jest realizowane przy pomocy spalania gazu lub oleju opałowego w strumieniu powietrza obiegowego suszarni, zaś produktami spalania tych nośników energii są właśnie CO<sub>2</sub> i śladowe ilości CO, w związku z czym wymóg zabezpieczenia prowadzenia procesu suszenia w oparciu o pomiary stężenia CO i CO<sub>2</sub>, które występują w różnym stężeniu podczas normalnej eksploatacji suszarni, jest z punktu widzenia logiki nieuzasadniony. Nie oznacza to jednak - zdaniem odwołującego się - iż oferta odwołującego się tych pomiarów nie uwzględnia.

Odnosnie niezgodności treści oferty odwołującego się z treścią III części SIWZ Programu Funkcjonalno - Użytkowego (punkt 6.1.3.) w zakresie:

1. rozwiązanie oferowane przez odwołującego się nie pozwala na ominięcie fazy kleistej,
2. oferowana instalacja nie ma automatycznego sterowania ilością recyrkulowanego granulatu,
3. nie zapewnia minimalnej zawartości suchej masy na wyjściu 90 %

odwołujący podał, że w pkt. 6.1.3. PFU zamawiający wskazał, iż: „(...) należy zastosować suszarnię taśmową niskotemperaturową lub średnotemperaturową o temperaturze suszenia do 130° C, musi być zastosowana skuteczna metoda ominięcia fazy kleistej. Zamawiający preferuje metodę polegającą na recyrkulacji części osadu wysuszonego.”

Odwołujący się stwierdził, że przedstawił w ofercie skuteczną metodę ominięcia fazy kleistej opartą na zastosowaniu recyrkulacji osadu wysuszonego do osadu odwodnionego, wyjaśniając, że taką technologię przedstawia schemat technologiczny i opis procesu suszenia. Podniósł, że zaproponował zawracanie części osadu wysuszonego do osadu odwodnionego i przed podaniem na górną taśmę suszarni dokładne wymieszanie tych dwu strumieni w mieszarce dwuwałowej. Przypomniał, że w dodatkowych wyjaśnieniach (w odpowiedzi na pytanie 4 z dnia 20.09.2010 r.) wskazał, iż oferowana technologia umożliwi domieszkiwanie osadu wysuszonego do osadu odwodnionego w dość szerokim zakresie tzn. do uzyskania zawartości s.m. w osadzie podawanym na suszarnię nawet w granicach do 65 %.

Powołał się także na odpowiedź na pytanie zamawiającego (pismo L.dz. 1235/09/2010): „ (...) W suszarni Kleina wystarczająca dla prawidłowego przebiegu suszenia jest zawartość s.m. w osadzie wprowadzanym do suszarni na poziomie około 40%...” oraz „(...) Zawartość s.m. osadu recyrkulowanego może w proponowanej technologii zostać zwiększona nawet do uzyskania zawartości s.m. w osadzie wymieszanym w przedziale 40 - 65 %”.

Odwołujący się podkreślił, iż w żadnym zapisie SIWZ zamawiający nie wskazał wg jakiej zawartości suchej masy jest możliwe ominięcie wg niego fazy kleistej, określił natomiast w PFU, iż „(...) Generalna koncepcja budowy ITPO opiera się na dwóch podstawowych założeniach wpływających w zasadniczy sposób na koszty eksploatacji obiektu:

- jak najmniejsze zużycie energii zewnętrznej
- Wykonawca zaprojektuje proces suszenia w taki sposób, aby termiczne przekształcenie osadów zachodziło w sposób maksymalnie efektywny."

Wobec powyższego odwołujący się stwierdził, iż treść SIWZ wyraźnie wskazuje na wykonawcę, jako podmiot, który winien dobrać metodę osuszenia fazy kleistej, byleby umożliwiała ona ominięcie fazy kleistej.

W ocenie odwołującego się najbardziej efektywne i energooszczędne jest prowadzenie procesu suszenia pozwalające na ominięcie fazy kleistej przy zawartości s.m. około 40% i tak też została przedstawiona oferta.

Odwołujący się podniósł, iż w żadnym zapisie SIWZ nie określono wymogu, aby oferowana instalacja miała automatyczne sterowania ilością recykulowanego granulatu. Tymczasem zamawiający - wskazał odwołujący - stwierdził w uzasadnieniu odrzucenia oferty, „że zgodnie z wymaganiami [...] opisanymi szczegółowo w SIWZ, przy zmianie zawartości suchej masy po wirówkach (SMOO) suszarnia powinna się dostosować automatycznie, a nie manualnie przy ingerencji obsługi."

Dodał, że zamawiający nie przytoczył żadnego zapisu SIWZ, w którym taki wymóg miałby się znajdować.

Oświadczył, że zaoferowane przez niego rozwiązanie nie obejmuje automatycznej regulacji ilości osadu recyrkulowanego, bo nie ma na rynku systemu ciągłego pomiaru zawartości s.m. w osadzie odwodnionym.

Odwołujący się podał, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty stwierdził: „Z treści oferty oraz wyjaśnień wynika, iż [...] mieszanina na wejściu nie ma 40 % suchej masy, a granulatu na wyjściu nie ma 90 % suchej masy, co oznacza, iż brak jest spełnienia warunków SIWZ [...]”.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie wskazał, w której części oferty lub wyjaśnień odwołujący się nie przyjął warunku zapewnia minimalnej zawartości suchej masy na wyjściu 90 %.

Podniósł także, że w udzielonej odpowiedzi na pytanie 4 z dnia 20.09.2010 r. odwołujący się wyjaśnił, że „oferowana suszarnia zawsze utrzymuje na wyjściu gwarantowaną zawartość s.m.” Odwołujący się oświadczył, że podtrzymuje, iż oferowana przez niego instalacja zapewnia minimalną zawartości suchej masy na wyjściu na poziomie 90 %.

Odnosząc zarzut, iż treść oferty odwołującego się nie odpowiada wymogowi pkt 6.1.3. PFU o brzmieniu: „...Proces suszenia będzie odbywał się metodą bezpośrednio konwekcyjną, to oznacza, że ciepło do procesu suszenia przekazywane będzie bezpośrednio z paleniska spalającego gaz ziemny, awaryjnie olej opałowy lub biogaz, bez wymiennika ciepła...” odwołujący się wskazał, że na schemacie technologicznym pokazane jest spalanie nośników energii pierwotnej (gaz ziemny, biogaz lub olej opałowy) w części strumienia powietrza obiegowego. Wyjaśnił, że w oferowanej przez niego instalacji jest tylko jeden wymiennik krzyżowy do odzysku ciepła z powietrza odlotowego i przekazania go do powietrza świeżego doprowadzanego do suszarni, który ma za zadanie zmniejszenie zapotrzebowania na energię termiczną niezbędną dla prawidłowego przebiegu procesu suszenia osadów. Jednak w złożonej ofercie - stwierdził odwołujący się - jest przewidziane bezpośrednie spalanie nośników energii pierwotnej w części strumienia powietrza obiegowego.

Stwierdził, że jego oferta przedstawia proces suszenia metodą bezpośrednio konwekcyjną, t.j. ciepło do procesu suszenia przekazywane będzie bezpośrednio z paleniska spalającego gaz ziemny, awaryjnie olej opałowy lub biogaz, bez wymiennika ciepła.

Odnosząc zarzut, iż treść oferty odwołującego się nie odpowiada wymogowi PFU pkt 6.1.3: „Granulat musi mieć postać o wymiarach podanych w tabeli 11, wymiary nie mogą

być przekroczone w żadnym kierunku." „Średnica granulatu dla ilości 95% wagowo osadu wysuszonego 0,5 - 10 mm" odwołujący uznał wymagane wymiary granulatu określone zostały dla ilości 95% wagowo osadu wysuszonego. Mogą być zatem przekroczone poniżej 5 mm i powyżej 10 mm, pod warunkiem, że łączne przekroczenie wagowe nie będzie większe niż 5%.

Zdaniem odwołującego się zamawiający wprowadza pojęcie pyłu, traktując pył jako granulację zbliżony do wymiaru 0,5 mm. Odwołujący się stwierdził, że z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, iż zamawiający dopuszcza w SIWZ, aby powstały w procesie granulacji nawet 95% zawartości tego pyłu pod warunkiem, że zostanie zastosowane sito i pył zostanie oddzielony od reszty granulatu, co wedle odwołującego się oznacza, że zamawiający nie rozumie rozwiązania oferowanego przez odwołującego się. Odwołujący uznał, że problem nie tkwi w oddzieleniu pyłu od granulatu, tylko w zastosowaniu takiej technologii kruszenia i zastosowanych przenośników, by pył nie powstał. Wyjaśnił, że oferowana przez niego rozdrabniarka osadu i specjalna konfiguracja przenośników do odbioru osadu dla potrzeb recyrkulacji w stosunku do przenośnika odprowadzającego osad do silosu gwarantuje uzyskanie wymaganej wielkości granulatu.

W ocenie odwołującego oferowane przez niego rozwiązanie gwarantuje wymaganą średnicę granulatu dla ilości 95% wagowo osadu 0,5-10 mm.

Dodatkowo odwołujący podniósł, że brak zapisów w SIWZ o wymogu stosowania sita, co oznacza, iż brak jest podstaw do podnoszenia powyższego jako argumentu przemawiającego za niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc zarzut, iż zaproponowana przez odwołującego się instalacja suszenia jest rozwiązaniem prototypowym, nie spełniającym wymagań zamawiającego określonych w SIWZ - PFU 6.1.3. odwołujący wskazał, że zamawiający w SIWZ - PFU strona 164 pkt 14 zapisał: „14) Zastosowana technologia ITPO jak i jej poszczególne węzły (elementy) powinny być sprawdzone w praktyce eksploatacyjnej. Zaproponowane w ofercie urządzenia nie mogą być rozwiązaniami prototypowymi."

Zdaniem odwołującego się w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wybiórczo przywołuje tylko drugie zdanie z cytowanego wyżej wymogu i stwierdza na tej podstawie, że oferowana instalacja nie spełnia określonych w SIWZ wymogów, bo nie ma w liście referencyjnej suszarni, która jednocześnie spełniałaby wszystkie określone w piśmie o odrzuceniu ofert wymogi.

Odwołujący stwierdził, że z przywołanego zapisu SIWZ nie wynika, iż zakaz oferowania urządzeń prototypowych odnosić należy do wszystkich wymagań technologicznych branych łącznie (traktowanych jako jedno urządzenie). Dodał, że wymóg taki byłby nierealny do spełnienia, gdyż nie ma instalacji identycznych i można by było dojść

do wniosku, iż każda instalacja (mimo, iż oparta na sprawdzonych w praktyce elementach) jest rozwiązaniem prototypowym.

W ocenie odwołującego zaofiarowanie sprawdzonych w praktyce urządzeń nie może być odbierane przez zamawiającego jako zaofiarowanie prototypowej technologii ITPO skoro każde z oferowanych przez odwołującego się urządzeń sprawdziło się w praktyce i funkcjonuje w wielu miejscach na świecie.

Podał, że wykonane przez Klein i pracujące na oczyszczalniach suszarnie suszą osady odwodnione:

- rozkładane przy pomocy przenośnika ślimakowego, przy pomocy układu pompowego (dystrybutora) z recyrkulacją osadu lub bez recyrkulacji,
- osady przefermentowane lub ustabilizowane tlenowo,
- do suszenia wykorzystywane jest ciepło doprowadzone do powietrza obiegowego poprzez spalanie w nim różnych nośników energii lub pośrednio poprzez wymienniki ciepła,
- wszystkie wykonane suszarnie mają możliwość suszenia osadów do 90 % s.m.,
- na różnych suszarniach ominięcie fazy kleistej realizowane jest w różny sposób, między innymi też przez oferowaną tu recyrkulację osadu wysuszonego,
- suszenie osadów na większości suszarni Kleina odbywa się w temperaturze do 130°C (są suszarnie gdzie wykorzystuje się istniejące na oczyszczalni ciepło odpadowe i pracują one wtedy przy temperaturach możliwych do uzyskania z tego ciepła odpadowego).

Odnośnie błędnego obliczenia zużycia energii elektrycznej ITPO odwołujący podał, że dla celów oceny kosztów eksploatacyjnych Stacji Mechanicznego Odwadniania Osadów i Instalacji Termicznej Przeróbki Osadów, zamawiający przygotował do wypełnienia załącznik nr 6. Wskazał, że zgodnie z wymogami SIWZ w przygotowanym zestawieniu ocenie podlega tylko wartość sumarycznego zapotrzebowania na energię elektryczną będąca sumą z wartości jednostkowych podanych dla poszczególnych napędów w ostatniej kolumnie tego zestawienia.

Odwołujący wyjaśnił, że sposób wyliczenia zużycia energii dla instalacji SMOO i ITPO jest różny ze względu na specyfikę pracy powyższych instalacji tzn. specyfikę pracy poszczególnych urządzeń instalacji. W instalacji ITPO, przy zastosowanym przez odwołującego typie suszarki część urządzeń pracuje w sposób ciągły, część urządzeń pracuje w sposób ciągły, ale z płynną regulacją mocy realizowaną przy pomocy falowników, pozostałe urządzenia załączane są i kontrolowane w sposób sekwencyjny przez automatykę suszarki, co zostało określone przez dostawcę kompletnego urządzenia tj. firmę KLEIN i wykazane w załączonej tabeli oraz opisie technologii suszenia.



Odwołujący podniósł, że z żadnego zapisu SIWZ nie wynika, iż odwołujący się miał obowiązek zastosować „to samo podejście dla obliczenia zużycie energii elektrycznej dla SMOO i ITPO”.

Odwołujący się stwierdził, że nie mógł przedstawić innego rodzaju kalkulacji, gdyż byłaby ona nieprawdziwa i niezgodna z rzeczywistym zapotrzebowaniem na energię oferowanej instalacji, zaś wynikiem podanych wartości w załączonej do oferty tabeli jest rzeczywiste godzinowe zużycie energii elektrycznej, które wynosi 138,62 kW/h, która to wartość została przeniesiona do zestawienia kosztów ITPO i przemnożona zgodnie z wymaganiami SIWZ przez 7800.

Odnosnie dokonania przez odwołującego się niedopuszczalnej zmiany w treści oferty z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołujący się podniósł, iż zamawiający błędnie interpretuje art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wskazał, iż w doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, że pojęcie „ustawa” użyte w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się do przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, co nie tylko odpowiada zasadom techniki prawodawczej, ale też znajduje uzasadnienie wprost w treści przepisów ustawy Pzp, używających konsekwentnie pojęcia „ustawa” wyłącznie w odniesieniu do ustawy.

Wobec tego - zdaniem odwołującego się - odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wymaga wskazania konkretnej normy Prawa zamówień publicznych, z którą oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niezgodna, czego zamawiający nie uczynił.

Odwołujący się stwierdził, że nie miał możliwości, aby zmienić treść swojej oferty po upływie terminu składania ofert, ponieważ podmiotem upoważnionym do wprowadzania takich zmian jest tylko zamawiający i to w granicach wyznaczonych przez art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp.

Odnosnie zaniechania przez zamawiającego poprawienia w ofercie odwołującego się omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty odwołujący się podał, iż zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty poinformował, iż odwołujący w schemacie technologicznym ITPO zaznaczył dwa wentylatory, przed i za krzyżowym wymiennikiem ciepła, jednocześnie zauważając, iż wentylatory te nie zostały uwzględnione w ofercie, w bilansie mocy elektrycznej i zużyciu energii elektrycznej ITPO.

Odwołujący stwierdził, iż wątpliwość powyższą wyjaśnił zamawiającemu potwierdzając, iż wentylatory pojawiły się w złożonym wraz z ofertą schemacie technologicznym omyłkowo.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”.

Podniósł, że analiza całej oferty odwołującego się prowadzi do wniosku, iż wentylatory pokazane w schemacie nie są objęte oświadczeniem woli odwołującego się, co potwierdza w szczególności brak ich ujęcia w opisie technologicznym instalacji Termicznej Przeróbki Osadów:

- Pkt „Opis działania instalacji do suszenia osadów typu Pro - Dry 2/5 II” (str. 69-74) jest: w punkcie „Obróbka powietrza odlotowego”

Część powietrza z oparami jest odsysana z suszarni poprzez wymiennik krzyżowy, skruber, płuczkę kwaśną i płuczkę zasadową za pomocą wentylatora powietrza odlotowego i przetłaczana przez biofiltr do atmosfery.

w punkcie "Eksploatacja suszarni"

Proces suszenia osadu prowadzony jest przy podciśnieniu ...

Podciśnienie uzyskuje się dzięki pracy wentylatora powietrza odlotowego.

Specyfikacja Pm - Dry 2/5 str. 76 - 97

W wykazie urządzeń nie występują wentylatory przed i za wymiennikiem krzyżowym.

Bilans masy elektrycznej i zużycie energii elektrycznej ITPO:

- nie występują wentylatory przed i za wymiennikiem krzyżowym.

W podsumowaniu odwołujący się stwierdził, że w opisie działania technologii suszarni, specyfikacji urządzeń suszarni, ani bilansie mocy elektrycznej nie występują wentylatory przed i za wymiennikiem krzyżowym, a jedynym miejscem w ofercie, gdzie zostały one pokazane jest schemat technologiczny ITPO.

Wskazał, iż dotychczasowy dorobek doktryny pozwala na przyjęcie następujących warunków poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

1. stwierdzona omyłka musi polegać na niezgodności oferty z SIWZ,
2. omyłka nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 691/09, wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 959/09, wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1425/09, KIO/UZP 1426/09, a także wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. o sygn. akt: XII Ga 102/09.

W ocenie odwołującego się nie może budzić wątpliwości, iż poprawienie omyłki polegającej na podaniu w schemacie technologicznym ITPO wentylatorów, poprzez np. ich wykreślenie, nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, ponieważ korekta taka nie zmienia ani zakresu oferty (zakres oferty bez wentylatorów wynika przecież z analizy całej oferty, w szczególności z opisu technologicznego), ani ceny ofertowej lub innych istotnych

zobowiązań odwołującego się dotyczących realizacji przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący się jest zdania, iż dopuszczalnym rozwiązaniem byłoby również przyjęcie przez zamawiającego oferty odwołującego się po uwzględnieniu wyjaśnień z dnia 27.09.2010 r. (odpowiedź na pytanie nr 8) bez dokonywania w niej jakiegokolwiek korekty, jako nie obejmującej dwóch wentylatorów przed i za krzyżowym wymiennikiem ciepła.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, ponieważ potwierdzenie się zarzutów odwołania doprowadziłoby do przywrócenia oferty odwołującego się i poddania jej ocenie, co ze względu na przewidziane przez zamawiającego kryteria oceny ofert i zaoferowane przez odwołującego warunki realizacji zamówienia oznacza, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i związanego z jego realizacją zysku.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego i przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (SIWZ),
2. oferty odwołującego się,
3. wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 20 września 2010 r. (pismo: TFS/JRP/447/MM/KGz/AJ/2010),
4. pisma odwołującego się z dnia 27 września 2010 r. wraz załącznikami stanowiącymi odpowiedź na w/w wezwanie (L.dz. 1235/09/2010),
5. „Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 8 października 2010 r., informującego w szczególności o odrzuceniu oferty odwołującego się (pismo: TFS/JRP/II/AJ/MM/476/2010),
6. odwołania z dnia 15 października 2010 r. wraz z załącznikami,
7. odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 października 2010 r.,
8. Pisma procesowego przystępującego z dnia 27 października 2010 r.,
9. Pisma Wodociągów Miejskich w Radomiu Sp. z o.o. z dnia 25 października 2010 r. złożonego przez przystępującego na rozprawie.

Zarzut niezgodności treści oferty odwołującego się z wymogami części 3 SIWZ „Programu Funkcjonalno - Użytkowego” pkt 6.1.3. w brzmieniu: „Ze względów bezpieczeństwa suszarka wyposażona zostanie w system zraszaczy. Ponadto zarówno w suszarce, jak i w układzie recyrkulacji osadu należy mierzyć stężenie CO, CO<sub>2</sub> i pyłu”. „Instalacja suszenia osadu musi posiadać zabezpieczenia przeciwwybuchowe zgodnie z Dyrektywą ATEX 94/9/WE (lub równoważną) w każdym momencie pracy instalacji: w czasie normalnej pracy, w czasie uruchamiania instalacji, w czasie zatrzymywania, w czasie awaryjnego wyłączenia.” nie potwierdził się.

Bez wątpienia z literalnego brzmienia wskazanych powyżej wymogów jednoznacznie wynika „gdzie” i „co” należy mierzyć, tj.

- obowiązek pomiarów dotyczy zarówno suszarki, jak i układu recyrkulacji,
- pomiarami należało objąć: CO, CO<sub>2</sub> i pył.

Co więcej, użyty wyraz „ponadto” wskazuje na kontynuację treści zawartej uprzednio, która polega na przypisaniu wymogowi „późniejszemu” takiego samego celu jak w przypadku wymogu „wcześniejszego”, tj. celu bezpieczeństwa.

Zamawiający w Części 1 SIWZ „Instrukcja dla Wykonawców” pkt 7 wskazał, że nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

Bezspornym było, iż technologia instalacji zaoferowanej przez odwołującego się opiera się na pomiarze pyłu w powietrzu odlotowym i kontroli temperatury powietrza.

Odwołujący, po zapoznaniu się z jednoznacznym wymogiem zamawiającego w zakresie pomiaru trzech „elementów”: CO, CO<sub>2</sub> i pyłu, wiedząc, że technologia instalacji, jaką chce zaoferować nie opiera się na pomiarze CO i CO<sub>2</sub> winien skierować do zamawiającego zapytanie w tej kwestii, czego nie uczynił narażając się na złożenie oferty wg własnej, niepewnej interpretacji treści SIWZ.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniu odwołującego się, ze zdania: „Na życzenie Klienta będzie wykonany pomiar stężenia CO<sub>2</sub> i CO, ale zmierzone wartości będą służyły tylko dla potrzeb informacji” (odpowiedź nr 4 - pismo odwołującego się z dnia 27 września 2010 r.) w żadnym razie nie wynika, iż suszarnia oferowana przez odwołującego się jest wyposażona w systemy/urządzenia umożliwiające pomiar CO<sub>2</sub> i CO, ponieważ informacja ta nie przesądza, czy pomiary te będą mogły być wykonane bez konieczności wykonania zmian w samej instalacji, a fakt, że technologia instalacji oparta jest na pomiarze pyłu w powietrzu odlotowym skłania do wniosku, że nie przewidziano w niej trwałej możliwości dokonywania innych pomiarów, zwłaszcza dla celów bezpieczeństwa.

Nadto Izba wskazuje, że pomiar CO<sub>2</sub> i CO w instalacji zaoferowanej przez odwołującego jedynie dla potrzeb informacji (w celu informacyjnym) jest niezgodny z celem wskazanym przez zamawiającego, tj. bezpieczeństwa.

Izba nie uznała także za wystarczające dla ustalenia zgodności treści oferty odwołującego się z treścią SIWZ w zakresie pomiaru CO, CO<sub>2</sub> i pyłu ogólne oświadczenie odwołującego złożone w treści „Formularza ofertowego” pkt 4.3) w sytuacji, gdy zgodność tą zamawiający miał oceniać na podstawie propozycji wykonawcy - „Opisu techniczno - technologicznego ITPO (Część 1 SIWZ „Instrukcja dla Wykonawców” pkt 14. 3) „Zawartość oferty”).

Reasumując, wymóg zastosowania technologii pozwalającej mierzyć CO, CO<sub>2</sub> i pył był jasny. Oferta odwołującego się przewiduje jedynie mierzenie pyłu. Wyjaśnienia odwołującego się nie pozwalają uznać, że technologia zaoferowanej przez odwołującego się instalacji, bez konieczności zmian, pozwala mierzyć dla celów bezpieczeństwa poziom zarówno CO, jak i CO<sub>2</sub>.

Powyższe przesądza o niezasadności całego zarzutu.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że rozwiązanie oferowane przez odwołującego się nie pozwala na ominięcie fazy kleistej potwierdził się.

W części 3 SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: Program Funkcjonalno - Użytkowy w pkt. 6.1.3. „Instalacja suszenia osadu” zamawiający zażądał od wykonawców zastosowania skutecznej metody ominięcia fazy kleistej, dodając że preferuje metodę polegającą na recyrkulacji części osadu wysuszonego.

W „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” w części dotyczącej uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego się zamawiający stwierdził: „Z udzielonych przez Wykonawcę wyjaśnień wynika, iż na taśmę suszarni będzie podawany osad o zawartości 40% suchej masy, co nie pozwala na ominięcie fazy kleistej (...) przy dozowaniu osadu odwodnionego o zawartości suchej masy 40% ilość recyrkulatu będzie zerowa, a taki osad jest bardzo kleisty. Z doświadczenia na innych instalacjach wynika, iż nawet w przypadku recyrkulacji granulatu mieszanina osadu o zawartości suchej masy 40% nie jest całkowicie poza fazą kleistą i może kleić się do taśmy szczególnie przy dłuższych postojach”.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, iż:

- „(...) ma wątpliwości jak ma działać system recyrkulacji i dystrybucji osadów”,
- „W opinii zamawiającego w momencie braku recyrkulacji osadu wysuszonego nie będzie możliwości uzyskania wymaganej struktury”,
- „Zamawiający ma doświadczenia z osadami mechanicznie odwodnionymi do zawartości ok. 40% s.m. z COŚ w Toruniu. W lutym 2010 roku zostały

przeprowadzone próby techniczne urządzenia do odwadniania elektroosmotycznego, które pozwala odvodnić osady do 35 - 45% s.m. Osady te charakteryzowały się kleistością i przylepianiem do taśmy, dlatego Zamawiający przywiązuje szczególną uwagę do zapisów SIWZ o fazie kleistej”,

- „Faza kleista została opisana przez światowy autorytet w zakresie gospodarki osadami ściekowymi (...) jest to faza, która zazwyczaj występuje w zakresie 40 - 60% w zależności od składu osadu”.

W postanowieniach SIWZ zamawiający, co podnosił odwołujący w treści odwołania (str. 4 Ad. 1), nie wskazał przy jakim poziomie zawartości suchej masy możliwe jest ominięcie fazy kleistej. Wskazanie to, z powołaniem się na światowy autorytet (prof. Karl J. Thome) oraz doświadczenia własne zamawiającego, nastąpiło dopiero po odrzuceniu oferty.

Co więcej, sam zamawiający przyznał, że ma wątpliwości co do tego, jak ma działać system recyrkulacji i dystrybucji osadów zaoferowany przez odwołującego się, a nadto podaje, że faza kleista zazwyczaj, co poczytać należy również jako „nie zawsze” występuje w zakresie 40 - 60% i to w zależności od składu osadu.

Wobec powyższego w ocenie Izby zamawiający nie miał podstaw, aby:

- przy zakreśleniu w SIWZ jedynie celu, jaki należy osiągnąć (ominięcie fazy kleistej),
  - przy braku wprowadzenia wymogów granicznych w tym zakresie („zamawiający uzna za skuteczną metodę ominięcia fazy kleistej taką metodę, która ....”),
  - przy braku w istocie pewnych i powszechnie uznanych danych na temat wskaźników pozwalających ominąć fazą kleistą,
  - istnieniu po stronie samego zamawiającego wątpliwości co do działania systemu zaoferowanego przez odwołującego się
- odrzuć złożoną przez odwołującego się ofertę.

W konsekwencji Izba uznała także, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że oferowana instalacja nie ma automatycznego sterowania ilością recyrkulowanego granulatu potwierdził się.

Odwołujący kwestionując prawidłowość decyzji zamawiającego podnosił, że w postanowieniach SIWZ zamawiający nie wprowadził wymogu, aby oferowana instalacja miała automatyczne sterowanie ilością recyrkulowanego granulatu.

W „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” w części dotyczącej uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego się zamawiający powołał się na szczegółowo opisane przez siebie w SIWZ wymagania, których nie przytoczył. Z owych szczegółowo opisanych wymogów wynikać miało, że „przy zmianie zawartości suchej masy po wirówkach (SMOO) suszarnia powinna się dostosowywać automatycznie, a nie manualnie poprzez ingerencję obsługi”

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający się uznał za nieprawdziwe twierdzenie odwołującego się o braku w postanowieniach SIWZ wymogu, aby oferowana instalacja miała automatyczne sterowanie ilością recyrkulowanego granulatu, nie przytaczając jednak żadnego postanowienia, które odnosiłoby się wprost do sterowania ilością recyrkulowanego granulatu, ani nie wykazując, że przywołane postanowienia obejmują recyrkulację granulatu.

Co więcej, przywołane fragmenty Programu Funkcjonalno - Użytkowego nie zawierały choćby zbliżonego językowo opisu traktującego o zmianach zawartości suchej masy po wirówkach (SMOO), na co powołał się zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego się.

Powyższe oraz fakt, że wszelkie wątpliwości powstałe na tle treści opracowanej przez zamawiającego SIWZ nie mogą obarczać wykonawcy przesądziło o uznaniu przez Izbę, że postanowienia SIWZ nie obejmowały automatyki sterowania ilością recyrkulowanego granulatu.

Twierdzenia o istnieniu na świecie urządzenia regulującego automatycznie recyrkulację osadu pozostaje bez znaczenia w sytuacji uznania przez Izbę, że sam wymóg w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie został na wykonawców nałożony.

W konsekwencji Izba uznała także, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że zaoferowana instalacja nie zapewnia minimalnej zawartości suchej masy na wyjściu 90 % potwierdził się.

W części 3 SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: Program Funkcjonalno - Użytkowy w pkt. 6.1.3. „Instalacja suszenia osadu” zamawiający wprowadził wymóg, aby poziom suszenia osadu wynosił 90% s.m., co odnosiło się do wartości mierzonej na wyjściu z suszarki.

W „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” w części dotyczącej uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego się zamawiający wskazał: „Z treści oferty oraz wyjaśnień wynika, iż w takich przypadkach mieszanina na wejściu nie ma 40% suchej masy, a granulát na wyjściu nie ma 90% suchej masy”, nie wskazując z którego fragmentu oferty i wyjaśnień odwołującego wysnuł taki wniosek.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający pominął ten zarzut, podobnie jak przystępujący.

W ocenie Izby uznanie informacji o odrzuceniu oferty za wystarczającą jest możliwe jedynie wówczas, gdy z informacji tej wykonawca pozyska wiedzę o podstawach eliminacji jego oferty i jej niedopuszczeniu do oceny o takim stopniu szczegółowości, który nie pozostawia wątpliwości co do tego, który fragment oferty (jaka jej treść) z którym postanowieniem (jaką treścią) SIWZ pozostaje niezgodny.

Bez wątpienia zamawiający w treści „Zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej” wyczerpująco podał uzasadnienie prawne odrzucenia oferty odwołującego, poprzez wskazanie, że podstawę tę stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz poprzez przywołanie brzmienia treści tegoż przepisu.

O ile jednak zamawiający wyczerpująco podał uzasadnienie prawne odrzucenia oferty odwołującego, o tyle w ocenie Izby waloru wyczerpującego w żadnym razie nie można przypisać uzasadnieniu faktycznemu, które poprzestaje na podaniu postanowienia SIWZ z którym treść oferty odwołującego się jest niezgodna.

Tak wskazana przyczyna odrzucenia oferty odwołującego mogła stanowić punkt wyjścia dla wskazania przyczyn szczegółowych eliminacji oferty odwołującego, w żadnym jednak razie nie mogła tych przyczyn zastąpić.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Taka konstrukcja przepisu każdorazowo wymusza na zamawiającym, w związku z obowiązkiem podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazania tak treści SIWZ, jak i treści oferty, które okazały się ze sobą niezgodne, a dodatkowo uzasadnienia, dlaczego niezgodności te nie



mogły zostać zakwalifikowane do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i poprawione.

W „Zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty” zamawiający nie wskazał treści oferty odwołującego się pozostającej w sprzeczności z wymogiem.

Skoro uzasadnienia tego zamawiający nie podał na etapie informowania o wynikach postępowania, ani nawet na etapie postępowania odwoławczego, to uznać należy, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego się.

W konsekwencji Izba uznała także, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że proces suszenia nie będzie odbywał się metodą bezpośrednio konwekcyjną, bez wymiennika ciepła potwierdził się.

Postawiony przez zamawiającego wymóg (pkt 6.1.3. „Instalacja suszenia osadu) dotyczył procesu suszenia, co wynika wprost z jego literalnego brzmienia.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził: „Zastosowany przez Odwołującego wymiennik krzyżowy pełni funkcję podgrzewacza powietrza zewnętrznego przed skierowaniem jego do wnętrza suszarni, w którym zachodzi proces suszenia”.

W ocenie Izby powyższe oznacza, że wymiennik krzyżowy pozostaje poza procesem suszenia, a to przecież w stosunku do procesu suszenia zamawiający wprowadził swój wymóg.

W konsekwencji oznacza to także, że odwołujący, stosując wymiennik w zaoferowanej instalacji, jednak poza objętym zakazem procesem suszenia, nie naruszył wskazanego postanowienia SIWZ.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego się, a w konsekwencji że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że średnica granulatu dla ilości 95% wagowo osadu wysuszonego nie wynosi 0,5 - 10 mm nie potwierdził się.

W części 3 SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia: Program Funkcjonalno - Użytkowy w pkt. 6.1.3. „Instalacja suszenia osadu” zamawiający wprowadził wymóg, aby średnica granulatu dla ilości 95% wagowo osadu wysuszonego wynosiła od 0,5 do 10 mm (Tabela 11), dodatkowo zastrzegając, że „Granulat musi mieć postać

o wymiarach podanych w tabeli 11, wymiary nie mogą być przekroczone w żadnym kierunku”.

Z powyższych postanowień SIWZ wynika niedopuszczalność przekroczenia wskazanych średnic w jakimkolwiek zakresie.

W wyjaśnieniach z dnia 27 września 2010 r. (odpowiedź nr 6) odwołujący się wskazał: „Cała ilość osadu wysuszonego opuszczającego suszarnię podlega rozdrobieniu w kruszarce. Przy czym praktycznie w procesie tym kruszarka rozdrabnia tylko powstały granulaty o ziarnie większym niż 10 mm. (...) Przenośniki odbierające ten osad są tak usytuowane względem siebie, że najdrobniejsze frakcje są zawracane do recyrkulacji, a grubsze do silosu.”

W ocenie Izby wystarczającym powodem odrzucenia oferty odwołującego się było to, że odwołujący nie wskazał jakiej średnicy granulatu powstaje w procesie kruszenia.

Z wyjaśnień odwołującego się wynika jedynie spełnienie przez oferowaną instalację wymogu odnośnie górnej granicy średnicy granulatu, tj. 10 mm.

Brak natomiast - nawet na etapie wyjaśniania treści oferty - danych odnośnie dolnej granicy średnicy granulatu, tj. 0,5 mm.

Odwołujący podał, że najdrobniejsze frakcje są zawracane do recyrkulacji, nie wskazał jednak jaką wielkość ma w tym przypadku na myśli.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego się.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że niezgodnie z wymaganiami zamawiającego obliczył zużycie energii elektrycznej ITPO potwierdził się.

W „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” w części dotyczącej uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego się zamawiający wskazał, że jednoznacznie określił wymagania dotyczące obliczenia zużycia poszczególnych mediów czasu pracy SMOO i ITPO przez 7800 godzin/rok oraz, że odwołujący się dla obliczenia zużycia energii dla ITPO w szczególności dla urządzeń o dużym poborze energii elektrycznej zastosował współczynnik korygujący (% dobowy czas pracy poszczególnych urządzeń, np. 80%), przez co istotnie zaniżył parametr oceny oferty.

Na rozprawie zamawiający nie wskazał na żadne inne postanowienie SIWZ, z którym treść oferty odwołującego się w zakresie obliczenia zużycia energii elektrycznej ITPO byłaby sprzeczna, poza wskazanym powyżej, tj. „Należy obliczyć zużycie roczne przy założeniu 7800 godzin pracy Stacji Mechanicznego Odwadniania oraz 7800 godzin ITPO w ciągu roku.

Wszystkie podane wartości bilansowe winny być zgodne z załączonymi do oferty bilansami energii i masy”.

Zamawiający opracował wzór „Zestawienia kosztów eksploatacyjnych SMOO oraz ITPO stanowiących podstawę obliczenia kosztów eksploatacji gwarantowanych przez wykonawcę”, stanowiący załącznik nr 6 do „Instrukcji dla Wykonawców”.

Jednocześnie zamawiający nie opracował wzoru (załącznika) bilansów energii i masy, ani nie narzucił wykonawcom w tym zakresie żadnych ograniczeń.

Odwołujący się złożył w ofercie (str. 171 - 174) „Zestawienie kosztów eksploatacyjnych SMOO oraz ITPO stanowiących podstawę obliczenia kosztów eksploatacji gwarantowanych przez wykonawcę”, sporządzone według załącznika nr 6 do „Instrukcji dla Wykonawców” opracowanego przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że ewidentnie odwołujący ujął w „Zestawieniu szczegółowym ITPO - Media” 7800 godzin pracy poszczególnych mediów (kolumna: „Zużycie roczne wartość z kolumny (6) z 7800h), co przesądza o konieczności uznania, że w złożonej przez siebie ofercie odwołujący obliczył zużycie energii elektrycznej ITPO w liczbie godzin zgodnej z żądaniem zamawiającego.

W ocenie Izby odwołujący się w istocie skorzystał z niedookreślenia przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ dodatkowych rygorów w zakresie wymaganych bilansów energii i masy.

Brak wyartykułowania wymogów w tym zakresie skutkuje brakiem możliwości powoływania się na nie przez zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, bez względu na fakt, że intencją zamawiającego był zakaz stosowania np. współczynników dobowego czasu pracy poszczególnych urządzeń.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego się z tego powodu, że ten niezgodnie z wymaganiami zamawiającego obliczył zużycie energii elektrycznej ITPO.

W konsekwencji Izba uznała także, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo Izba wskazuje, że wywody zamawiającego zawarte w „Odpowiedzi na odwołanie” w znacznej części zawierały argumentację nieadekwatną do podstawy odrzucenia oferty odwołującego się wskazanej w „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty”.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że zaferował instalację suszenia będącą rozwiązaniem prototypowym, nie spełniającym wymagań zamawiającego określonych w SIWZ potwierdził się.

Zamawiający w części 3 SIWZ, w Programie Funkcjonalno - Użytkowym zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

W pkt. 5.3. „Ogólne wymagania dotyczące ITPO” tego Programu zamawiający zażądał: „Zastosowana technologia ITPO, jak i jej poszczególne węzły (elementy) powinny być sprawdzone w praktyce eksploatacyjnej. Zaproponowane w ofercie urządzenia nie mogą być rozwiązaniami prototypowymi.”

W „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” w części dotyczącej uzasadnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego się zamawiający wskazał: „Załączona przez Wykonawcę lista referencyjna firmy Klein z wykazem wykonanych instalacji do suszenia osadów została przez Zamawiającego sprawdzona pod względem spełnienia jednocześnie wszystkich warunków określonych w SIWZ (...). W załączonej przez Wykonawcę liście referencyjnej nie znaleziono obiektów / instalacji do suszenia osadów spełniającej opisane przez Zamawiającego wymagania technologiczne jednocześnie. Proponowana przez Wykonawcę instalacja suszarni jest rozwiązaniem prototypowym”.

W części 1 SIWZ „Instrukcja dla Wykonawców” w pkt. 7.1.2)b) zamawiający postawił warunek posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia (wykonanie w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub rozbudowie (modernizacji) oczyszczalni ścieków o wydajności minimum 20 tys. m<sup>3</sup>/d oraz o wartości nie mniejszej niż 10 mln zł netto), na potwierdzenie którego wykonawcy mieli przedstawić wykaz wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do „Instrukcji” oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W złożonej przez siebie ofercie (str. 26) odwołujący się złożył wykaz wykonanych robót budowlanych sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4.

Z powyższych ustaleń Izby wynika, że:

1. podstawą weryfikacji prototypowego albo nie charakteru oferowanego przez odwołującego się rozwiązania stanowił dla zamawiającego wykaz wykonanych robót budowlanych,
2. wykaz wykonanych robót budowlanych stanowił podstawę weryfikacji warunku posiadania doświadczenia w realizacji robót budowlanych o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia.

Skoro zatem do weryfikacji charakteru oferowanego rozwiązania (prototypowe albo nie) zamawiający posłużył się dokumentem, którego zażądał w celu weryfikacji jednego z warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie brak w postanowieniach SIWZ odrębnego wskazania, że wykaz wykonanych robót budowlanych będzie służył także weryfikacji charakteru oferowanego rozwiązania, to uznać należy, że zamawiający w sposób, którego nie dopuścił w SIWZ dokonał oceny oferty odwołującego się.

Izba zwraca uwagę, że wobec opisanego sposobu oceny spełnienia warunku (wykazanie 1 roboty budowlanej), a jednocześnie braku po stronie odwołującego się wiedzy, że wykaz robót budowlanych będzie służyć również innemu celowi niż weryfikacji postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, odwołujący nie musiał (zatem mógł nie być zainteresowany) ujmować w wykazie większą liczbę robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie (modernizacji) oczyszczalni ścieków, niż jedna, tj. wystarczająca do wykazania spełnienia warunku.

W świetle przywołanych postanowień SIWZ, braku odrębnych postanowień SIWZ, które przewidywałyby prawo zamawiającego do weryfikacji charakteru oferowanego rozwiązania na podstawie wykazu wykonanych robót budowlanych oraz wskazanego przez zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego się Izba uznała, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę odwołującego się z tego powodu, że ten zaoferował instalację suszenia będącą rozwiązaniem prototypowym, nie spełniającym wymagań zamawiającego określonych w SIWZ.

Żądanie przez zamawiającego dodatkowej listy referencyjnej w wezwaniu z dnia 20 września 2010 r. - wobec spełnienia przez odwołującego się warunku w zakresie doświadczenia było niedopuszczalne.

W konsekwencji Izba uznała także, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego się z tego powodu, że odwołujący się dokonał niedopuszczalnej zmiany w treści oferty potwierdził się.

W „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” zamawiający podał, że odwołujący się w schemacie technologicznym będącym częścią integralną oferty zaznaczył dwa wentylatory (przed i za krzyżowym wymiennikiem ciepła), zaś w wyniku wezwania go do złożenia wyjaśnień (wobec nie ujęcia tych wentylatorów w wykazie - bilansie mocy elektrycznej i zużycia energii elektrycznej ITPO) odwołujący się stwierdził, że nastąpiła pomyłka w treści schematu technologicznego i zaznaczone na schemacie wentylatory nie będą dostarczone i zainstalowane w proponowanej suszarni.

Zamawiający wyjaśnienie to uznał za niedopuszczalną zmianę treści oferty.

Izba wskazuje, że ustawodawca gwarantuje zamawiającemu niezmiennosc treści ofert złożonych przez wykonawców po upływie terminu ich złożenia, poprzez:

1. wprowadzenie dla wykonawców prawa do zmiany oferty (a nawet jej wycofania) jedynie przed upływem terminu składania ofert (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp),
2. wprowadzenia tak dla zamawiającego, jak i wykonawcy zakazu prowadzenia w toku badania i oceny ofert negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp)
3. wprowadzenie jedynie dla zamawiającego prawa, a jednocześnie obowiązku dokonywania poprawek w ofertach w okolicznościach ustawowo wskazanych (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp).

Przywołane regulacje Prawa zamówień publicznych jednoznacznie wskazują na niedopuszczalność samodzielnego ingerowania przez wykonawcę w treść złożonej przez niego oferty po upływie terminu składania ofert, co przesądza także o nieskuteczności jakichkolwiek prób ze strony wykonawcy w tym zakresie.

Ingerencja ta jest dopuszczalna (jednocześnie konieczna) jedynie ze strony zamawiającego w przypadkach, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Innymi słowy, przyjmując nawet, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia były próbą zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert (co jest wątpliwe choćby z tego względu, że odwołujący domagał się, aby to właśnie zamawiający zaingerował w treść jego oferty na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Innymi słowy w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do zmiany treści oferty odwołującego się, ponieważ bez udziału zamawiającego nie ma prawnej możliwości dokonania skutecznej zmiany treści oferty.

Próba dokonania zmiany treści oferty przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert nie ma znaczenia i nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego poprawienia w ofercie odwołującego się omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty nie potwierdził się.

Bezsporny między stronami był fakt, że odwołujący się na schemacie technologicznym ITPO zaznaczył dwa wentylatory, przed i za krzyżowym wymiennikiem ciepła.

Odwołujący się domagał się ich wykreślenia, twierdząc że nie spowoduje to istotnej ingerencji w treść jego oferty.

W ocenie Izby jednak to, czy zmiana taka byłaby dla treści oferty istotnie istotna, czy też nie jest w obowiązującym stanie prawnym bez znaczenia.

Izba wskazuje, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie omyłki, ale jedynie wówczas, gdy omyłka ta polega na niezgodności oferty z SIWZ.

Odwołujący się sformułował zarzut zaniechania przez zamawiającego poprawienia w ofercie odwołującego się omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, nie wskazując jednak żadnego postanowienia SIWZ, z którym treść oferty odwołującego się pozostaje w sprzeczności.

Brak w SIWZ wskazania przez zamawiającego, jaką liczbę wentylatorów wykonawca ma obowiązek zastosować w oferowanym rozwiązaniu (jaka jest „prawidłowa - wzorcowa” liczba wentylatorów), wobec brzemienia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przesądza o niemożności jego zastosowania w przypadku odwołującego się, czyniąc jednocześnie rozważania na temat istotności poprawki bezprzedmiotowymi.

Oferta odwołującego się pozostaje co najwyżej sprzeczna wewnętrznie, nie pozostaje natomiast w sprzeczności - w zakresie liczby przewidzianych wentylatorów - sprzeczna z jakimkolwiek postanowieniem SIWZ.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do poprawienia oferty odwołującego się w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, że jedynie niektóre z podniesionych przez odwołującego się zarzutów potwierdziły się, co jednocześnie oznacza istnienie podstaw do odrzucenia oferty odwołującego się Izba oddaliła odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....