

**WYROK**  
**z dnia 27 stycznia 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 25 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2020r. przez **wykonawcę H2Optima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Baranowie, ul. Poznańska 40** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Wodociągi Kościańskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kościanie, ul. Czempieńska 2**

przy udziale **wykonawcy Instalcompact spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie Podgórnym, ul. Wierzbowa 23** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt Kio 3531/20 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwość do usunięcia wadę prawną postępowania, skutkującą niemożnością porównania złożonych ofert i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania

2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego **Wodociągi Kościańskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kościanie, ul. Czempieńska 2** i

2.1 zaliczyć na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę H2Optima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Baranowie, ul. Poznańska 40** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego **Wodociągi Kościańskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kościanie, ul. Czempieńska 2** na rzecz **wykonawcy H2Optima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Baranowie, ul. Poznańska 40** kwotę 23 654 zł.90 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt cztery złotych dziewięćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu, zastępstwa prawnego i dojazdu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt KIO 3531/20

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Remont i przebudowa Stacji Uzdatniania Wody „Łazienki” w Kościanie zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 października 2020r. za numerem 2020/S 210- 514200.

W dniu 21 grudnia 2020r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty wykonawcy **H2Optima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Baranowie, ul. Poznańska 40** – dalej odwołującego.

W dniu 31 grudnia 2020r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 30 grudnia 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z art. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez błędne przyjęcie, że treść oferty odwołującego jest sprzeczna z ustawą oraz nie odpowiada treści siwz,

2.art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Instalcompact w sytuacji, gdy oferta ta jest sprzeczna z siwz,

3.art. 90 ust. 1 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Instalcompact do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Instalcompact ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty Instalcompact jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt,

4.art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Instalcompact, pomimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jedynie w przypadku braku uwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1- 4 niniejszego odwołania

5.art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwość do usunięcia wadę prawną postępowania, skutkującą niemożnością porównania złożonych ofert.

Wniósł o:

1.unieważnienie czynności oceny ofert,

2.nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert oraz unieważnienia odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, a także unieważnienia wezwania Instalcompact do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt 9.3 do 9.5 Tom I IDW i odrzucenia oferty złożonej przez Instalcompact,

3.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków, ewentualnie w przypadku braku uwzględnienia wniosków jak powyżej, wnosząc o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwość do usunięcia wadę prawną postępowania, skutkującą niemożnością porównania złożonych ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. Ustawy, gdyż jego oferta jest ofertą o najkorzystniejszych parametrach W takiej sytuacji, gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona, jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą. Dokonane przez zamawiającego naruszenia i zaniechania pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania przez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co stanowi jego szkodę uzasadniającą złożenie

odwołania. Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a niezgodna z prawem decyzja zamawiającego pozbawia go tego. W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podniósł, że zamawiający w pkt 4 SIWZ wskazał, że w zakresie zamówienia wchodzi redukcja twardości wody i siarczianów z zastosowaniem technik membranowych (ok. 40% strumienia, technologia nanofiltracji lub odwróconej osmozy – do indywidualnego doboru przez odwołującego). Powyższy zapis zawarto także w ogólnym opisie przedmiotu zamówienia zawartym w opisie przedmiotu zamówienia (str. 2 OPZ). 3.2. W sposób szczegółowy, zamawiający opisał zasady doboru techniki membranowej w pkt 27 OPZ. Zamawiający wskazał, że zakłada się zmiękczenie wody z wykorzystaniem nanofiltracji lub niskociśnieniowej odwróconej osmozy. Zamawiający wskazał także, że wykonawca dokonując wyboru systemu zmiękczenia winien zapoznać się z najbardziej aktualnymi badaniami wody surowej i dokonać obliczeń w oparciu o te badania. Odwołujący wskazał, że zamawiający załączył aktualne badania wody surowej do dokumentacji przetargowej, umożliwiając wykonawcom dokonanie stosownych obliczeń. Załączone badania były co do zasady wystarczające dla zdeteminowania, jaka technologia będzie optymalna dla potrzeb zamawiającego. Zamawiający wskazał bowiem, że celem zastosowania technologii membranowej jest zmiękczenie wody oraz zmniejszenie poziomu siarczianów. Odwołujący znając więc cele uzdatniania, a także wyniki wody, był w stanie, bazując na swoim doświadczeniu, w sposób odpowiedni dobrać technologię. Zastosowanie łącznika „lub” według odwołującego oznacza, że dopuszczalne jest zastosowanie pierwszej opcji, drugiej opcji albo obu tych opcji łącznie. Odwołujący uznał, na podstawie załączonych do siwz badań, że korzystniejszym dla zamawiającego rozwiązaniem, będzie technologia odwróconej osmozy, dlatego też tą opcję wybrał, jednocześnie wskazując w formularzu ofertowym, że zastosuje wyłącznie technologię odwróconej osmozy (to znaczy, że nie zastosuje obu technik jednocześnie). Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazuje, że załączone do siwz sprawozdania nie zawierały pełnego bilansu jonowego. Pełen bilans jonowy nie był jednak konieczny do wyboru pomiędzy technologią odwróconej osmozy a technologią nanofiltracji, a bardziej do doboru antyskalanta, tj. środka zabezpieczającego te membrany przed wytrącaniem twardości i blokowaniem membran. Ponadto, metoda odwróconej osmozy jest rozwiązaniem skuteczniejszym i częściej stosowanym od nanofiltracji. Odwrócona osmoza wyłapuje bowiem cząsteczki o mniejszej średnicy, niż nanofiltracja a zatem w każdym wypadku (niezależnie od bilansu jonowego), wyłapie więcej zanieczyszczeń, niż nanofiltracja. Wybór dokonany przez wykonawcę był więc właściwy i mógł zostać dokonany już na podstawie badań załączonych do siwz. Odwołujący kierował się wskazaniem zamawiającego zamieszczonym w formularzu ofertowym, wskazującym, że suma pozycji a), b) i c) musi być równa cenie całkowitej oferty, tj. cenie, którą zamawiający zapłaci wykonawcy za wykonanie zamówienia. Stąd też, w konsekwencji uznania przez odwołującego, że wykona wyłącznie urządzenie odwróconej osmozy, w drugiej pozycji wpisał on zero. Prawdopodobnie rozumienia siwz przez odwołującego potwierdza przede wszystkim fakt, że wyboru wyłącznie jednej z alternatywnie zaproponowanych technik membran dokonał aż pięciu z sześciu wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu. Wyłącznie jeden wykonawca zinterpretował postanowienia siwz w sposób odmienny i wpisał cenę za wykonanie zarówno techniki odwróconej osmozy, jak i techniki nanofiltracji. Jeżeli wszyscy wykonawcy poza jednym składają oferty w określony sposób, zgodny z instrukcjami zamieszczonymi przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, to należy uznać, że rozumienie siwz było dość klarowne i nakazywało właśnie wybór jednej z dopuszczalnych przez zamawiającego technik. Niedopuszczalne są natomiast według odwołującego próby zamawiającego, dokonywane już po otwarciu ofert, by modyfikować treść siwz na mocy zadawanych wezwań do wykonawców. Zamawiający wezwał bowiem wszystkich pięciu wykonawców, którzy dokonali wyboru określonej technologii do wyjaśnień, na jakiej podstawie wyboru tego dokonali. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że dobór techniki membranowej powinien zostać dokonany na etapie rozruchu układu koagulacji, sedymentacji i filtracji. Odwołujący podkreślił, że ani siwz, ani opz nie wskazywały ani słowem, by dobór technologii miał się odbywać na etapie wykonawczym. 3.11. W szczególności, o konieczności wyboru technologii dopiero na etapie realizacji umowy nie świadczyła dyspozycja § 22 ust. 2 wzoru umowy, na którą powołuje się zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. W przywołanym przez zamawiającego postanowieniu umowy wskazał on, że zamawiający dokona zapłaty wykonawcy za wykonanie jednego wybranego systemu (membrany) – nanofiltracji lub odwróconej osmozy, jedynie po uprzednim zaakceptowaniu pisemnym (protokół zatwierdzający wybraną technikę membranową) przez Inspektora Nadzoru i zamawiającego. Odwołujący podkreślił jednak, że przywołane postanowienie odnosi się wyłącznie do warunków płatności, a nie do sposobu wykonania zamówienia, czyli wyboru pomiędzy zastosowaniem technologii odwróconej osmozy lub nanofiltracji, bowiem ten wybór należy do wykonawcy. Odwołujący, a najpewniej także pozostali wykonawcy składający oferty w niniejszym postępowaniu, zrozumieli to postanowienie siwz w ten sposób, że zapłata za wykonanie techniki membranowej może nastąpić wyłącznie po przedstawieniu przez wykonawcę obliczeń, potwierdzających skuteczność wybranej techniki dla celów zamawiającego oraz ilości substancji chemicznych do bieżącej eksploatacji (antyskalant) oraz czyszczenia mechanicznego (vide pkt 27 opz). Nie zmienia to jednak faktu, że jak wprost wskazał zamawiający w siwz – „rodzaj techniki membranowej pozostaje do indywidualnego doboru przez odwołującego”. Zamawiający w żadnym punkcie opz, siwz, ani wzoru umowy nie ustanowił procedury zatwierdzania wyboru techniki membranowej (nie należy mylić z procedurą związaną z zapłatą). Gdyby faktycznie powyższe było wolą zamawiającego, to zawarłby on w umowie szczegółowe postanowienia regulujące tą kwestię. W szczególności, wymagałby on od wykonawcy przedstawienia obliczeń dla obu rodzajów technik i wskazałby termin, w którym akceptacja taka ma nastąpić. W żadnym dokumencie przetargowym takich regulacji jednak nie ma. Zamawiający nie może teraz, po otwarciu ofert, próbować naginać postanowień siwz i z jednego postanowienia umowy opisującego wyłącznie warunki płatności, ekstrapolować dodatkowych obowiązków dla wykonawcy. W szczególności w sytuacji, gdy w opz oraz siwz wyraźnie wskazał, że dobór rodzaju techniki membranowej należy do wykonawcy, a postanowienie to było na tyle czytelne i klarowne, że na jego podstawie wyboru tego dokonało aż pięciu na sześciu wykonawców. Odwołujący wskazał, że interpretacja siwz forsowana przez zamawiającego, byłaby sprzeczna z zasadami logicznego myślenia, zasadami arytmetyki oraz uczciwej konkurencji. W obecnym stanie, kiedy wykonawcy dokonali wyboru, wybór oferty jest czytelny – zwycięża wykonawca, który zaofertował najniższą cenę, stanowiącą sumę pozycji a) z formularza ofertowego oraz wybranej opcji b) lub c) (tj. a) + b) albo a) + c)). W sytuacji, którą opisuje zamawiający, zamawiający na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert mógłby zostać zmuszony do wyboru oferty, za którą zapłaci więcej, niż za ofertę, która zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert uplasowała się na drugim miejscu. 3.16. Zakładając bowiem, że wykonawca A ustalił cenę w punkcie a) na 8.000.000,00 zł, a w punktach b) i c) na 500.000,00 zł, to łączna jego cena przyjęta do rankingu ofert wynosi 9.000.000,00 zł, przy czym zamawiający zapłaci mu wyłącznie 8.500.000,00 zł. Z kolei wykonawca B mógłby złożyć ofertę, gdzie w punkcie B wskaże 8.700.000,00 zł, a w punktach b) i c) 50.000,00 zł. W tej sytuacji cena całkowita jego oferty wyniesie 8.800.000,00 zł, a w rankingu ofert otrzyma on

pierwsze miejsce. Jednakże za wykonanie przez niego umowy, zamawiający zapłaci 8.750.000,00 zł, a więc więcej, niż za wykonanie umowy przez wykonawcę A, który w kryterium cena oferty osiągnie jednak mniej punktów niż wykonawca, którego oferta realnie kosztuje więcej. Nie sposób zdaniem odwołującego przyjąć takiej interpretacji, biorąc pod uwagę racjonalność zamawiającego i zasady zapewnienia uczciwej konkurencji. Absolutnie sprzeczne z tą zasadą byłoby bowiem przyznanie wyższej ilości punktów w kryterium cena wykonawcy, któremu zamawiający zapłaci więcej. [rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść wykonawców] Odwołujący podkreślił też, że zgodnie z funkcjonującą powszechnie zasadą zamówień publicznych, wszelkie rozbieżności siwz należy interpretować na korzyść wykonawców. Potwierdza to między innymi wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt III Ca 70/15. Skoro więc zamawiający nie sprecyzował w sposób wyraźny, że dobór techniki membranowej ma zostać dokonany na etapie realizacji umowy, a oferta wykonawcy ma być przedstawiona w dwóch wariantach (np. jako prawo opcji zamawiającego), to nie może obciążać negatywnymi konsekwencjami tego zaniechania odwołującego. Nie sposób też według odwołującego zgodzić się z argumentacją zamawiającego, jakoby oferta odwołującego była niezgodna z prawem. Zamawiający wskazuje, że wyjaśnienia odwołującego stanowią obejście prawa tj. art. 82 ust. 1 i art. 84 ustawy, co czyni złożoną ofertę niezgodną z ustawą. Odwołujący podkreślił, że takie traktowanie wyjaśnień odwołującego jest działaniem nieuprawnionym. W wyjaśnieniach odwołujący próbował wytłumaczyć zamawiającemu, dlaczego wybrał technologię odwróconej osmozy i temu służyło podanie kosztu wykonania technologii nanofiltracji. Nie można jednak traktować wyjaśnień odwołującego jako podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy. Zamawiający rozpatrując bowiem ewentualną sprzeczność oferty z prawem, może brać pod uwagę jedynie to, czy sprzeczna z prawem jest treść oferty. Wyjaśnienia wykonawcy należy tu traktować jedynie pomocniczo, jako dodatkowa wskazówka dla zamawiającego. Jeżeli jednak zamawiający uznał, że wyjaśnienia odwołującego stanowią zmianę treści oferty (czemu odwołujący stanowczo zaprzecza, gdyż nie taka była jego intencja i nie taka była treść złożonych wyjaśnień), to konsekwencją takiego rozumienia tych wyjaśnień mogło być jedynie ich pominięcie w procesie oceny ofert. Innymi słowy, zarzut sprzeczności oferty z prawem może być zasadny jedynie, gdy to w treści samej oferty znajduje się jakkolwiek sprzeczność z prawem. Ta sprzeczność oferty z prawem może być dla zamawiającego oczywista od początku, lub też może się ujawnić w świetle wyjaśnień wykonawcy. Jednakże sama treść wyjaśnień wykonawcy, jako czynność, która nie może zmienić oferty wykonawcy, nie może być traktowana jako podstawa odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy. Niezależnie od powyższego, nie ma podstaw do uznania, że oferta odwołującego, czy też treść złożonych wyjaśnień, jest niezgodna z prawem.

Odwołujący wskazał, że w szczególności w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej niż znalazły się niżej przywołane sformułowania, zawarte przez zamawiającego w dokumentach wydanych już po otwarciu ofert: - Zamawiający wskazuje, iż dobór techniki membran odbędzie się na podstawie badań jakości wody, wykonanych przez wykonawcę na etapie 8 rozruchu układu koagulacji, sedymentacji i filtracji (treść wezwania do wyjaśnień z dnia 11.12.2020 r.) - Zamawiający kilkakrotnie w SIWZ odniósł się, iż właściwy i ostateczny dobór zastosowania techniki membranowej, tj. technologii nanofiltracji czy technologii odwróconej osmozy, dokonany zostanie po wykonaniu przez odwołującego pełnego bilansu jonowego po uruchomieniu układu technologicznego, przy pełnym zakresie wydajności (treść decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, przy czym co znamienite, Zamawiający nie wskazuje, w których to punktach siwz „kilkukrotnie” wskazał, że wybór techniki membranowej ma zostać po uruchomieniu układu technologicznego) Nawet, jeżeli zamawiający miał intencję, by wybór technologii membranowej odbył się na etapie realizacji umowy i po zamontowaniu filtrów, a także, by ta decyzja była wyborem jego, a nie wyborem wykonawcy, to nie odzwierciedlił tej intencji w postanowieniach siwz. Zamawiający nie może więc teraz zarzucać, że 85% wykonawców nieprawidłowo zinterpretowało postanowienia siwz, a ich oferty podlegają odrzuceniu. Byłoby to sprzeczne z jednoznacznym postanowieniem siwz, zgodnie z którym dobór techniki membranowej należy do wykonawcy. Zamawiający powinien odrzucić ofertę Instalcompact jako ofertę niezgodną z siwz, tj. nie zawierającą wyboru określonej techniki membranowej. Powyższe skutkować winno odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z treścią siwz na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Odwołujący zauważył, że wybór ten był wymagany przez zamawiającego elementem oświadczenia woli wykonawcy, a tym samym stanowiło treść oferty. Brak dokonania wyboru technologii oraz wpisanie zarówno kwoty w pozycji technologii odwróconej osmozy, jak i technologii nanofiltracji, skutkuje brakiem pewności zamawiającego co do kwoty, którą zapłaci za realizację zamówienia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”) jak i sądów powszechnych, zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 ustawy, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwnie spoczywa na wykonawcy (tak np. wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r., KIO/UZP 1415/09, wyrok KIO z dnia 09.05.2013 r., KIO 934/13. Zgodnie z wymogami siwz (por. formularz cenowy), wykonawcy mieli podać z osobna ceny dla poszczególnych pozycji, które następnie były sumowane, a następnie obie te kwoty stanowiły sumę wynagrodzenia za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. W ramach kryterium ceny ocenie podlegała cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (osobno za wykonanie techniki membranowej oraz pozostałej części zamówienia). Powyższe potwierdzają także postanowienia wzoru umowy. Zamawiający wskazał bowiem, że dokona zapłaty wyłącznie za wykonanie jednej wybranej techniki membranowej. Oznaczało to, że nie jest istotna wartość łączna oferty, lecz w celu ustalenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, to każdy z wycenianych osobno elementów oferty (cena z wyłączeniem technik membranowych, cena wykonania odwróconej osmozy, cena wykonania nanofiltracji) winna umożliwić wykonawcy wykonanie wycenianej, odrębnej części zamówienia, z odpowiednim zyskiem. Dopuszczalne i konieczne jest więc według odwołującego weryfikowanie każdej „składowej” ceny w sposób odrębny. Powyższe postanowienia siwz oznaczają, że cena za wykonanie techniki membranowej stanowi odrębny przedmiot rozliczeń pomiędzy stronami. W konsekwencji, zgodnie z przywołanym wcześniej orzecznictwem, dopuszczalna jest ocena tej ceny pod kątem RNC. W ocenie odwołującego oferta Instalcompact powinna podlegać odrzuceniu, ze względu na fakt, że zaoferowana cena nosi znamiona rażąco niskiej ceny (dalej „RNC”). W ocenie H2OPTIM wyjaśnienia Instalcompact dotyczące elementów oferty mających wpływ na cenę (dalej „Wyjaśnienia Instalcompact”) nie obalają domniemania RNC. Instalcompact w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że w pozycji b) oraz c) formularza ofertowego wskazał wyłącznie cenę za membrany, nie uwzględnił natomiast pozostałej części instalacji membranowej, tj. obudowy membran, orurowania, armatury, pomp procesowych, sterownika, podpór itp. Należy 11 wskazać, że takie wyliczenie ceny za technologię membranową było wyliczeniem nieuprawnionym. Zamawiający w sposób wyraźny w formularzu ofertowym wskazał, że w pozycji b) należy wskazać koszt wykonania techniki membranowej – technologia nanofiltracji, a w pozycji c) – koszt wykonania techniki membranowej – technologia odwróconej osmozy. Nie było więc uprawnionym podawanie ceny za same membrany, podczas gdy technika membranowa, czy to technologia nanofiltracji, czy też odwróconej

osmozy, składa się z większej ilości elementów niż same membrany. Co więcej, zamawiający elementy te opisał w pkt 27 OPZ, wskazując, że system membran stanowiłby kompletny zespół urządzeń, armatury, orurowania, opomiarowania zamontowany na wspólnej ramie. Same membrany bez pozostałych elementów składających się na technologię nanofiltracji, czy odwróconej osmozy, nie spełniają żadnej funkcji. Jednocześnie, nie da się wykonać kompletnej instalacji odwróconej osmozy, czy nanofiltracji za kwotę 50.000,00 zł netto, wskazaną przez Instalcompact. Odwołujący może udokumentować, że realne koszty nabycia tylko podstawowych składników technologii odwróconej osmozy lub nanofiltracji, tj. membran, obudów i pompy, wynoszą więcej niż 50.000,00 zł netto i to przy zastosowaniu produktów od najtańszych producentów, zaś koszt prefabrykacji kompletnego urządzenia stanowi co najmniej wielokrotność tej kwoty. Potwierdzają to również oferty złożone przez wszystkich pozostałych oferentów. Najniższa cena za technologię odwróconej osmozy lub nanofiltracji, poza ceną Instalcompact, złożona przez jednego z oferentów wyniosła 310.000zł, zatem cena Instalcompact stanowi zaledwie 16% najniższej ceny spośród wszystkich pozostałych, 8,5% ceny średniej pozostałych oferentów i 3% ceny najwyższej. 5.17. Tym samym, cena zaoferowana w pkt b) i c) formularza ofertowego przez Instalcompact jest ceną rażąco niską. W konsekwencji, oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu. [zarzut zaniechania wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy] Odwołujący wskazał przy tym, że choć wyjaśnienia złożone przez Instalcompact de facto stanowiły wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, to w sensie formalnym nimi nie były. Odwołujący ten nigdy nie został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, lecz wyłącznie, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. 5.19. Odwołujący stoi na stanowisku, że sam fakt, że w treści wezwania do złożenia wyjaśnień przez Instalcompact, nie został przywołany art. 90 ust. 1 ustawy, nie powoduje, że wysłanego do Instalcompact wezwania nie należy traktować jako wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny. Odwołujący stoi więc na stanowisku, że Izba powinna rozpatrzyć merytorycznie zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Instalcompact, w świetle złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień. Gdyby jednak Izba uznała, że to wezwanie z przyczyn formalnych nie może zostać uznane za wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny, wtedy powinna nakazać zamawiającemu wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Powyższy zarzut stawiany jest więc wyłącznie z ostrożności procesowej. Wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy dotyczy wątpliwości zawartych w ofercie innych, niż wątpliwości co do oferowanej ceny. Jeżeli więc zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do ceny oferowanej przez Instalcompact, to powinien go wezwać do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający powziął istotne wątpliwości co do rażąco niskiej ceny oferty Instalcompact i jego intencją było wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnień ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie może bowiem odnosić się do ewentualnego zaniżenia ceny ofertowej, a jedynie do innych wątpliwości co do zgodności oferty z treścią siwz. Skoro więc zamawiający powziął tę wątpliwość, to zasadnym było wezwanie Instalcompact w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W niniejszym przypadku zatem zastosowanie tej procedury było obowiązkiem zamawiającego w zakresie ceny za instalację membranową, bowiem zaoferowana przez Instalcompact kwota była o około 85% niższa od kwoty zaoferowanej przez drugiego, najtańszego w tym elemencie ceny wykonawcę, o 91,5% niższa od ceny średniej pozostałych oferentów i o 97% niższa od ceny najwyższej. Odwołujący wskazał, że na technologię membranową odwróconej osmozy składają się takie komponenty jak:

- Membrany – koszt minimalny ok. 60.000,00 zł,
- Housingi (obudowy membran, bez których membrany nie działają, tj. niejako membrany stanowią część składową housingów) – koszt minimalny ok. 12.000,00 zł,
- Pompa wysokiego ciśnienia z przetwornicą częstotliwości – koszt minimalny ok. 25.000,00 zł,
- Filtr wejściowy – koszt minimalny 8.000,00 zł
- Zestaw dozujący z pompą dozującą – koszt minimalny ok. 4.000,00 zł □ Zestaw chemicznego mycia, dezynfekcji i konserwacji postojowej (CIP) – koszt minimalny ok. 5.000,00 zł, - Rama do urządzenia odwróconej osmozy – koszt minimalny 2.000,00 zł,
- Oprzyrządowanie takie jak zawory igłowe, manometry, elektrozawór, rotametry, mierniki przepływu, wodomierze – koszt minimalny 10.000,00 zł,
- Szafa sterująca urządzeniem odwróconej osmozy – koszt minimalny – 20.000,00 zł,

Podsumowując, minimalny koszt urządzenia odwróconej osmozy to 146.000,00 zł i to licząc wyłącznie koszt zakupu komponentów, z wyłączeniem robocizny, której koszt wynosi co najmniej 15.000,00 zł. Zakładając więc wykonanie własne takiej osmozy przez bardzo doświadczonych pracowników, koszt minimalny to 160.000,00 zł. Powyższe zakłada wykonanie całej osmozy siłami własnymi, bez podzlecania prefabrykacji poszczególnych elementów, tj. na przykład z własnym spawaniem ramy urządzenia. Odwołujący wskazał, że zamawiający chciał urządzenie bardziej skomplikowane, uwzględniające najnowocześniejsze technologie takie, jak odzysk wody po instalacji membranowej. Generuje to dodatkowe koszty, w postaci dodatkowej pompy i automatyki. Nie powinno być zatem wątpliwości, że w tej sytuacji zamawiający powinien był zastosować procedurę z art. 90 ust. 1 ustawy. Niezależnie od powyższego w ocenie odwołującego złożenie przez Instalcompact tak skalkulowanej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na manipulacji poszczególnymi cenami. Manipulacja ta polega na tym, że prawie całość kosztów wykonania instalacji membranowej została ujęta nie przy pozycji, w której koszty te powinny zostać uwzględnione, tylko przy pozycji kosztów ogólnych. Tego rodzaju postępowanie (manipulacja cenami) narusza klauzulę generalną uczciwej konkurencji i jest sprzeczne z dobrymi obyczajami (np. uczciwości wobec kontrahenta) i narusza interesy zarówno zamawiającego, jak i interesy konkurentów tworząc niczym nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną. Wielokrotnie KIO wskazywała, że tego rodzaju manipulacja ceną (jej poszczególnymi składnikami) stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, którego konsekwencją musi być odrzucenie takiej oferty. 5.30. W tym miejscu wskazać można na takie wyroki KIO jak: wyrok z dnia 23.05.2016 r. (KIO 547/16, KIO 550/16, KIO 552/16), wyrok z dnia 24.09.2014 r. (KIO 1844/14), wyroki z dnia 19.02.2014 r. (KIO 216/14), z dnia 09.06.2014 r. (KIO 1049/14), z dnia 14.01.2015 r. (KIO 2734/14), z dnia 10.11.2016 r. (KIO 2043/16). Odwołujący wskazał, że w świetle postanowienia § 22 ust. 2 wzoru umowy, zapłata za wybraną technikę membranową następuje dopiero po zaakceptowaniu przez zamawiającego wycień dokonanych przez wykonawcę, w zakresie prawidłowości dokonanego wyboru technologii (tj. innymi słowy – że technologia wybrana przez wykonawcę pozwoli osiągnąć cele zakładane przez zamawiającego). Zapłata za technikę membranową jest więc elementem osobnym od całości zamówienia.. Tym samym, podanie tak zaniżonej ceny w pozycji technologii membranowej skutkuje tym, że wykonawca przerzuca koszty tej technologii, za którą zapłata zależy od akceptacji wycień przez zamawiającego, do części pewnej, za którą zapłata następuje niejako „automatycznie” (nie jest zależna od akceptacji zamawiającego). Wydzielenie ceny za wykonanie techniki membranowej przekłada się także na to, że w przypadku, gdyby z przyczyn technologicznych, okazało się, że nie ma konieczności wykonywania technologii membranowej na wydajność określoną przez

zamawiającego, to zamawiający miałby możliwość obniżenia wynagrodzenia wykonawcy za tą część. Przy czym wykonawca miałby oszczędności nie tylko na koszcie membran, ale także pozostałych akcesoriów, takich, jak obudowy membran, czy wielkość pompy. Jednakże w sytuacji, gdy Instalcompact przerzucił te koszty do pozycji „pewnej” to nie sposób je wyodrębnić i dokonać proporcjonalnego obniżenia wynagrodzenia. Zamawiający w pkt 19.4. ppkt 1) siwz wskazał, że w punkcie a) formularza ofertowego należy uwzględnić koszty wykonania zakresu rzeczowego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia z wyłączeniem wycenionych technik membranowych. W sposób wyraźny wskazał więc, że w punkcie b) lub c) należy wycenić koszty całkowite wykonania techniki membranowej (odwróconej osmozy lub nanofiltracji), a nie wyłącznie koszt membran. Zapis taki został powtórzony w formularzu ofertowym, gdzie zamawiający wymagał podania kosztu całkowitego oferty, w tym: a) Koszt wykonania zakresu rzeczowego – zgodnego z opisem Przedmiotu umowy z wyłączeniem wycenionych poniżej (poz. b) i c)) technik membranowych b) Koszt wykonania techniki membranowej – technologia nanofiltracji c) Koszt wykonania techniki membranowej – technologia odwróconej osmozy 5.35. Z punktu widzenia przepisów ustawy i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie jest istotną wartością takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia. Bez względu czy wynosi ona np. 1.000,00 zł czy też 122.000,00 zł lub 2.000.000,00 zł jest czynem nieuczciwej konkurencji, którego wystąpienie zobowiązuje do odrzucenia oferty. Dla oceny tej sytuacji nie ma także znaczenia czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty jest bezwzględny. Odwołujący wskazał, że takie przerzucanie cen przyniosło Instalcompact wymierne korzyści, bowiem doprowadził do sytuacji, gdy wykonawca ten otrzyma więcej punktów niż jego konkurenci. Jest to drugi aspekt czynu nieuczciwej konkurencji, którego dopuścił się Instalcompact. Skoro praktycznie wszystkie koszty instalacji membranowej, poza kosztem samych membran, wykonawca ten przyporządkował do pozycji a) tj. kosztów całej stacji, z wyłączeniem instalacji membranowej, to oznacza to, że koszt ten liczony był wyłącznie jednokrotnie. Gdyby Instalcompact postąpił w sposób uczciwy i uwzględnił w cenie technik membranowych wszystkie koszty faktycznie potrzebne do stworzenia instalacji membranowej, to zgodnie z treścią złożonych przez niego wyjaśnień, te koszty liczyłyby się do obliczenia ceny „całkowitej” dwukrotnie. Tym samym, oferta tego wykonawcy byłaby z pewnością dużo droższa od ceny wynikającej ze złożonego formularza ofertowego. Skoro więc zamawiający ustanowił wydzielenie tego wynagrodzenia, a jednocześnie przyjął, że w kryterium „cena” dokona zsumowania wszystkich pozycji (a, b oraz c), to miał w tym zamiast. Zamiast, który Instalcompact obszedł, by osiągnąć korzystniejszą dla siebie pozycję w rankingu ofert. Skoro bowiem zasadniczą część kosztów b) oraz c), będących względem siebie technologiami alternatywnymi (zamawiający zapłaci tylko za jedną), Instalcompact przypisał do pozycji a), to w kryterium oceny ofert otrzyma więcej punktów, bowiem jego cena będzie o tą „przerzuconą” część ceny instalacji membranowej tańsza. Odwołujący wskazał, że konsekwencją powyższych uchybień była czynność z dnia 21.12.2020 r., tj. wezwanie Instalcompact do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Oznacza to, że zamawiający zakończył już etap oceny zgodności oferty Instalcompact z siwz i uznał, że nie ma podstaw do odrzucenia tej oferty. Tym samym, obecny moment jest właściwy do złożenia odwołania we wszystkich ww. kwestiach. W kolejnym etapie postępowania zamawiający będzie bowiem wyłącznie ocenił spełnianie przez Instalcompact warunków postępowania, a nie treść złożonej przez niego oferty oraz ewentualne podstawy jej odrzucenia. Jedynie z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że niedbałość zamawiającego w przygotowaniu dokumentacji przetargowej doprowadziła do sytuacji, gdzie de facto, złożone zostały oferty nieporównywalne. Jeden wykonawca wycenił bowiem dwie alternatywne technologie, podczas gdy pozostałych pięciu wyceniło wyłącznie technologię przez siebie wybraną. Tym samym, postępowanie dotkniętą jest nieusuwalną wadą prawną i jako takie podlega unieważnieniu w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W dniu 31 grudnia 2020r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 4 stycznia 2021r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Instalcompact spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie Podgórnym, ul. Wierzbowa 23 wnosząc o odrzucenie odwołania ewentualnie o jego oddalenie w całości. Wskazał, że jego oferta jest jedyną ofertą w postępowaniu, która nie została odrzucona przez zamawiającego i to z nim zamawiający zawrze umowę. W zakresie zarzutów dotyczących jego oferty wykonawca ma zatem interes w tym, aby odwołanie zostało oddalone. Ewentualne uwzględnienie odwołania spowoduje odrzucenie oferty wykonawcy i uniemożliwi mu pozyskanie zamówienia, a to w oczywisty sposób może spowodować szkodę w jego majątku, gdyż nie osiągnie przychodu, a dalej zysku z tytułu pozyskania i wykonania przedmiotu zamówienia. Wskazał, że w sprawie zachodzą podstawy odrzucenia odwołania, a podniesione zarzuty są bezpodstawne i wnosi o oddalenie w całości, gdyż są pozbawione podstaw faktycznych i nie znajdują oparcia w przepisach. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 stycznia 2020r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 4 stycznia 2021r.

W dniu 19 stycznia 2021r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o :

1 . oddalenie odwołania w całości;

2 zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów ewentualnego zastępstwa procesowego w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku przedstawionego przez pełnomocnika zamawiającego na rozprawie

Zamawiający podniósł, że wnosząc odwołanie, odwołujący zakwestionował czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu jego oferty, a uwzględnieniu oferty przystępującego do odwołania. W ocenie odwołującego to jego oferta winna zostać wybrana w toku postępowania przetargowego, a oferta przystępującego winna zostać odrzucona. Odwołujący wskazał, że to jego oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a oferta przystępującego jest z nią sprzeczna. Odwołujący wskazał, że zamawiający winien dokonać ponownej oceny ofert i w jej następstwie odrzucić ofertę Instalcompact sp. z o.o. Jednocześnie odwołujący wniósł żądanie ewentualne o unieważnienie postępowania z uwagi na niemożliwość do usunięcia wadę prawną tego postępowania, skutkującą brakiem możliwości porównania złożonych ofert. Odnosząc się już na wstępie do tak sformułowanych zarzutów, wniosków i argumentacji odwołania, zamawiający wskazał, że jest ono wewnętrznie sprzeczne i zawiera wykluczające się wzajemnie tezy. Z jednej strony bowiem odwołujący domaga się odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej z SIWZ, a z drugiej strony domaga się wyboru swojej oferty jako zgodnej z SIWZ ,choć nie zawierającej wyceny technologii nanofiltracji, co do której wykonawca ten w toku złożonych wyjaśnień wyraźnie wskazał. że w przypadku wyboru jego oferty nie będzie tej technologii realizował. Dodatkowo odwołujący, choć domaga się w swoim odwołaniu ponownej oceny ofert, to już na etapie odwołania przesądza o wynikach tej oceny i to mimo tego, że sam wskazał na konieczność dokonania przez zamawiającego wezwania przystępującego w zakresie art. 90 ust. 1 ustawy. Ostatecznie odwołujący

mając najprawdopodobniej świadomość w/w sprzeczności wnosi ewentualnie o unieważnienie całego postępowania przetargowego, zaprzeczając tym samym głównym wnioskowi swojego odwołania, potwierdzając jednak przy tym wadliwość swojej własnej oferty, złożonej w toku postępowania przetargowego, która w wyniku oczywistych braków w zakresie określenia ceny (ale również w zakresie sposobu wykonania zamówienia) nie nadawała się w ogóle do merytorycznej weryfikacji i jako taka została odrzucona. Jeżeli bowiem którakolwiek z ofert w tym ofercie odwołującego nie podlegałaby odrzuceniu i spełniałaby wszystkie wymagania SIWZ i ogłoszenia o przetargu to żądanie jego unieważnienia podniesione w odwołaniu, całkowicie przeczy tej tezie i dowodzi tezy całkowicie przeciwnej, że oferta odwołującego dotknięta była nieusuwalną wadą, skutkującą jej odrzuceniem.

Odnosząc się do zarzutów związanych z odrzuceniem oferty odwołującego zamawiający wskazał, że uzasadnienie odwołania opiera się na dwóch podstawowych tezach. Pierwszej, w myśl której oferta odwołującego była poprawna, spełniająca wszystkie wymagania SIWZ, a jednocześnie zawierająca najniższą cenę, w związku z czym winna zostać wybrana oraz drugiej w myśl której oferta, która faktycznie została wybrana, w rzeczywistości nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawiera wyższą cenę niż oferta odwołującego i w związku z tym winna ulec odrzuceniu. Obie te tezy nie mają jednak żadnego uzasadnienia w stanie faktycznym niniejszej sprawy i są nieprawdziwe. Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia składa się z trzech podstawowych części podzielonych na trzy tomy. Tom pierwszy — INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW, tom drugi - WZÓR UMOWY, tom trzeci - OF PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA. Jednocześnie załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest: Wz Formularza Oferty. Każdy z tych dokumentów składający się na dokumentację przetargową, w oparciu o którą wykonawcy zobowiązani są przygotować swoje oferty zawiera szczegółowe postanowienia w zakresie sposobu obliczania Ceny całkowitej oferty oraz sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pierwszym z tych dokumentów zamawiający szczegółowo określił sposób kalkulacji przez wykonawcę ceny całkowitej oferty:

19. Opis sposobu obliczenia ceny

19.1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN do dwóch miejsc po przecinku (z dokładnością do 1 grosza).

19.2. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

19.3. Cena oferty stanowić będzie ryczałtowe wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji.

19.4. Wykonawca w druku oferty podaje cenę całkowitą oferty na wykonanie całości przedmiotu zamówienia oraz podaje oddzielnie koszt wykonania:

- 1) zakresu rzeczowego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia z wyłączeniem wycenionych technik membranowych,
- 2) technologii nanofiltracji (membrany),
- 3) technologii odwróconej osmozy (membrany).

20. Opis kryterium, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

20.1. Przy wyborze ofert zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

1) Kryterium „Cena” w PLN:

• znaczenie kryterium — 100%

• opis sposobu oceny ofert dla kryterium „Cena” Cena najtańszej oferty x 100 pkt. /Cena badanej oferty gdzie C — liczba uzyskanych punktów dla kryterium „Cena” ocenianej oferty,

20.2. Do porównania ofert brana będzie pod uwagę

Cena całkowita oferty — suma pozycji 3)a), 3)b) i 3)c) Formularza Oferty.

W przytoczonym powyżej punkcie 19 tomu I SIWZ (Instrukcja dla wykonawców) wyraźnie wskazano, że każdy wykonawca składając ofertę jest zobowiązany podać ryczałtową cenę wycenionych przez siebie robót w ten sposób, że oddzielenie wycenia on:

- zakres rzeczowy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia z wyłączeniem wycenionych technik membranowych.
- koszty technologii nanofiltracji (membrany).
- koszt technologii odwróconej osmozy (membrany),

Jednocześnie w punkcie kolejnym Instrukcji dla wykonawców zamawiający zastrzegł, że do porównania ofert brana będzie pod uwagę Cena całkowita oferty rozumiana jako suma kosztów w/w zakresu rzeczowego, technologii nanofiltracji (membrany) i technologii odwróconej osmozy (membrany).

Zamawiającemu celowo zależało na takim, a nie innym określeniu ceny na potrzeby porównania ofert aby nie determinować wyboru określonej technologii membranowej już na etapie przetargu tylko na etapie wykonawstwa co miało bardzo duże znaczenie z punktu widzenia sposobu wykonania przedmiotu umowy. potrzeb zamawiającego w zakresie uzdatniania wody i związanych z tym przyszłych kosztów eksploatacji zmodernizowanej stacji uzdatniania wody. Właśnie ten element zamówienia, materializujący się dopiero na etapie realizacji kontraktu miał dla zamawiającego bardzo duży wpływ na ocenę i wybór oferty. Nie jest tak jak twierdzi odwołujący, że zamawiający w nieprecyzyjny sposób określił warunki cenowe ofert. warunki wykonania zamówienia, a w szczególności nie podał w umowie procedury wyboru określonej technologii membranowej, pozostawiając rzekomo ten wybór wykonawcy już na etapie składania ofert. Takie stanowisko odwołującego jest sprzeczne nie tylko z przytoczonymi powyżej punktami 19-20 tomu pierwszego SIWZ (Instrukcja dla wykonawców), ale jest również sprzeczne z tomem drugim i trzecim specyfikacji, jak również z Formularzem cenowym oferty. Odwołujący nie może się tym samym zasłaniać argumentem, że podał wyłączenie ceny tej technologii, czy membrany, która jego zdaniem jest najbardziej optymalna albowiem tę, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, można było wybrać dopiero na etapie wykonawstwa, po przeprowadzeniu badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych, dla doboru membran. Zgodnie ze wzorem umowy z badań tych winien zostać sporządzony raport, przedkładany następnie wykonawcy i Inspektorowi nadzoru inwestorskiego, celem akceptacji konkretnej techniki membranowej. Odwołujący twierdził, że już na etapie przetargu dokonał wyboru najbardziej optymalnej techniki membranowej sam w odwołaniu podważał poprawność swojej oferty i wytknął jej najważniejszą wadę polegającą na braku wyceny jednego z najistotniejszych elementów składających się na cenę całkowitą oferty. Jednocześnie zamawiający podkreślił, że tak jak wycena technik membranowych (membran) miała bardzo duże znaczenie z punktu widzenia przesłanek formalnych oceny ofert, to brak zamieszczenia wyceny którejś z nich przez danego wykonawcę, po pierwsze w oczywisty sposób zaniżał jego własną ofertę o kwotę techniki membranowej, której nie wycenił, a po drugie ewentualny wybór takiej oferty, skutkowałby brakiem możliwości wyboru techniki odwróconej osmozy lub techniki nanofiltracji na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający byłby bowiem związany ofertą wykonawcy, który nie przewidział w niej wykonania membrany opartej na technice nanofiltracji tylko i wyłącznie na



technice odwróconej osmozy. Zamawiający zdziwił się, że odwołujący w swym odwołaniu całkowicie pomija ten fakt bagatelizując go i podaje argumenty, które nie mają żadnego oparcia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Potwierdzeniem tego według zamawiającego jest również zapis paragrafu 17 pkt 6 wzoru umowy (tom drugi SIWZ), w którym zawarto, że: „Wykonawca zgodnie z zapisami opisu przedmiotu zamówienia dokona doboru zastosowania systemu (membrany) — nanofiltracja lub odwrócona osmoza. Raport z badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych, dla doboru membran, wykonawca przedstawi Inspektorowi Nadzoru i zamawiającemu, w celu akceptacji zaproponowane przez niego do zastosowania w procesie technologicznym techniki Protokół zatwierdzający wybraną technikę membranową będzie dla wykonawcy do wykonania wybranej technologii — nanofiltracja lub odwrócona osmoza. ” Zapis ten zamieszczony jest w części umowy zatytułowanej „Odbiory i procedura”, tym samym nie jest tak jak twierdzi odwołujący, że zapisy dotyczące danej techniki membranowej znajdują się wyłącznie w części wzoru umowy odnoszącej się do wynagrodzenia i że zamawiający nie przewidział nawet w umowie sposobu wyboru danej techniki membranowej. Miałoby to według odwołującego uzasadniać jego stanowisko, że dokonanie takiego wyboru już na etapie przetargu jest zgodne z SIWZ, a jego oferta spełnia wszystkie wymogi formalne i merytoryczne niezbędne do jej oceny. Otóż jak wynika z przywołanych zapisów Instrukcji dla wykonawców (tom I SIWZ) i ze Wzoru umowy (tom II SIWZ) jest dokładnie odwrotnie. Zamawiający wymagał nie tylko podania wyceny obu technik membranowych (nanofiltracji i odwróconej osmozy), ale również wyraźnie wskazywał, że wybór którejś z nich zostanie dokonany dopiero na etapie wykonawstwa. We wzorze umowy zawarto tym samym nie tylko zapisy w zakresie zapłaty wynagrodzenia za daną technikę membranową wybraną na etapie realizacji przedmiotu umowy, ale zawarto również zapisy w zakresie sposobu i procedury wyboru tej techniki przez strony umowy, w której ma uczestniczyć również inspektor nadzoru inwestorskiego, któremu na podstawie odrębnych przepisów przysługują odrębne funkcje techniczne w budownictwie. Procedura wyboru danej techniki membranowej, która według odwołującego w ogóle nie została przewidziana we wzorze umowy, ma według tego wzoru przebiegać w następujący sposób:

wykonawca dokonuje badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych dla doboru membran,

- następnie sporządza on raport z tych badań pod kątem w/w parametrów,
- raport ten wykonawca przedstawia zamawiającemu i Inspektorowi Nadzoru Inwestorskiego. • w następstwie analizy powyższego raportu zamawiający i Inspektor wyrażają stanowisko w przedmiocie akceptacji zaproponowanej przez wykonawcę techniki membranowej,
- ostatecznym krokiem wyboru danej techniki membranowej jest podpisanie protokołu, w którym formalnie potwierdzona miała zostać czynność wyboru technologii nanofiltracji lub odwróconej osmozy.

Jak wynika zatem, w ocenie zamawiającego, z przywołanych powyżej dokumentów kwestia zastosowania konkretnej techniki membranowej miała dla zamawiającego duże znaczenie. Wybór ten był jednym z ważniejszych etapów wykonywania zakontraktowanych robót. Obowiązek jego dokonania rozkłada się na strony przyszłej umowy (w wyborze tym mieli bowiem uczestniczyć zarówno wykonawca jak i zamawiający wraz z Inspektorem nadzoru) i stanowi jej prawnie istotny element. Przeciwnie twierdzenia odwołującego i dokonanie przez niego wyboru technologii odwróconej osmozy już na etapie składania ofert, czyni ww. zapisy Wzoru umowy w zakresie procedury wyboru danej techniki membranowej całkowicie bezskutecznymi. Co więcej strony wbrew ogłoszonemu w toku postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego wzorowi umowy, musiałyby zawrzeć umowę o innej treści niż treść zawarta w tym wzorze. Niemożliwe bowiem byłoby zachowanie w tej umowie par. 17 pkt 6 oraz par. 22 pkt 1 ppkt b) oraz par. 22 pkt 2. Paragraf 17 pkt 6 został obszernie opisany powyżej. Zawiera on opis procedury wyboru danej techniki membranowej, w związku z czym jego dalsze istnienie w umowie byłoby bezcelowe i mogłoby rodzić duże problemy interpretacyjne. Jednak następstwem dokonania wyboru przez odwołującego techniki odwróconej osmozy już na etapie postępowania przetargowego byłoby również wykreślenie w ostatecznej wersji umowy zawieranej z wykonawcą, tych zapisów o wynagrodzeniu zawartych w par. 22 umowy, które donosiły się do zapłaty wynagrodzenia za daną technologię membranową.

Zapisy te, zakładały zdaniem zamawiającego oczywiście wybór technologii nanofiltracji lub odwróconej osmozy dopiero na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z par. 22 pkt 2 Wzoru umowy:

Zamawiający dokona zapłaty wykonawcy za wykonanie jednego, wybranego systemu (membrany) nanofiltracji lub odwróconej osmozy, jedynie po uprzednim zaakceptowaniu pisemnym (protokół zatwierdzający wybraną technikę membranową) przez Inspektora Nadzoru i zamawiającego. Zapis ten w bezpośredni sposób nawiązuje do w/w par. 17 pkt 6 Wzoru umowy i po raz kolejny wskazuje, że zapłata za ten element robót będzie możliwa dopiero po wyborze zgodnie z SI 7 pkt 6 Wzoru umowy «(Protokół zatwierdzający...) danej techniki membranowej — nanofiltracji lub odwróconej osmozy. Zupełnie nieuzasadniony jest tym samym zarzut odwołującego jakoby użycie łącznika „lub” w SIWZ. miało rzekomo wskazywać, że wykonawca już na etapie postępowania przetargowego mógł dokonać wyboru którejś z technik membranowych. W sposób nie budzący żadnych wątpliwości łącznik ten został użyty wyłącznie w celu podkreślenia zamiaru i woli zamawiającego wyboru. którejś z technik membranowych dopiero na etapie wykonawstwa. Ewentualne użycie przez zamawiającego alternatywnego łącznika „albo” nie ma i nie miałoby żadnego znaczenia w stanie faktycznym niniejszej sprawy albowiem oczywistym jest, że w trakcie wykonywania zakontraktowanych robót możliwe jest zastosowanie tylko jednej z wybranych wcześniej technik membranowych, a że wybór ten miał zostać dokonany na etapie realizacji umowy wynika niezbicie z jej postanowień (tom II SIWZ) oraz z innych zapisów SIWZ. Wśród nich należy w szczególności przywołać punkt 27 Opisu przedmiotu zamówienia w całości odnoszący się do doboru techniki membranowej. Zgodnie z nim wykonawca, w celu zarekomendowania najlepszej w danych okolicznościach techniki membranowej zobowiązany był dokonać szeregu czynności, których nie mógł wykonać w toku postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. W szczególności zobowiązany był on do dokonania we własnym zakresie badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych, dla doboru membran, przeprowadzenia pełnego bilansu jonowego (łącznie ze wskaźnikami typu stront, bar), celem doboru układu membranowego, dokonać wyboru systemu zmiękczenia i w tym celu zapoznać się z najbardziej aktualnymi badaniami wody surowej i dokonać obliczeń w oparciu o te badania.

- przedstawić zamawiającemu wyliczenia ilości substancji chemicznych do bieżącej eksploatacji (antyskalant) oraz czyszczenia chemicznego,

Czynności tych odwołujący mógł dokonać wyłącznie na etapie realizacji umowy, właśnie celem wyboru najwłaściwszej techniki membranowej. Bardzo szczegółowy opis tych czynności w tomie III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponad wszelką wątpliwość, po raz kolejny dowodził że celem postępowania przetargowego był wybór wykonawcy, który będzie w stanie wykonać wszystkie powyżej opisane działania zmierzające do wyboru najodpowiedniejszej techniki membranowej. Sposób, kolejność i zakres tych działań sprawia, że nie mogły być one dokonane na etapie postępowania przetargowego.

Mogło to mieć miejsce wyłącznie na etapie wykonywania robót, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i harmonogramem rzeczowo-finansowym przedkładanym zamawiającemu przez wykonawcę jeszcze przed podpisaniem umowy. Tym samym odwołujący, zgodnie z tomem I, II, specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie miał żadnej możliwości podania ceny całkowitej oferty z pominięciem wyceny technologii nanofiltracji (membrany). Tak skonstruowana oferta zawiera oczywisty brak formalny, skutkujący jej odrzuceniem. Zamawiający w bardzo klarowny sposób opisał sposób skonstruowania ofert przez poszczególnych wykonawców w załączniku nr 1 do SIWZ tj.: we Wzorze Formularza Oferty, zgodnie, z którym odwołujący miał podać następujące dane w zakresie ceny:

„3. Ja (my) niżej podpisany(i) oświadczam(y), że:

1) Zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia,

2) Gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian,

3) Cena całkowita mojej (naszej) oferty za wykonanie całości Przedmiotu Umowy wynosi: netto PLN; słownie: należny podatek VAT PLN co daje kwotę brutto PLN; słownie

a) Koszt wykonania zakresu rzeczowego — zgodnego z opisem Przedmiotu Umowy z wyłączeniem wycenionych poniżej (poz. b) i c)) technik membranowych netto . PLN; słownie . należny podatek VAT . PLN co daje kwotę brutto PLN; słownie .

b) Koszt wykonania techniki membranowej — technologia nanofiltracji netto PLN; słownie: należny podatek VAT TPLN co daje kwotę brutto . PLN, słownie .

c) Koszt wykonania techniki membranowej — technologia odwróconej osmozy netto . PLN; słownie: należny podatek VAT co daje kwotę brutto PLN; słownie

Suma pozycji a), b) i c) musi być równa Cenie całkowitej oferty

4) Podana cena obejmuje wszystkie koszty niezbędne do należytego wykonania niniejszego zamówienia. Każdy wykonawca, w tym również odwołujący doskonale zdawał sobie zatem sprawę z tego w jaki sposób winna być skalkulowana cena całkowita. Od samego początku znane były wszystkie postanowienia SIWZ w zakresie ceny. Postanowienia te znajdowały się we wszystkich dokumentach składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia. Nie wycenienie przez odwołującego jednego z podstawowych elementów kosztów składających się na cenę całkowitą oferty w oczywisty sposób zaniżało tę ofertę i to właśnie takie działanie odwołującego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, której naruszenie można by zarzucić zamawiającemu, gdyby wybrał ofertę odwołującego, która tylko pozornie była ofertą najniższą. W tym kontekście bez znaczenia pozostaje również argumentacja odwołującego jakoby inni wykonawcy dzielili jego tok rozumowania i w taki sam sposób interpretowali zapisy SIWZ. Po pierwsze najprawdopodobniej kierowali się oni dokładnie tymi samymi przesłankami mając na celu podniesienie konkurencyjności swoich ofert poprzez ich zniżenie nie podając wyceny jednej z technik membranowych, po drugie żaden z nich nie złożył odwołania. Podsumowując powyższe rozważania odnoszące się do zarzutów odwołującego, w zakresie nie precyzyjnych zapisów SIWZ niewłaściwej ich interpretacji, nieprawidłowej oceny ofert oraz żądania ponownej oceny ofert celem odrzucenia oferty Instalcompact sp. z o.o. i wyboru oferty odwołującego, zamawiający stwierdził, że:

wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający bardzo precyzyjnie określił sposób w jaki ma być określona cena, obszerne dane na ten temat znajdowały się we wszystkich dokumentach składających się na siwz,

poza wszelkimi wątpliwościami pozostaje fakt, że któraś z dwóch technologii membranowych tj.: nanofiltracji lub odwróconej osmozy miała zostać wybrana na etapie realizacji umowy i wykonywania zakontraktowanych robót, stwierdzenie to wyklucza argumentację odwołującego jakoby wykonawcy mieli tę możliwość już na etapie postępowania przetargowego,

podanie przez odwołującego w ofercie ceny tylko za jedną technikę membranową (membranę) stanowi brak formalny oferty, skutkujący jej odrzuceniem.

Odwołujący całkowicie świadomie i w sposób oczywisty zaniżył tym samym wysokość własnej oferty. Wybranie jej przez zamawiającego skutkowałoby również brakiem możliwości ewentualnego zastosowania w toku realizacji przedmiotu zamówienia techniki nanofiltracji, której odwołujący, w ogóle nie przewidział w swojej ofercie i jego oświadczenie woli w tym zakresie nie obejmowało tej technologii, w sposób bezpośredni miało to wpływ na wykonywanie samej umowy albowiem zamawiający zostałby pozbawiony możliwości zastosowania innej techniki membranowej niż przewidziana w ofercie odwołującego, jak wynika z treści przywołanych powyżej dokumentów składających się na SIWZ możliwość wyboru danej techniki na etapie wykonawstwa była bardzo ważna dla zamawiającego oraz stanowiła istotny element wzoru umowy załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umowa ta przewidywała zarówno procedurę wyboru konkretnej techniki membranowej (par. 17 pkt 6 wzoru umowy), jak i zapłatę za którąś z wybranych w toku realizacji przedmiotu zamówienia technik (par. 22 pkt 1-2 wzoru umowy), wybór oferty odwołującego, skutkowałby radykalną zmianą załączonej do przetargu umowy, co byłoby sprzeczne zarówno z przepisami prawa, ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jak i z zamiarem zamawiającego sprowadzającego się do możliwości wyboru określonej techniki membranowej (membrany) na etapie wykonywania robót. w oparciu o najbardziej aktualne pomiary i obliczenia. Zamawiający zauważył, że odwołujący podniósł też ewentualny zarzut unieważnienia całego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia ze względu na brak wezwania przez zamawiającego spółki Instalcompact co do ceny podanej przez tego wykonawcę w swojej ofercie. Podnosząc jednak ten zarzut, odwołujący przeczy sam sobie w zakresie całej swojej wcześniejszej argumentacji, zaprezentowanej w pierwszej części odwołania. Wnosząc bowiem o unieważnienie przetargu, odwołujący przyznaje, że również jego oferta nie spełniała warunków formalnych przede wszystkim w zakresie ceny i również ona winna zostać odrzucona. Sprzeczność tej argumentacji nie wynika tylko i wyłącznie z wykluczających się nawzajem zarzutów i wniosków, ale również z tego, że odwołujący chcąc uzasadnić prawidłowość nie podania przez siebie wyceny techniki membranowej nanofiltracji (membrany), wskazuje że zamawiający wcale takiego wymogu nie sformułował, że nie wynika on z SIWZ, a w szczególności ze wzoru umowy. Tymczasem uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny po stronie wykonawcy, który wygrał przetarg, odwołujący wskazał na stronie 10 odwołania pkt 57, że „Zgodnie z wymogami siwz (por. formularz cenowy), wykonawcy mieli podać z osobna ceny dla poszczególnych pozycji, które następnie były sumowane...”. Jedną z tych pozycji była właśnie cena techniki nanofiltracji (membrana). Zamawiający, przytoczył w niniejszej odpowiedzi bardzo precyzyjne zapisy SIWZ w zakresie ceny, sposobu jej obliczania, wyboru danej techniki membranowej połączonego z badaniem wody i z obliczeniami wynikającymi z tego badania. Odwołujący w żaden przekonujący sposób nie uzasadnia dlaczego dla podania ceny całkowitej oferty zgodnie z SIWZ nie podał kosztu wykonania techniki nanofiltracji (membrany). Zgodnie ze Wzorem Formularza Oferty pkt 3. 3) „Suma pozycji a), b), c) musi być równa cenie całkowitej oferty”. Odwołujący nie miał w tym zakresie żadnej dowolności. Musiał podać koszt wykonania techniki nanofiltracji (membrany) albowiem ta nie była jeszcze wybrana, a wyboru tego nie mógł samodzielnie dokonać żaden wykonawca na etapie przetargu. Paradoks



argumentacji odwołującego w tym zakresie polega na tym, że zarzucając wykonawcy wyłonionemu w przetargu rażąco niską cenę, sam nie podał jej wszystkich składników. Nie wyceniając techniki nanofiltracji sam zaniżył swoją ofertę w stopniu co najmniej znacznym, czyniąc ją nieweryfikowalną. Po raz kolejny zamawiający podkreślił, że drugim skutkiem (z punktu widzenia zamawiającego nawet istotniejszym) nie podania przez odwołującego wyceny techniki nanofiltracji (membrany) było nie objęcie tej techniki swoją ofertą, co czyniło bezprzedmiotowym późniejszy wybór między techniką nanofiltracji, a odwróconej osmozy na etapie wykonawstwa. Odwołujący bowiem arbitralnie dokonał wyboru wyłącznie tej ostatniej techniki. Z dokumentacji przetargowej ponad wszelką wątpliwość wynika, że oświadczeniem woli, jakim jest oferta każdego wykonawcy biorącego udział w przetargu, winno być objęcie zobowiązania do wykonania każdej z dwóch technik membranowych, a wybór między nimi miał być dokonany w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia. Zamawiający stwierdził, że odwołujący takiego oświadczenia nie złożył, tym samym jego oferta była całkowicie bezprzedmiotowa, obarczona brakiem formalnym nie tylko musiała zostać odrzucona, ale również nie nadawała się do merytorycznej weryfikacji. Oświadczenie takie z kolei złożył wykonawca, którego oferta została wybrana. Spełnia ona bowiem jeden z najistotniejszych warunków SIWZ polegający na gotowości tego wykonawcy do wykonania każdej z dwóch technik membranowych w zależności od wyboru dokonanego przez strony w trakcie realizacji umowy. Warunek ten został spełniony właśnie poprzez dokonanie wyceny obu technik membranowych przez tego wykonawcę. Oświadczenie przystępującego co do przyjęcia na siebie takiego zobowiązania i późniejsze zawarcie umowy zgodnie ze wzorem załączonym do SIWZ ma swój formalny wyraz na etapie przetargu właśnie poprzez dokonanie wyceny sum pozycji a), b) i c) zgodnie z w/w Formularzem Cenowym Oferty. Składając ofertę zgodnie z treścią tego formularza wykonawca dał zamawiającemu możliwość merytorycznego rozpatrzenia swojej oferty. Zanim to jednak nastąpiło, Instalcompact sp. z o.o. została wezwana przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień czy wycena wykonania technik membranowych w wysokości 61.500.zł (brutto) każda jest wystarczająca? W odpowiedzi wykonawca ten stwierdził, że „zaproponowana cena 61.500,- zł brutto dotyczy tylko i wyłącznie membran i jest wystarczająca. Pozostała część instalacji membranowej, tj.: orurowanie, armatura, pompy procesowe, podpory itp. są analogiczne dla techniki nanofiltracji jak i odwróconej osmozy i wszystkie te elementy zostały uwzględnione w cenie 10.602.600,00 brutto. Przystępujący w dalszej części swoich wyjaśnień, wskazał, że taki a nie inny sposób wyceny obu kosztów wynikał z postanowień SIWZ i z projektu umowy, gdzie wskazano, że należało wyodrębnić cenę techniki membranowej nanofiltracji i odwróconej osmozy (membrany), a nie całej instalacji.

W punkcie 19.4 tomu I SIWZ (Instrukcja dla wykonawców) wskazano, że: 1

9.4 Wykonawca w druku oferty podaje cenę całkowitą oferty na wykonanie całości przedmiotu zamówienia oraz podaje oddzielnie koszt wykonania

4) zakresu rzeczowego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia z wyłączeniem wycenionych technik membranowych, 5) technologii nanofiltracji (membrany),

6) technologii odwróconej osmozy (membrany).

Jednocześnie zgodnie z par. 22 pkt 2 wzoru umowy, wskazano że: Zamawiający dokona zapłaty wykonawcy za wykonanie jednego, wybranego systemu (membrany) — nanofiltracji lub odwróconej osmozy, jedynie po uprzednim zaakceptowaniu pisemnym (protokół zatwierdzający wybraną technikę membranową) przez Inspektora Nadzoru i zamawiającego. Przystępujący, udzielając wyjaśnień wskazał jednak, że ujął wszystkie elementy składające się na wycenę obu technik membranowych w pkt 3. 3) a) Wzoru formularza oferty.

W ocenie odwołującego nie jest to jednak wystarczające, a zamawiający miał w ten sposób naruszyć art. 90 ust 1 pzp. W myśl tego przepisu „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, . ” Jak wynika z treści tego przepisu do jego zastosowania konieczne jest łączne spełnienie kilku następujących przesłanek:

- cena, koszt lub ich składowa musi wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- wysokość ta winna wpływać na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia,
- co z kolei winno wzbudzić wątpliwości zamawiającego.

Biorąc pod uwagę, stan faktyczny niniejszej sprawy, w tym złożone przez przystępującego wyjaśnienia, żadna z tych przesłanek nie została spełniona. Cena całkowita oferty podana przez Instalcompact sp. z o.o. jest ceną rynkową. Nie jest ceną ani zaniżoną, ani zawyżoną. Można to stwierdzić porównując oferty wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Spośród sześciu ofert, dwie były zdecydowanie wyższe od czterech pozostałych, z których różnica między ofertą najniższą 9.668.245,95 zł a najwyższą 11.450.070,00 zł wyniosła 1.781.824.05 zł. Na tym tle oferta Instalcompact sp. z o.o. na pewno nie może być uznana za zbyt wysoką lub rażąco niską. Należy pamiętać, że trzech spośród czterech wykonawców, których oferty mogły się liczyć w ostatecznym rozstrzygnięciu nie dokonało wyceny jednej z technik membranowych, zaniżając tym samym w znacznym stopniu wartość swoich ofert i nie spełniając przy tym wymogów formalnych SIWZ. W świetle wyjaśnień przystępującego, zamawiający nie miał podstaw, żeby odrzucić jego ofertę, albowiem spełniała ona wszystkie wymogi formalne, a ewentualne obawy zamawiającego, że któraś z robót składających się na przedmiot zamówienia była niedoszacowana, zostały rozwiązane poprzez jasną deklarację przystępującego, że pozostałe elementy obu instalacji membranowych znajdują się w cenie robót budowlanych i ujęte zostały w Całkowitej cenie oferty. Nie powstał tym samym stan obawy, uzasadniający wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Instalcompact sp. z o.o.. tym bardziej cena całkowita oferty nie mogła i nie może wydawać się rażąco niska. Nadto zamawiający wskazał, że gdyby oferta odwołującego zawierała wycenę techniki nanofiltracji to cena całkowita jego oferty byłaby zdecydowanie wyższa. Jednak przede wszystkim spełnione byłyby podstawowe wymagania SIWZ w zakresie jasnej deklaracji odwołującego, że wykona on i zastosuje wycenioną przez siebie technikę nanofiltracji, gdy taki wybór zostanie dokonany przez strony umowy na etapie wykonawstwa. Wymagania te wynikały nie tylko ze sposobu kalkulacji ceny, ale również z Instrukcji dla wykonawców, Opisu przedmiotu zamówienia i ze Wzoru umowy, w których wielokrotnie wskazywano na potrzebę przeprowadzenia badań wody i dokonania niezbędnych obliczeń właśnie w celu wybrania odpowiedniej techniki membranowej. Przystępujący dokonał takiej wyceny w zakresie obu technik. Odwołujący nie wycenił techniki nanofiltracji, jasno deklarując, że nie zamierza i nie będzie wykonywał tej techniki membranowej. Bez znaczenia w tym kontekście jest zarzut odwołującego, że przystępujący zaniżył wartość poszczególnych składowych swojej oferty podając wyłącznie ceny membran. Wartości te bowiem i tak zostały ujęte przez niego w Cenie całkowitej oferty. Zamawiający nie miał i nie ma podstaw aby w to wątpić, gdyż cena za wszystkie prace składające się na przedmiot zamówienia podana przez przystępującego jest wyższa dokładnie o wartość techniki membranowej nanofiltracji, której nawet w zakresie membrany nie podał odwołujący. Zgodnie z punktami 19.7. Instrukcji dla wykonawców „Podstawą obliczenia ceny oferty za roboty budowlane ma być opracowany przez

wykonawcę kosztorys szczegółowy sporządzony w oparciu o postanowienia SIWZ, projektu budowlanego i wykonawczego, STWiORB, opisu przedmiotu zamówienia (TOM III), które stanowią załączniki do SIWZ. Zamawiający nie miał zatem podstaw do obaw, że przystępujący nie uwzględni wyceny wszystkich elementów obu technologii membranowej, bo zgodnie z SIWZ i tak musiał je zawrzeć w kosztorysie. Jednocześnie zgodnie z kolejnym punktem Instrukcji dla wykonawców 19.8.: „Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą kosztorysu szczegółowego. Wykonawca, który złoży ofertę najkorzystniejszą dostarczy najpóźniej na dzień przed podpisaniem umowy kosztorys szczegółowy na cenę podaną w ofercie.”

Jeżeli tym samym przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że zgodnie ze Wzorem Formularza oferty pkt 3. 3) a) b) c) w podpunktach b) i c) zawarł wyceny membran obu technik membranowych, a pozostałe elementy ceny tych technik zawarł w podpunkcie a) to zamawiający nie miał podstaw do obaw, że cena całkowita oferty jest rażąco niska i może skutkować nie wykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotu zamówienia, w szczególności że przystępujący i tak będzie musiał przed podpisaniem umowy przedłożyć kosztorys szczegółowy, który będzie zawierał wyliczenie każdego elementu i etapu robót. Dodatkowo chroni to interes zamawiającego w zakresie rzetelności wyceny wykonawcy, który wygrał przetarg. Nadto w par. 1 Wzoru umowy (tom II SIWZ) zamieszczono definicję kosztorysu szczegółowego: „Kosztorys szczegółowy — sporządzony przez wykonawcę wycena przedmiotu zamówienia objętego umową obejmująca zakres zamówienia wynikający z projektów budowlanych i wykonawczych, STWiORB oraz SIWZ; pełni funkcję informacyjną i kontrolną oraz będzie wykorzystany między innymi:

- do określenia zaawansowania robót wyrażonego rzeczowo i wartościowo w przypadku przerwania robót, zaniechania wykonywania części robót lub odstąpienia od umowy,
- jako dokument źródłowy do wyceny rozwiązań zamiennych, dodatkowych i robót zaniechanych.

Z definicji tej jasno wynika, że zamawiający ma pełną kontrolę nad wyceną poszczególnych robót składających się na całość przedmiotu zamówienia i na żadnym etapie nie jest zagrożone wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów (art. 90 ust. 1 pzp). Te same postanowienia Wzoru umowy, Instrukcji dla wykonawców, Opisu przedmiotu zamówienia i Wzoru formularza oferty odnosiły się również do odwołującego, warunkiem ich zastosowania było jednak wycenienie, choćby w taki sposób jak uczynił to przystępujący, obu technik membranowych, a nie tylko jednej z nich. Odwołujący, zadeklarował w ten sposób, że nie oferuje do wykonania techniki nanofiltracji, mimo że zgodnie z SIWZ nie miał do tego prawa. Zamawiający z kolei miał prawo wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Przepis ten w sposób ogólny formułuje dyspozycję, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Przepis ten wcale nie rozstrzyga o tym, że ma on zastosowanie wyłącznie do oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych jak twierdzi odwołujący, warunkiem jego zastosowania jest jedynie aby zamawiający nie prowadził z żadnym Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz aby nie były dokonywane jakiegokolwiek zmiany w ofercie za wyjątkiem właśnie poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych czy innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści ofert. Żadna z tych sytuacji objętych dyspozycją art. 87 ustawy nie miała miejsca. Tym samym zarzut, że zamawiający nie miał prawa zastosować tego przepisu wobec przystępującego jest całkowicie chybiony. Zamawiający miał takie prawo, skorzystał z niego i na podstawie odpowiedzi udzielonej przez Instalcompact sp. z o.o. podjął decyzję o nie wdrażaniu procedury z art. 90 ust. 1 ustawy. W świetle bowiem wyjaśnień przystępującego brak było podstaw do przyjęcia, że cena, koszt lub ich istotne części składowe wydają się na tyle rażąco niskie, że budzą wątpliwości zamawiającego co do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Cena całkowita oferty przystępującego zawiera bowiem koszt wykonania obu technik membranowych zarówno nanofiltracji jak i odwróconej osmozy, a cena całkowita oferty odwołującego zawiera wyłącznie wycenę techniki odwróconej osmozy i to właśnie ta oferta jest zaniżona w stosunku do wymogów SIWZ i przepisów prawa zamówień publicznych. Podsumowując powyższe rozważania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny zamawiający wskazał, że: Zamawiający miałby obowiązek zastosowania art. 90 ust. 1 pzp tylko w sytuacji gdy cena całkowita oferty, koszty lub ich składowe wydają się rażąco niskie wzbudzałyby obawy u zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia,

w świetle całkowitej ceny oferty przystępującego i w świetle jego wyjaśnień cena ta i jej składowe nie wydają się rażąco niskie i nie budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia,

Przystępujący wyraźnie wskazał, że w pkt 3. 3) b) c) Wzoru formularza oferty wycenił same membrany, a pozostałe elementy obu technik membranowych zamieścił w pkt 3. 3) a) tego wzoru, tym samym podana przez niego cena całkowita oferty uwzględniła obie techniki membranowe i o tę wartość. oferta przystępującego była wyższa od oferty odwołującego, którego oferta, była i jest dotknięta wadą formalną polegającą na tym, że jej treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp),

Odwołujący przez brak wyceny jednej z technik membranowych nie zaoferował w ogóle wykonania przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu techniki nanofiltracji. mimo że stanowiło to istotną treść SIWZ i przyszłej umowy, brak wyceny tej techniki po stronie odwołującego czyni tę ofertę rażąco niską i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3) pzp).

W dniu 22 stycznia 2021r. przystępujący złożył pisemne stanowisko, w którym wskazał, że skoro odwołujący oświadczył w odwołaniu, że przekazał zamawiającemu kopię odwołania w dniu 23 grudnia 2020r. tj. przed jego sporządzeniem, jak wynika to z daty naniesionej na odwołanie, to niemożliwe jest, aby kopia została przekazana zamawiającemu w dniu 23 grudnia 2020r. i dlatego zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy. W zakresie wniosku oddalenie odwołania podniósł, że oferta odwołującego nie obejmowała wykonania jednej z technologii czyli nanofiltracji. Przy wycenie tej pozycji odwołujący wpisał zero i oświadczył, że zastosuje wyłącznie technologię odwróconej osmozy. Odwołujący wybiórczo przywołuje postanowienia siwz pomijając par. 17 ust 6 wzoru umowy i pkt. 27 załącznika A projektu wykonawczego branża technologiczno-sanitarna pkt. 2.15, treść odpowiedzi na zapytania do siwz z dnia 6 listopada 2020r., par. 22 ust. 2 wzoru umowy. Przystępujący stoi na stanowisku, że dokonanie wyboru jednej z technik membranowych z oświadczeniem, że druga nie jest objęta ofertą stanowi sprzeczność treści takiej oferty z siwz. Z treści siwz wynika, że decyzja o zastosowanej technice membranowej zostanie podjęta przez zamawiającego po przedstawieniu przez wykonawcę Inspektorowi Nadzoru i zamawiającemu propozycji techniki membranowej do zastosowania. Teoretycznie przyjmując stanowisko odwołującego, to odwołujący już na etapie ofertowania powinien przedstawić zamawiającemu wyliczenia ilości substancji chemicznych do bieżącej eksploatacji oraz czyszczenia chemicznego (OPZ pkt. 27), a tego nie zrobił. To, że kilku wykonawców postąpiło tak jak odwołujący nie przesądza o treści siwz, gdyż stanowiłoby to narzucenie woli kilku wykonawców zamawiającemu, który jest gospodarzem postępowania. Zamawiający w par. 16 ust. 6 wskazał w ocenie przystępującego procedurę zatwierdzania wyboru techniki membranowej, a odwołujący zaakceptował treść wszelkiej dokumentacji przetargowej. Odwołujący nie

objął całego przedmiotu zamówienia ofertą, a w wyniku złożonych przez odwołującego wyjaśnień dozło do niedozwolonej próby zmiany treści złożonej oferty. Treść oferty odwołującego była jednoznaczna i oparta o technikę odwróconej osmozy i dlatego w ramach wyjaśnień nie może on oświadczać o gotowości wykonania innej techniki membranowej bez próby niedopuszczalnej zmiany złożonej już oferty. Zamawiający nie modyfikował treści siwz po otwarciu ofert. Treść siwz w par. 17 ust. 6 wzoru umowy, pkt. 2.15 załącznika A Projektu wykonawczego branża technologiczno-sanitarna, odpowiedź z dnia 6 listopada 2020r. par. 22 ust. 2 wzoru umowy świadczą o tym, że stanowisko zamawiającego jest zgodne z siwz. Zamawiający czytelnie określił sposób ustalenia ceny, a stanowisko odwołującego w tym zakresie stanowi dowolną interpretację postanowień siwz. Odwołujący na etapie przed upływem terminu składania ofert nie wyjaśniał treści siwz, stąd obecną jego argumentację należy ocenić jako spóźnioną. W ocenie przystępującego obie techniki membranowe zapewniają z wstępnych doborów osiągnięcie wymagań opisanych w projekcie, wykonawczym przejawem zastosowanego rodzaju techniki membranowej jest rodzaj zainstalowanej membrany, a ta jest jednym z wielu elementów całej instalacji. Przystępujący zgadza się z odwołującym, co do elementów składających się na całą instalację, wskazał jednak, że pozycje b i c dotyczą albo membrany dla techniki nanofiltracji, albo membrany dla techniki odwróconej osmozy, zaś inne elementy instalacji trzeba było wycenić w poz., a. Zatem ujęcie w poz. C innych kosztów niż membrany świadczy o wypełnieniu formularza niezgodnie z jego treścią, a więc o niezgodności oferty z siwz. W ocenie przystępującego koszty membrany dla obu technik są porównywalne. Wskazał w zakresie argumentacji odwołującego o prawie opcji, że nie może ono dotyczyć robót budowlanych. Przystępujący uznał zarzut zaniechania wezwania go do wyjaśnień ceny rażąco niskiej za chybiony, zamawiający miał prawo wyjaśniać treść oferty. Nawet gdyby odwołujący wypełnił poz.3b formularza ofertowego kwotą podobną do kwoty w poz. 3c, to i tak jego oferta byłaby o około pół miliona tańsza od oferty przystępującego. Tym samym to raczej oferta odwołującego mogła budzić wątpliwości, co do realności ceny. Oferta przystępującego odpowiada treści siwz i należy zidentyfikować on przedmiot zamówienia. Przedstawił techniki membranowe zgodnie z siwz i wybór jednej z nich nastąpi na etapie wykonania przedmiotu zamówienia i należeć będzie do zamawiającego. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę jest niezasadny choćby z tego względu, że zamawiający nie skierował wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Przystępujący podniósł, że powołane przez odwołującego orzecznictwo jest nieadekwatne do stawianych zarzutów. Przystępujący nie zgodził się, że zapłata za wykonanie techniki membranowej jest odrębnym przedmiotem rozliczenia, wykonanie przedmiotu zamówienia bez wykonania techniki membranowej jest niezgodne z celem postępowania i celem umowy. Wykonanie tej techniki jest konieczne dla możliwości należytego wykonania zamówienia, którego celem jest uzyskanie parametrów wody pitnej zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przystępujący zaprzeczył, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę i że był wzywany do wyjaśnienia takiej ceny. Uzupełnił prawidłowo wszystkie pozycje formularza, koszt membrany jest rynkowy, co przyznał odwołujący w pkt. 5.23 odwołania. Przystępujący nie złożył oferty w czynie nieuczciwej konkurencji i nie manipulował cenami, a wypełnił formularz zgodnie z wymogami siwz. Przystępujący nie przytoczył pełnego brzmienia pkt. 19.4 siwz. Brak podstaw do przyjęcia, że zaistniała konieczność unieważnienia postępowania. Niedokładność w zapoznaniu się z dokumentacją przetargową i błędy w ofercie odwołującego nie wypełniają ww. przesłanki unieważnienia postępowania.

Na rozprawie zamawiający podniósł, że odwołanie powinno być odrzucone w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3, gdyż jest to zamówienie sektorowe poniżej progów wynikających z art. 11 ust. 8, a więc jeżeli w ogóle dopuszczalne jest wniesienie odwołania to termin na jego wniesienie to nie 10, a 5 dni. Co do zarzutu odrzucenia to jest to przepis bezwzględnie obowiązujący. Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu, co nie oznacza, że nie ma przeszkód, aby takie odrzucenie nastąpiło na rozprawie jeśli ujawnią się przesłanki.

Odwołujący odnosząc się do wniosku o odrzucenie podniósł, że ustawa nie ma zastosowania poniżej progu (art. 11 ust. 8 w zamówieniach sektorowych). To postępowanie zostało ogłoszone w dzienniku urzędowym. Zamawiający sam nie ma pewności czy jest to zamówienie sektorowe, a mimo to stosował konsekwentnie przepisy ustawy. Z tego względu podnieść należy, że zarzut nie dość, że jest spóźniony, bo niepodniesiony na posiedzeniu, to jeszcze niezasadny.

Przystępujący wskazał, że Kwestie odrzucenia wskazują na postanowienie KIO 1559/17, gdzie ani fakt ogłoszenia, ani pouczenia nie zmieniają podstaw do stosowania ustawy.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, informacji z otwarcia ofert, złożonych ofert, wezwania skierowanego do przystępującego i udzielonej przez niego odpowiedzi, informacji o wyniku postępowania, protokołów szacowania wartości zamówienia, informacji przekazanej przez zamawiającego w dniu 14 stycznia 2021r. .

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający dwukrotnie ustalał wartość szacunkową zamówienia pierwszy raz w dniu 25 września 2020r. na podstawie kosztorysów inwestorskich i wynosiła ona 10 194 432,33zł., czyli 2 387 846,33 euro i po aktualizacji w dniu 10 listopada 2020r. dokonanej już po ogłoszeniu zamówienia (28.10.2020r.) wartość ta wyniosła 10 114 156,01zł. co stanowi 2 369 045,80 euro. Izba ustaliła, że zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych z dnia 18 grudnia 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2453) kurs wyniósł 4,2693.

Izba ustaliła ponadto, że w sekcji I.6 ogłoszenia zamawiający podał – sektor wodny, w sekcji II.1.2 ogłoszenia określił kod CPV jako 45352126 Roboty budowlane w zakresie zakładów uzdatniania wody pitnej. W sekcji II.1.3. jako rodzaj zamówienia wskazał roboty budowlane. W sekcji II.1.5. nie podał szacowanej wartości zamówienia, w sekcji II.1.6 wskazał, że zamówienie nie jest podzielone na części, w sekcji II.2.7 nie przewidział wznowienia zamówienia, w sekcji II.2.11 nie określił prawa opcji, w sekcji V.1. nie przewidział zamówień powtarzających się, a w sekcji VI.3 pkt. 3 podał, że nie zamierza stosować zamówień wynikających z art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy.

Izba na podstawie tych informacji ustaliła, że nie zachodzi podstawa do doliczenia zamówień uzupełniających, dodatkowych czy prawa opcji. Zgodnie z par. 1 pkt. 2 ppkt. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2450) Izba ustaliła, że Ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5 350 000 euro - dla robót budowlanych.

Zgodnie z pkt. 4. IDW Opis przedmiotu zamówienia przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i przebudowa istniejącej stacji uzdatniania wody zlokalizowanej w Kościanie, przy ul. Szpitalna 6 wraz z rozruchem. Przebudowę i rozbudowę stacji należy prowadzić przy zapewnieniu ciągłości pracy stacji. Wykonawca w ramach realizacji zamówienia, zobowiązany jest do uzyskania w imieniu zamawiającego ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie.

Na podstawie odpisu z KRS dla zamawiającego nr 0000448261, Izba ustaliła:

Jedynym współnikiem zamawiającego jest Gmina Miejska Kościan, która posiada 10.040 udziałów o łącznej wartości 10.040.000,00 zł

Wysokość kapitału zakładowego to 10 040 000,00 zł

36, 00, z, pobór, uzdatnianie i dostarczanie wody

42, 21, z, roboty związane z budowa rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych

42, 91, z, roboty związane z budowa obiektów inżynierii wodnej

42, 99, z, roboty związane z budowa pozostałych obiektów inżynierii lądowej i wodnej, gdzie indziej niesklasyfikowane

43, 22, z, wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych

49, 50, b, transport rurociągowy pozostałych towarów

70, 22, z, pozostałe doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzania

71, 12, z, działalność w zakresie inżynierii i związane z nią doradztwo techniczne

71, 20, b, pozostałe badania i analizy techniczne

Izba oceniając materiał dowodowy ustaliła, że zamawiający ogłosił postępowanie na zamówienie sektorowe w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i pouczył wykonawców o tym, że przysługują im środki ochrony prawnej. Izba ustaliła, że dokumentem ustalającym wartość szacunkową zamówienia był dokument wewnętrzny zamawiającego, którego nie podał wykonawcom do wiadomości. Izba ustaliła także, że zamawiający w instrukcji dla wykonawców Część I określił, że postępowanie prowadzone jest zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, a w pkt. 3.2. wskazał, że postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla zamówień o wartości równiej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, zaś w pkt. 23 siwz zamawiający opisał sposób wnoszenia środków ochrony prawnej. Tym samym jedynym dokumentem, który pozwalał odwołującemu czynić jakiegokolwiek ustalenia, co do tego, czy zamówienie osiąga równowartość 5 350 000 euro, była informacja z otwarcia ofert. Izba ustaliła także, że zamawiający jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest osobą prawną utworzoną przez Gminę – jednostkę samorządu terytorialnego – jednostkę sektora finansów publicznych – art. 9 pkt. 2 ustawy o finansach publicznych. Zamawiający zgodnie z aktem założycielskim REPA 14.094/2021 powstał z przekształcenia zakładu budżetowego Gminy Miejskiej Kościan pod nazwą: Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Kościanie w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka prowadzi działalność pod firmą: „Wodociągi Kościańskie” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka powoływana jest w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej rozumianych jako zadania o charakterze użyteczności publicznej, w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, w szczególności poprzez zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków stanowiące na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 roku o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (tekst jednolity Dz. U. 2006, Nr 123, poz. 858 ze zmianami) zadanie własne gminy.

Zamówienie jest wykonywane w celu tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami.

Izba ustaliła na podstawie pisma zamawiającego skierowanego do Izby z dnia 14 stycznia 2021r. że zamawiający wskazał, iż przedmiotowe zadanie jest realizowane w ramach projektu współfinansowanego z Funduszu Spójności POIiŚ. W latach 2017-2019 prowadzone były roboty budowlane na pierwszym zadaniu pn. Rozbudowa i przebudowa istniejącej oczyszczalni ścieków dla miasta Kościan, wchodzące w zakres rzeczowy projektu. Wartość umowna kontraktu wyniosła 25 402 173,39zł. netto. Wartość obu zadań przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zważywszy na powyższe zamawiający przyjął procedurę zamówień powyżej progów unijnych.

Nadto Izba ustaliła, że w sekcji II.2.4. ogłoszenia zamawiający podając krótki opis przedmiotu zamówienia podał tak jak w pkt. 4 siwz – Opis przedmiotu zamówienia, że - redukcja twardości wody i siarczanów z zastosowaniem technik membranowych (ok. 40% strumienia, technologia nanofiltracji lub odwróconej osmozy – do indywidualnego doboru przez Wykonawcę).

Izba dostrzegła, że przy opisie przedmiotu zamówienia na potrzeby ogłoszenia zamawiający nie zastrzegł, że indywidualny dobór technologii będzie następował na etapie realizacji umowy, ani też nie wskazywał na odesłanie w tym zakresie do dokumentacji projektowej czy wzoru umowy. Analogicznie przedmiot zamówienia zamawiający opisał w

4. Opis przedmiotu zamówienia Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i przebudowa istniejącej stacji uzdatniania wody zlokalizowanej w Kościanie, przy ul. Szpitalna 6 wraz z rozruchem. Przebudowę i rozbudowę stacji należy prowadzić przy zapewnieniu ciągłości pracy stacji. Wykonawca w ramach realizacji zamówienia, zobowiązany jest do uzyskania w imieniu Zamawiającego ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie.

Główne założenia:

- przyjęta wydajność godzinowa stacji 120 m<sup>3</sup> /h,
- wykonanie materiałowe (orurowanie, kołnierze, śruby itd. – stal nierdzewna w gatunku co najmniej AISI 316/316L,
- wykonanie materiałowe sieci zewnętrznych – PE 100 (PN 10 / PN 16),
- armatura i orurowanie w wykonaniu na ciśnienie PN 10 / PN 16,
- pozostawienie bez zmian istniejących pomp głębinowych – pompownia I stopnia (w ramach prac modernizacyjnych przewiduje się wpięcie istniejących sygnałów pomiarowych i odczytów do nowego systemu wizualizacji i sterowania pracą stacji),
- pozostawienie bez zmian istniejącego układu napowietrzania otwartego (w ramach prac modernizacyjnych przewiduje się wpięcie istniejących sygnałów pomiarowych i odczytów do nowego systemu wizualizacji i sterowania pracą stacji),
- wymiana istniejącego zestawu pomp międzyoperacyjnych – pompownie II stopnia, TOM I – Instrukcja dla Wykonawców (IDW)
- koagulacja substancji wywołujących barwę i utlenialność i flokulacja w wydzielonych komorach mieszania,
- sedymentacja zawiesin w osadniku wielustrumieniowym,
- pompownia III stopnia – tłoczenie wody na układ filtracji ciśnieniowej,
- filtracja I stopnia – usuwanie zawiesin i odżelazianie wody, redukcja jonu amonowego,
- międzystopniowe, ciśnieniowe napowietrzanie wody w mieszaczu statycznym,
- filtracja II stopnia – usuwanie związków manganu i pozostałości jonu amonowego,

- redukcja twardości wody i siarczanów z zastosowaniem technik membranowych (ok. 40% strumienia, technologia nanofiltracji lub odwróconej osmozy – do indywidualnego doboru przez Wykonawcę),
- dezynfekcja wody przefiltrowanej z wykorzystaniem podchlorynu sodu i promieniowania UV, - retencja w 2 zbiornikach magazynowych, - pompownia IV stopnia – tłoczenie do sieci wodociągowej,
- recyrkulacja wód popłucznych z płukania filtrów (oczyszczanie wód popłucznych i ich zwracanie na początek układu technologicznego).

Stacja Uzdatniania Wody „Łazienki” pracować ma w trybie automatycznym; kontrola – tryb automatyczny. Zdalnie również mają być wprowadzane ewentualne korekty nastaw procesu technologicznego. Nie mniej ma zostać wprowadzona możliwość sterowania lokalnego. Zadanie dotyczy rozbudowy infrastruktury technicznej co wiąże się z przebudową wraz z rozbudową istniejącego budynku. W części istniejącej budynku rozbudowana zostanie istniejąca hala napowietrzania i koagulacji. Zaplanowano budowę nowej hali filtrów ciśnieniowych wraz z pomieszczeniami pomocniczymi, budowę 2 nowych zbiorników retencyjnych wody pitnej o pojemności ok. 200 m<sup>3</sup>, każdy oraz budowę nowego odstożnika wód popłucznych o pojemności całkowitej ok. 63,5 m<sup>3</sup> wraz z pompownią wody nadosadowej. W zakresie przebudowy istniejącej części zawierają się działania: wymiana okien i drzwi na nowe, poszerzenie otworów, demontaż bram, zamurowanie zbędnych otworów oraz wykonanie elewacji na rozbudowywanym obiekcie. Izba ustaliła zatem, że tak z ogłoszenia, jak i z opisu przedmiotu zamówienia wynikało, że dobór technologii membranowej jest indywidualnym doбором wykonawcy.

19. Opis sposobu obliczenia ceny

19.1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN do dwóch miejsc po przecinku (z dokładnością do 1 grosza).

19.2. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

19.3. Cena oferty stanowić będzie ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji.

19.4. Wykonawca w druku oferty podaje cenę całkowitą oferty na wykonanie całości przedmiotu zamówienia oraz podaje oddzielnie koszt wykonania:

1) zakresu rzeczowego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia z wyłączeniem wycenionych technik membranowych,

2) technologii nanofiltracji (membrany),

3) technologii odwrócenia osmozy (membrany).

19.5. Rozliczenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą będą prowadzone w walucie PLN.

19.6. Załączony przedmiar robót jest wyłącznie dokumentem pomocniczym, z którego Wykonawca może skorzystać przy obliczaniu ceny oferty, ale nie ma takiego obowiązku.

19.7. Podstawą obliczenia ceny oferty za roboty budowlane ma być opracowany przez Wykonawcę kosztorys szczegółowy sporządzony w oparciu o postanowienia SIWZ, projektu budowlanego i wykonawczego, STWiORB, opisu przedmiotu zamówienia (Tom III) które stanowią załączniki do SIWZ.

19.8. Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą kosztorysu szczegółowego. Wykonawca, który złoży ofertę najkorzystniejszą dostarczy najpóźniej na dzień przed podpisaniem umowy kosztorys szczegółowy na cenę podaną w ofercie.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym pkt. 19 opisywana jest konsekwentnie cena oferty w powiązaniu z wynagrodzeniem ofertowym i wbrew stanowisku przystępującego w ocenie Izby w tych postanowieniach nie ma świadomego rozgraniczenia przez zamawiającego definicji pojęć „ceny oferty” i „ceny całkowitej oferty” odpowiednio przez powiązanie pierwszego pojęcia z wynagrodzeniem zamawiającego, a drugiego wyłącznie z kryterium oceny ofert. Temu przeczy to, że w pkt. 19. 1 mowa jest o podanej w ofercie cenie, w pkt. 19.3 jest mowa o cenie oferty stanowiącej wynagrodzenie ofertowej, a w pkt. 19.4 o tym, że w druku oferty wykonawca podaje cenę całkowitą oferty za wykonanie przedmiotu zamówienia. Za każdym razem jednak zespół pojęciowy odnosi się do ceny podawanej w ofercie, która z jednej strony jest wiązana przez zamawiającego z wynagrodzeniem ryczałtowym, z drugiej z wartością wyłącznie z wartością deklarowaną w ofercie. Co więcej pkt. 19.4 wiąże cenę całkowitą oferty z wykonaniem całości przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zastosowany przez zamawiającego system pojęciowy może budzić wątpliwości czy cena oferty to wynagrodzenie wykonawcy, czy też cena oferty to hipotetyczna wartość umożliwiająca jedynie porównywalność oferty na potrzeby postępowania, w którym zamawiający nie jest w stanie przewidzieć ostatecznego sposobu realizacji zamówienia. O ile w ocenie Izby nie jest niemożliwe ukształtowanie ceny oferty o oparciu o dane jednakowe dla wszystkich wykonawców, choć nie będące podstawą rozliczenia stron przykładem mogą być postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów, gdzie zamawiający nie znając konkretnych ilości dla porównywalności ofert określa stawki jednostkowe i przewiduje rozliczenie kosztorysowe, o tyle w badanym postępowaniu zamawiający nie określił precyzyjnie, co jest wynagrodzeniem, a co ceną ofertową brana pod uwagę tylko na potrzeby porównywalności ofert. Z jednej strony zamawiający mówi o cenie oferty jako o wynagrodzeniu i z drugiej próbuje wykazać, że cena, którą zapłaci wykonawcy będzie pomniejszona o niewybraną technologię membranową. W ocenie Izby to rodzi niespójność siwz. Kolejną niespójnością jest brak jednoznaczności, co do charakteru wynagrodzenia, gdyż w pkt. 19 siwz w ppkt. 3 zamawiający stanowi, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy niezależny od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów, ale już w pkt. 19.7 zamawiający wskazał, że podstawą obliczenia ceny oferty za roboty budowlane ma być opracowany przez wykonawcę kosztorys ofertowy, który ma być sporządzony i dostarczony zamawiającemu najpóźniej na dzień przed podpisaniem umowy i ma opiewać na cenę podaną w ofercie.

20. Opis kryterium, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

20.1. Przy wyborze ofert Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert: 1) Kryterium „Cena” w PLN: - znaczenie kryterium – 100% - opis sposobu oceny ofert dla kryterium „Ceny”

20.2. Do porównania ofert brana będzie pod uwagę Cena całkowita oferty – suma pozycji 3)a), 3)b) i 3)c) Formularza Oferty.

20.3. Oferta z najniższą ceną otrzyma maksymalną liczbę 100 punktów, oferty pozostałe otrzymają zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku liczbę punktów proporcjonalnie mniejszą, obliczoną na podstawie wyżej zapisanego wzoru.

Izba oceniła, że z postanowienia pkt. 20.2 nie wynika, że pozycje 3a, 3b i 3c muszą być wartościami większymi od

zera. Działania arytmetyczne polegające na sumowaniu nie zabraniają dodawania do siebie składników o wartości zerowej. Co więcej Izba dostrzega, że zamawiający w pkt. 20.2 jeszcze inaczej podchodzi do ceny całkowitej oferty, bo nie jest to cena całkowita oferty, o której mowa w pkt. 3 formularza ofertowego, ale suma kosztów z poz. 3a, 3b, 3c. Co oznacza, że zamawiający wprowadził na potrzeby oceny ofert kolejne znaczenie dla ceny całkowitej oferty. Zatem nie jest pewne na gruncie tej siwz, czy cena całkowita to wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, a więc nie tylko koszty, ale zakładany zysk, czy też zamawiający przez cenę całkowitą oferty rozumie wyłącznie sumę kosztów.

Załącznik nr 1 – Wzór Formularza Oferty

3. Ja (my) niżej podpisany(i) oświadczam(y), że:

1) Zapoznałem się z treścią SIWZ dla niniejszego zamówienia,

2) Gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian,

3) Cena całkowita mojej (naszej) oferty za wykonanie całości Przedmiotu Umowy wynosi: netto ..... PLN; słownie ....., należny podatek VAT ..... % - ..... PLN co daje kwotę brutto ..... PLN; słownie .....,

w tym:

a) Koszt wykonania zakresu rzeczowego – zgodnego z opisem Przedmiotu Umowy z wyłączeniem wycenionych poniżej (poz. b) i c)) technik membranowych netto ..... PLN; słownie ....., należny podatek VAT ..... % - ..... PLN co daje kwotę brutto ..... PLN; słownie .....,

b) Koszt wykonania techniki membranowej – technologia nanofiltracji netto ..... PLN; słownie ....., należny podatek VAT ..... % - ..... PLN co daje kwotę brutto ..... PLN; słownie .....,

c) Koszt wykonania techniki membranowej – technologia odwróconej osmozy netto ..... PLN; słownie ....., należny podatek VAT ..... % - ..... PLN co daje kwotę brutto ..... PLN; słownie .....,

Suma pozycji a), b) i c) musi być równa Cenie całkowitej oferty

4) Podana cena obejmuje wszystkie koszty niezbędne do należytego wykonania niniejszego zamówienia,

Z formularza ofertowego wynika, że w pkt. 3 zamawiający oczekuje podania ceny całkowitej oferty, a więc zgodnie z pkt. 19.4 ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie zamawiający w formularzu ofertowym podał, że cena całkowita ma być równa sumie pozycji kosztowych, co wskazywałoby, że cena całkowita oferty jednak nie jest wynagrodzeniem. Ta cena też nie przekłada się na par. 22 ust. 1 wzoru umowy, gdzie zamawiający przy określaniu wynagrodzenia nie posługuje się pojęciem kosztu. W pkt. 3a, 3b i 3c zamawiający oczekiwał podania kosztów: wykonania zakresu rzeczowego z wyłączeniem technik membranowych, kosztu wykonania techniki membranowej – technologii nanofiltracji, kosztu wykonania techniki membranowej – technologii odwróconej osmozy. W tym miejscu Izba nie dostrzega sprzeczności pomiędzy pkt. 19.4 i pkt. 3a, 3b, 3c oraz pkt. 27 tomu III, gdyż zamawiający w pkt. 19.4 wskazał, że przez technikę membranową na potrzeby podawania ceny rozumie wycenę membran, natomiast wskazał, w opisie przedmiotu zamówienia, że przez system membran (a więc nie posłużył się pojęciem użytym w pkt. 19.4 techniki membranowej) rozumie nie tylko membrany, ale także orurowanie, armaturę, opomiarowanie i inny osprzęt. System membran w ocenie Izby może być pojęciem szerszym niż technika membranowa, zwłaszcza, że jak wynika z wyjaśnień zamawiającego i przystępującego na rozprawie od tego czy dany system będzie techniką membranową nanofiltracji czy odwróconej osmozy decydują przede wszystkim zastosowane membrany.

W sekcji II.2.10 i pkt. 8.1 siwz zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych.

Część II Wzór umowy

Definicje § 1

g) Kosztorys szczegółowy – sporządzony przez wykonawcę wycena przedmiotu zamówienia objętego umową, obejmująca zakres zamówienia wynikający z projektów budowlanych i wykonawczych, STWiORB oraz SIWZ; pełni funkcję informacyjną i kontrolną oraz będzie wykorzystany między innymi: - do określenia zaawansowania robót wyrażonego rzeczowo i wartościowo w przypadku przerwania robót, zaniechania wykonywania części robót lub odstąpienia od umowy, - jako dokument źródłowy do wyceny rozwiązań zamiennych, dodatkowych i robót zaniechanych.

Z tej definicji wynika, wbrew postanowieniu pkt. 19.7 siwz, że kosztorys nie służy obliczeniu ceny oferty, ale ustaleniu stopnia zaawansowania robót, wyceny robót dodatkowych i zamiennych oraz zaniechanych. Tym samym powstaje w ocenie Izby wątpliwość jaki dokument – formularz ofertowy z podaną ceną ryczałtową, czy kosztorys szczegółowy będzie podstawą wzajemnych rozliczeń stron. Na rozprawie zamawiający prezentował stanowisko, że to kosztorys będzie dokumentem rozliczeniowym, co nie znajduje jednoznacznego potwierdzenia tak w sposobie obliczenia ceny w pkt. 19 IDW jak i w definicji z wzoru umowy.

Przedmiot zamówienia

§ 2 1. Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa i przebudowa istniejącej stacji uzdatniania wody, zlokalizowanej w Kościanie, przy ul. Szpitalna 6. Przebudowę i rozbudowę stacji należy prowadzić przy zapewnieniu ciągłości pracy stacji. Wykonawca w ramach realizacji zamówienia, zobowiązany jest do uzyskania w imieniu Zamawiającego ostatecznej decyzji pozwolenia na użytkowanie. W zakres robót wchodzi kompletna realizacja przedsięwzięcia wraz z dostawami i montażem urządzeń, rozruchem technologicznym (uzyskanie efektu ekologicznego), zgodnie z dokumentacją projektową i specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB) oraz zapisami SIWZ. Do zadań Wykonawcy należy także przeszkolenie pracowników, wykonanie dokumentacji powykonawczej, w tym między innymi instrukcji eksploatacji i bhp oraz wykonanie wszystkich innych prac koniecznych do użytkowania stacji, zgodnie z obowiązującym prawem oraz określonym przez zamawiającego przeznaczeniem. Warunkiem podpisania ostatecznego protokołu odbioru przedmiotu zamówienia jest m.in. spełnienie warunku, iż woda wprowadzana do zbiorczego systemu zaopatrzenia w wodę będzie spełniać wymagania wskazane w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2017 r. w sprawie jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi (Dz.U. 2017 r., poz. 2294) – zwane dalej Rozporządzeniem. Odbiory i procedura

§ 17 1. Strony zgodnie postanawiają, że będą stosowane następujące rodzaje odbiorów robót:

a) Odbiory częściowe comiesięczne stanowiące podstawę do wystawiania faktur częściowych (przejściowe) za wykonanie części robót,

b) Odbiory robót zanikających i ulegających zakryciu,



- c) Odbiór końcowy,  
d) Odbiór ostateczny.

6. Wykonawca zgodnie z zapisami opisu przedmiotu zamówienia dokona doboru zastosowania systemu (membrany) – nanofiltracja lub odwrócona osmoza. Raport z badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych, dla doboru membran, Wykonawca przedstawi Inspektorowi Nadzoru i Zamawiającemu, w celu akceptacji zaproponowanej przez niego do zastosowania w procesie technologicznym techniki membranowej. Protokół zatwierdzający wybraną technikę membranową będzie podstawą dla Wykonawcy do wykonania wybranej technologii – nanofiltracja lub odwrócona osmoza.

W ocenie Izby postanowienie par. 17.6 wzoru umowy pozbawia doboru przez wykonawcę techniki membranowej opisanego w pkt. 4 IDW jak i w sekcji II.2.4. ogłoszenia waloru indywidualności, gdyż wykonawca wprawdzie ma dokonać wyboru techniki, ale wybór ten nie jest samodzielny, własny, pozostawiony decyzji wykonawcy, jakby sugerowało użycie pojęcia „indywidualny”, ale jest to dobór, który podlega zatwierdzeniu przez zamawiającego. W ocenie Izby pierwszym dokumentem, z którym zapoznaje się wykonawca w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia jest ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w oficjalnym publikatorze, to ogłoszenie w przeważającej mierze decyduje jak duży krąg wykonawców ubiega się o przedmiotowe zamówienia, tym samym wskazanie w ogłoszeniu, że dobór techniki membranowej jest wyborem własnym wykonawcy i następnie ograniczenie tego wyboru w dalszych dokumentach zamówienia mogło mieć wpływ na konkurencyjność postępowania, co znalazło odzwierciedlenie w złożonych ofertach, w których gro wykonawców (poza jednym) indywidualnie na etapie ofertowania dobrało technikę membranową.

#### Wynagrodzenie

§ 22 ust. 1. Strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe wypłacone Wykonawcy za wykonanie: a) zakresu rzeczowego zgodnie z opisem Przedmiotu Umowy z wyłączeniem wycenionych poniżej technik membranowych w wysokości: ..... złotych netto (słownie: .....), powiększony o podatek VAT ..... % w wysokości ..... , co daje kwotę brutto ..... (słownie: .....).

b) techniki membranowej – technologia nanofiltracji w wysokości: ..... złotych netto (słownie: .....), powiększony o podatek VAT ..... % w wysokości ..... , co daje kwotę brutto ..... (słownie: .....).

c) techniki membranowej – technologia odwróconej osmozy w wysokości: ..... złotych netto (słownie: .....), powiększony o podatek VAT ..... % w wysokości ..... , co daje kwotę brutto ..... (słownie: .....).

Izba dostrzegła, że par. 22 ust. 1 ustawy w ogóle nie odnosi się do ceny oferty czy do całkowitej ceny ofertowej, a do wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie zakresu rzeczowego z wyłączeniem technik membranowych i za techniki membranowe – nie wskazano w tym paragrafie, czy jest to koszt jak w poz. 3a, 3b i 3c formularza ofertowego, czy wynagrodzenie obejmujące także zysk, czy kalkulację ryzyka.

2. Zamawiający dokona zapłaty Wykonawcy za wykonanie jednego, wybranego systemu (membrany) – nanofiltracji lub odwróconej osmozy, jedynie po uprzednim zaakceptowaniu pisemnym (protokół zatwierdzający wybraną technikę membranową) przez Inspektora Nadzoru i Zamawiającego.

3. Wynagrodzenie ryczałtowe o którym mowa w ust 1. obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.

Postanowienie par. 22.2. wskazuje, że zamawiający na etapie wykonawstwa pozbawił wykonawcę indywidualnego wyboru techniki membranowej, uzależniając ten dobór od własnego zatwierdzenia, jednak wbrew pkt. 19.7 podtrzymał, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy i nie będzie rozliczane w parciu o koszty.

#### Cześć III Opis przedmiotu zamówienia str. 27

##### 27. Dobór techniki membranowej

Z uwagi na wysoką twardość wody i podwyższone w niej stężenia siarczanów zakłada się wykorzystanie na SUW Łazienki technik membranowych, celem obniżenia ww. parametrów.

Podstawowe założenia dla doboru systemu:

- zmiękczenie wody uzdatnionej, po filtracji II stopnia, kierowanej do zbiorników retencyjnych,
- zakłada się zmiękczenie wody z wykorzystaniem nanofiltracji lub niskociśnieniowej odwróconej osmozy,

Izba ustaliła, że w tym miejscu zamawiający przewidział dwa sposoby spełnienia świadczenia.

- Wykonawca we własnym zakresie dokona badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych, dla doboru membran, przy następujących założeniach, że w zakresie podstawowych wskaźników jakości, układ technologiczny osiągnie następujące wartości (przy pełnym zakresie wydajności):

Izba ustaliła, że nie został określony moment wykonania badań jakości wody.

- po II stopniu Fe i Mn < obowiązujących norm

- OWO < 5,0 mg/L – na poziom OWO wpływ będzie miała efektywność procesu koagulacji, którą należy tak prowadzić, by uzyskać wymaganą wartość tego parametru,

- barwa < 15,0 mg/L.

- Wykonawca przeprowadzi pełen bilans jonowy (łącznie ze wskaźnikami typu stront, bar), celem doboru układu membranowego

- zmiękczenie części strumienia wody uzdatnionej, tak, by twardość końcowa (po zmieszaniu z wodą niezmiękczoną) wynosiła ok. 350 – 400 mgCaCO<sub>3</sub>/L, a poziom siarczanów nie przekraczał ok. 150 – 180 mg/L,

- wydajność systemu będzie proporcjonalna do ilości aktualnie uzdatnianej wody (by uzyskać założenia jak wyżej)

- oba strumienie wody (zmiękczonej i niezmiękczonej) zostaną wymieszane przed wprowadzeniem do zbiorników retencyjnych,

- wpięcie rurociągu wody po membranach, musi być wykonane w sposób przeciwdziałający cofnięciu wody w kierunku filtrów,

- po wymieszaniu ww. strumieni należy przewidzieć wariantową korektę odczynu z wykorzystaniem ługu sodowego, celem korekty będzie doprowadzenie wody do równowagi węglanowo – wapniowej,

- koncentrat odprowadzany będzie do kanalizacji sanitarnej (po ewentualnej wcześniejszej neutralizacji lub rozcieńczeniu),
- strumień koncentratu stanowił będzie maksymalnie 25% strumienia wody kierowanej do zmiękczenia (tj. strumienia nadawy),
- membrany zamontowane zostaną w wydzielonym pomieszczeniu, w budynku SUW,
- system membran stanowił będzie kompletny zespół urządzeń, armatury, orurowania, opomiarowania zamontowany na wspólnej ramie,
- niezbędny osprzęt i środki chemiczne (np. antyskalant) zlokalizowany będzie w pobliżu membran,
- przewiduje się sterowanie strumieniem poddawanym zmiękczeniu (strumieniem nadawy) w oparciu o pomiary przewodności wody uzdatnionej oraz wody po zmieszaniu (zmiękczonej i niezmiękczonej) i korelację przewodności z twardością wody,
- korelacja ustalona zostanie na rozruchu SUW,
- cały wymieniony powyżej system winien być integralny, koordynowany przez jednego dostawcę w zakresie parametrów technicznych i technologicznych,

Ponadto Wykonawca dokonując wyboru systemu zmiękczenia winien:

- zapoznać się z najbardziej aktualnymi badaniami wody surowej i dokonać obliczeń w oparciu o te badania,
- przedstawić Zamawiającemu wyliczenia ilości substancji chemicznych do bieżącej eksploatacji (antyskalant) oraz czyszczenia chemicznego.

Izba ustaliła, że zamawiający w tym miejscu nie określił, że wykonawca ma prowadzić badania wody, ale zapoznać się z najbardziej aktualnymi badaniami i w oparciu o nie dokonać obliczeń. Zamawiający w wyjaśnieniach siwz przekazał wykonawcom badania, które posiadał. Z tego postanowienia nie wynika także, że badania mają być przeprowadzone po zawarciu umowy.

Wstępnie zakłada się, że w celu obniżenia twardości wody ze średniego poziomu ok. 600 - 650 mg/L do poziomu ok. 350 - 400 mgCaCO<sub>3</sub>/L, strumień nadawy wyniesie ok. 40 % tj. ok. 50 m<sup>3</sup>/h (dla maksymalnej wydajności SUW równej 120 m<sup>3</sup>/h), z czego filtrat (woda zmiękczona) stanowił będzie min. 75 % tj. 37,5 m<sup>3</sup>/h, a strumień koncentratu maks. 25% tj. 12,5 m<sup>3</sup>/h. Uwarunkowania techniczne funkcjonowania układu membranowego:

- nadawa – woda po II stopniu filtracji ze strumieniem podawanym w ilości umożliwiającej osiągnięcie oczekiwanego efektu technologicznego (dopuszcza się ustalenie stałej proporcji wody poddawanej zmiękczeniu w stosunku do wody poddawanej uzdatnianiu, na podstawie wartości średnich – co należy poprzeć stosownymi obliczeniami),
- na rurociągu nadawy odpowiednie filtry zabezpieczające pracę membran (dobrane przez dostawcę systemu membranowego),
- na rurociągu nadawy czujnik chloru – awaryjny, informujący o przekroczeniu poziomu chloru wolnego i wyłączające pracę układu membranowego,
- pompa wysokiego ciśnienia – dobrana z uwzględnieniem warunków technologicznych realizacji procesu, sterowana falownikiem, regulująca strumień wody poddawanej zmiękczeniu – w zależności od ilości wody wymaganej uzdatnianiu (zachowanie odpowiedniej proporcji wody surowej i wody zmiękczonej),
- membrany – nanofiltracja lub RO niskociśnieniowa,
- koncentrat – doprowadzony do kanalizacji, sterowany automatycznie, w zależności od oczekiwanego stopnia odzysku i strumienia nadawy,
- permeat – odprowadzony do rurociągu wody uzdatnionej – celem wymieszania,
- recyrkulacja strumienia koncentratu – do strumienia nadawy (przed pompą),
- kontrolowane parametry pracy instalacji:
- przewodność: koncentrat, permeat, nadawa, woda zmieszana (dopuszcza się połączenie pomiarów przewodności z pomiarami przepływu),
- przepływomierze: koncentrat, nadawa, permeat, woda uzdatniona po filtracji ciśnieniowej (może być jako suma przepływów po filtrach),
- ciśnienie: koncentrat, nadawa, permeat, recyrkulacja,
- sterowanie pracą instalacji:
- automatyczne ustalanie wartości permeatu i utrzymywanie przez falownik pompy nadawy wymaganego przepływu (wynikające z proporcji do ilości uzdatnianej wody – w oparciu o wartości przepływu wody uzdatnionej i nastawioną w sposób stały – ale zmienianą – proporcję wody zmiękczonej w stosunku do uzdatnionej, zapewniającą obniżenie twardości do wymaganego poziomu – wstępne założenie 40 %
- automatyczne dostosowanie strumienia koncentratu, dla założonego (zmienialnego) stopnia odzysku wody – wstępne założenie 25 %
- ☐ automatyczne dostosowanie strumienia recyrkulacji, gwarantujące utrzymanie odpowiedniego przepływu wody przez membrany,
- ☐ w przypadku wzrostu poziomu odzysku powyżej zakładanego (niebezpieczne obniżenie strumienia koncentratu) – zatrzymanie pracy membran,
- informacja o wzroście ciśnienia na membranach powyżej dopuszczalnego poziomu,
- przepłukiwanie membran nitką koncentratu przy każdym załączeniu membran i przynajmniej raz na dobę (jeśli miałyby pracować bez przerw),
- zatrzymywanie pracy membran, w przypadku braku dozowania antyskalanta (UWAGA! Instalacja dozowania antyskalanta powinna być wyposażona w czujniki przepływu umożliwiające stwierdzenie czy antyskalant jest dozowany do wody czy nie), - automatyczne wyłączanie membran w przypadku wykrycia chloru w wodzie kierowanej na membrany,
- sterowanie dawką antyskalanta w zależności od założonej wartości i przepływu wody przez membrany, - sterowanie dawką alkalizanta w zależności od założonej wartości i przepływu wody zmiękczonej (zmieszanej).

Wykonawca dostarczy na obiekt również gotową stację do okresowego CIPowania membran, przeszkoli obsługę oraz dokona pierwszych dwóch CIPowań instalacji w ramach kosztów własnych, bez względu na czas ich wystąpienia (CIPowanie po osiągnięciu zakładanego poziomu strat ciśnienia na membranach).

UWAGA! W skład instalacji membranowej winien wchodzić kompletny system dozowania i magazynowania środków chemicznych np. antyskalantu, alkalizanta do korekty odczynu wody.

UWAGA! W skład instalacji membranowej winien wchodzić układ czyszczenia membran. Dostawca układu powinien przeanalizować potencjalne zagrożenia wynikające z zabrudzenia membran i na tej podstawie określić niezbędne wymagania co do częstotliwości czyszczenia, zakresu dostawy i montażu systemu czyszczenia membran.

**UWAGA!** Urządzenia muszą być uruchamiane przez personel producenta po uprzednim ich zabudowaniu w miejscu docelowym!

**UWAGA!** Ze względu na okresowe czyszczenie membran, należy po wyborze systemu zmiękczenia przedstawić sposób realizacji tego procesu (szczególnie w odniesieniu do odprowadzenia odcieku z płukania oraz rodzaju i sposobu podawania chemikaliów płuczających). Rozruch instalacji membranowej i włączenie wody zmiękczonej do pracy z uwagi na niskie pH wody po procesie filtracji membranowej w trakcie uruchamiania tego etapu uzdatniania. Wykonawca będzie się bezwzględnie stosował do następujących wytycznych: 1. Zostanie opracowany szczegółowy harmonogram rozruchu mechanicznego, hydraulicznego i technologicznego, zakładający stopniowe wprowadzanie wody zmiękczonej do systemu jej dystrybucji wraz z obserwacją kluczowych parametrów technologicznych wody w sieci (pH, agresywność, mętność, barwa, metale ciężkie, poziom bakterii).

2. W trakcie włączania wody po membranach należy ściśle kontrolować odczyn wody uzdatnionej. Zaleca się stopniowe obniżanie twardości wody uzdatnionej w odstępach czasowych umożliwiających ocenę oddziaływania wody zmiękczonej do danego stopnia na sieć wodociagową (nawet odstępach poł. rocznych) wraz z jednoczesną oceną stanu technologicznego membran.

3. Należy mieć świadomość, iż woda zmiękczona, zawierająca znacznie mniejszą ilość jonów wapnia i magnezu, mniejszą zasadowość i odczyn będzie miała tendencję do wypukiwania osadów i w pierwszej fazie eksploatacji mogą się pojawiać liczne zerwania, przebarwienia i awarie sieci.

4. W sytuacji, gdy powyższe zjawiska zaczną się pojawiać, należy podjąć decyzję o ewentualnym wstrzymaniu uzdatniania wody metodą i podjęciu działań pozwalających zapobiec wymienionym sytuacjom.

W wyjaśnieniach z dnia 6 listopada 2020r. zamawiający na pytanie nr 1: W związku z koniecznością doboru układu zmiękczenia wody, prosimy o udostępnienie: Parametrów jakościowych wody uzdatnionej z istniejącej SUW w zakresie: - stężenie sodu - stężenie potasu - stężenie fosforu - stężenie fosforanów - stężenie chlorków - stężenie magnezu - stężenie wapnia - stężenie krzemionki - stężenie jonu amonowego - stężenie azotanów - stężenie baru - stężenie strontu - stężenie wodorowęglanów - stężenie siarczanów - stężenie boru - stężenie fluoru - współczynnik SDI (Silt Density Index).

Zamawiający podał odpowiedź:

W IDW Tom III Opis przedmiotu zamówienia w pkt. 27 Zamawiający zawarł zapis, iż „Wykonawca we własnym zakresie dokona badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych, dla doboru membran, przy następujących założeniach, że w zakresie podstawowych wskaźników jakości, układ technologiczny osiągnie następujące wartości (przy pełnym zakresie wydajności): □ po II stopniu Fe i Mn < obowiązujących norm □ OWO < 5,0 mg/L – na poziom OWO wpływ będzie miała efektywność procesu koagulacji, którą należy tak prowadzić, by uzyskać wymaganą wartość tego parametru, □ barwa < 15,0 mg/L. □ Wykonawca przeprowadzi pełen bilans jonowy (łącznie ze wskaźnikami typu stront, bar), celem doboru układu membranowego” Wykonawca na podstawie tych badań dobiera odpowiednią technikę membranową, tj. technologię nanofiltracji lub odwróconej osmozy.

Zamawiający do niniejszej odpowiedzi załącza następujące wyniki badań, których jest posiadaniem:

- Sprawozdania z badań nr OL.W – 52 372S/20 z dnia 11.06.2020 r.,
- Sprawozdanie z badań nr D/206/494/2020/LB-WG/PCH z dnia 18.06.2020 r.,
- Sprawozdanie z badań nr D/206/494/2020/LB/PLC, PGC/ z dnia 17.06.2020 r.,
- Sprawozdanie z badań nr 560/2020 z dnia 14.04.2019 r.

Izba ustaliła, że zamawiający odpowiadając na to pytanie nie wskazał momentu doboru techniki membranowej.

W wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2020r.

Pytanie nr 1: Na stronie 58 załącznika 13 - branża technologiczna zapisano: "Przewiduje się sterowanie strumieniem poddawanym zmiękczeniu (strumieniem nadawy) w oparciu o pomiary przewodności wody uzdatnionej oraz wody po zmieszaniu (zmiękczonej i niezmiękczonej) i korelację przewodności z twardością wody," Prosimy o wyjaśnienie: - w jaki sposób ma następować regulacja automatyczna pracy układu w związku z przewodnością - w jaki sposób ma być sterowany strumień nadawy, czy chodzi o przepływ czy o ciśnienie itp.

Odpowiedź:

Należy przewidzieć pracę membran ze stałą wydajnością ustaloną na etapie rozruchu.

Pytanie nr 2: Na stronie 59 załącznika 13 - branża technologiczna zapisano: " – zapoznać się z najbardziej aktualnymi badaniami wody surowej i dokonać obliczeń w oparciu o te badania, – przedstawić Zamawiającemu wyliczenia ilości substancji chemicznych do bieżącej eksploatacji (antyskalant) oraz czyszczenia chemicznego. " Prosimy zatem o przekazanie: - aktualnych badań wody po pełnym procesie który został zaprojektowany, tzn. napowietrzania, koagulacja, filtracja z uwzględnieniem dawek środków chemicznych na poszczególnych etapach, - zakresu parametrów jakości wody trafiającej docelowo na układ zmiękczenia. Jest to informacja niezbędna do prawidłowego doboru i rzetelnej wyceny instalacji zmiękczenia wody, a także niezbędna do doboru rodzaju, dawek i kosztów stosowanych środków chemicznych (antyskalant, środki do płukania CIP, pozostałe środki chemiczne stosowane przy rozruchu i konserwacji układu).

Odpowiedź: Jakość wody kierowanej na układ membran, w zakresie podstawowych wskaźników jakościowych (stężenia żelaza, manganu, jonu amonowego, OWO, barwy, mętności), należy przyjąć na poziomie zgodnym z obowiązującym Rozporządzeniem w sprawie jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi.

Izba ustaliła, że w tym miejscu również zamawiający nie wskazał, że dobór techniki membranowej ma nastąpić na etapie wykonawstwa, mimo, że zapytujący wskazywał, że informacja o aktualnych badaniach wody jest mu potrzebna do prawidłowego doboru i wyceny instalacji zmiękczenia wody. Izba dostrzegła, że zapytanie było ściśle związane z etapem ofertowania, gdyż wycena przedmiotu zamówienia musi mieć miejsce na etapie przygotowania ofert.

Pytanie nr 3: Na stronie 59 załącznika 13 - branża technologiczna zapisano: " Wstępnie zakłada się, że w celu obniżenia twardości wody ze średniego poziomu ok. 600 - 650 mg/L do poziomu ok. 350 - 400 mgCaCO<sub>3</sub>/L, strumień nadawy wyniesie ok. 40 % tj. ok. 50 m<sup>3</sup>/h (dla maksymalnej wydajności SUW równej 120 m<sup>3</sup>/h), z czego filtrat (woda zmiękczona) stanowił będzie min. 75 % tj. 37,5 m<sup>3</sup>/h, a strumień koncentratu maks. 25% tj. 12,5 m<sup>3</sup>/h." Czy układ ma być zaprojektowany na ok. 50 m<sup>3</sup>/h (nadawy) czy należy przewidzieć większe zapotrzebowanie? Prosimy o sprecyzowanie tego zapisu w celu rzetelnego doboru układu.

Odpowiedź: Należy dobrać układ zmiękczenia na wydajność ok. 50 m<sup>3</sup>/h nadawy.

Pytanie nr 4: Na stronie 59 załącznika 13 - branża technologiczna zapisano: "Nadawa – woda po II stopniu filtracji ze strumieniem podawanym w ilości umożliwiającej osiągnięcie oczekiwanego efektu technologicznego (dopuszcza się ustalenie stałej proporcji wody poddawanej zmiękczeniu w stosunku do wody poddawanej uzdatnianiu, na podstawie wartości średnich – co należy poprzeć stosownymi obliczeniami) " Prosimy o sprecyzowanie tej ilości.

Odpowiedź: Należy dobrać układ zmiękczenia na wydajność ok. 50 m<sup>3</sup>/h nadawy.

Pytanie nr 5: Na stronie 59 załącznika 13 - branża technologiczna zapisano: " automatyczne dostosowanie strumienia koncentratu, dla założonego (zmienialnego), stopnia odzysku wody – wstępne założenie 25 % " Czy Inwestor przewiduje większy stopień odzysku? Ponieważ układy membranowe dobierane są na (w przybliżeniu) stałe parametry pracy, prosimy o sprecyzowanie ilości procentowej strumienia koncentratu.

Odpowiedź: Strumień koncentratu nie powinien przekroczyć 25% strumienia nadawy.

Pytanie nr 6: Na stronie 59 załącznika 13 - branża technologiczna zapisano: " koncentrat odprowadzany będzie do kanalizacji sanitarnej (po ewentualnej wcześniejszej neutralizacji lub rozcieńczeniu), " Po czyjej stronie leży ewentualna neutralizacja lub rozcieńczenie koncentratu?

Odpowiedź: Należy założyć odprowadzenie koncentratu do kanalizacji (bez neutralizacji). Ewentualne rozcieńczenie z wykorzystaniem dostępnego strumienia popłuczyn.

Pytanie nr 7: Na stronie 58 załącznika 13 - branża technologiczna zapisano: " system membran stanowił będzie kompletny zespół urządzeń, armatury, orurowania, opomiarowania zamontowany na wspólnej ramie" Czy układ filtracji wstępnej, układ dozowania antyskalantu, układ dozowania alkalizanta oraz układ CIP mają być zamontowane na wspólnej ramie systemu membranowego? Ma to istotny wpływ na wielkość urządzenia i dostęp do poszczególnych elementów systemu w trakcie jego eksploatacji.

Odpowiedź: Dopuszcza się zamontowanie ww. układów, jako oddzielne instalacje w pomieszczeniu membran.

Pytanie nr 8: Na stronie 58 załącznika 13 - branża technologiczna zapisano: " – wydajność systemu będzie proporcjonalna do ilości aktualnie uzdatnianej wody (by uzyskać założenia jak wyżej) " Prosimy o wykreślenie tego zapisu, ponieważ z założenia układy membranowe funkcjonują ze stałymi parametrami (ciśnienie nadawy, przepływ, stopień odzysku). Przy zmieniającym się zapotrzebowaniu wody zmiękczonej, należałoby cyklicznie wyłączać część modułów membranowych z pracy – czy takie jest założenie Projektanta?

Odpowiedź: Należy przewidzieć pracę membran ze stałą wydajnością ustaloną na etapie rozruchu. Należy przewidzieć możliwość wprowadzenia korekty ww. wydajności w określonych przez producenta membran, dopuszczalnych granicach.

Pytanie nr 9: Prosimy o podanie rodzaju i ilości chemikaliów stosowanych w procesach poprzedzających zmiękczenie – niezbędne do zbilansowania ilości związków chemicznych zatrzymywanych na membranach.

Odpowiedź: Wstępnie założone rodzaje i ilości chemikaliów stosowanych w procesach poprzedzających zmiękczenie zamieszczono w dokumentacji. Ostateczny rodzaj i dawki należy ustalić na etapie rozruchu technologicznego.

Pytanie nr 10: Prosimy o wyjaśnienie terminu : "praca na koncentrat", oraz wskazanie celu stosowania takiego procesu.

Odpowiedź: Należy przewidzieć możliwość automatycznego przepłukiwania instalacji membranowej z odprowadzaniem popłuczyn nitką koncentratu.

Pytanie nr 11: W jaki sposób rozwiązano zagospodarowanie ścieków powstających w procesie czyszczenia CIP układu membranowego?

Odpowiedź: Ścieki powstające po procesie czyszczenia CIP należy odprowadzić do kanalizacji sanitarnej po ewentualnej neutralizacji.

Pytanie nr 12: Jaka jest dopuszczalna przerwa technologiczna w pracy układu membran – w trakcie czyszczenia CIP układu? Dopuszczalny czas wyłączenia warunkuje wielkość oraz koszty układu CIP.

Odpowiedź: Dopuszczalna przerwa technologiczna w pracy układu membran – 8 h.

W wyjaśnieniach z dnia 27 listopada 2020r.

Pytanie nr 1: W załączniku nr 13 na stronie nr 58 zapisano: " – zmiękczenie części strumienia wody uzdatnionej, tak, by twardość końcowa (po zmieszaniu z wodą niezmiękczoną) wynosiła ok. 350 – 400 mgCaCO<sub>3</sub>/L, a poziom siarczanów nie przekraczał ok. 150 – 180 mg/L," Natomiast w załączniku nr 13 na stronie nr 59 zapisano: "wstępnie zakłada się, że w celu obniżenia twardości wody ze średniego poziomu ok. 600 - 650 mg/L do poziomu ok. 350 – 400 mgCaCO<sub>3</sub>/L, strumień nadawy wyniesie ok. 40 % tj. ok. 50 m<sup>3</sup>/h (dla maksymalnej wydajności SUW równej 120 m<sup>3</sup>/h), z czego filtrat (woda zmiękczonej) stanowił będzie min. 75 % tj. 37,5 m<sup>3</sup>/h, a strumień koncentratu maks. 25% tj. 12,5 m<sup>3</sup>/h." Zwracamy uwagę, że zgodnie z opisem przepływ nadawy w ilości 50 m<sup>3</sup>/h nie wystarcza do uzyskania twardości końcowej (po zmieszaniu) na poziomie 350-400 mg CaCO<sub>3</sub> mg/l. Biorąc pod uwagę następujące założenia: - twardość wody dopływającej do układu zmiękczenia – 650 mg CaCO<sub>3</sub>/L - strumień wody uzdatnionej na filtrach pospiesznych – 120 m<sup>3</sup>/h - strumień wody nie poddanej zmiękczeniu – 70 m<sup>3</sup>/h - strumień nadawy układu zmiękczenia – 50 m<sup>3</sup>/h - strumień permeatu (woda zmiękczonej) – 37,5 m<sup>3</sup>/h - strumień koncentratu – 12,5 m<sup>3</sup>/h - twardość permeatu (wody zmiękczonej) – założenie nieprawdziwe – 0 mg CaCO<sub>3</sub>/L Wynikowa twardość wody zmieszanej wyniesie 423 mg CaCO<sub>3</sub>/L. Nadmieniamy, że dla uzyskania twardości wynikowej poniżej 400 mg CaCO<sub>3</sub>/L należy zwiększyć strumień nadawy na układ zmiękczenia, co pociągnie za sobą zwiększenie strumienia wody zmiękczonej i zwiększenie strumienia koncentratu przy zachowaniu stopnia odzysku 75%. W związku z powyższym prosimy o: - sprecyzowanie twardości dopływającej do układu zmiękczenia jaką przyjąć do wyceny - sprecyzowanie oczekiwanej twardości wody po zmieszaniu wody twardej i zmiękczonej jaką przyjąć do wyceny str. 2 - dopuszczenie strumienia nadawy na układ zmiękczenia znacząco większego tj. do 65 m<sup>3</sup>/h od strumienia założonego w dokumentacji wynoszącego 50 m<sup>3</sup>/h

Odpowiedź: Należy przyjąć strumień nadawy wynoszący 50 m<sup>3</sup>/h. Należy przyjąć średnią twardość wody z ujęcia na poziomie 600 mgCaCO<sub>3</sub>/l

Izba ustaliła, że tym pytaniem wykonawcy zmierzali do rozszerzenia dopuszczalnych parametrów systemu zmiękczenia i dopuszczenia strumienia nadawy do 65m<sup>3</sup>/h, a zamawiający takiego rozwiązania nie dopuścił podtrzymując wymagania 50m<sup>3</sup>/h przy twardości średniej wody 600mg CaCO<sub>3</sub>/l.

W wyjaśnieniach z dnia 1 grudnia 2020r.

Pytanie nr 3: W nawiązaniu do odpowiedzi z dnia 27.11.2020 r.: "Należy przyjąć strumień nadawy wynoszący 50 m<sup>3</sup>/h. Należy przyjąć średnią twardość wody z ujęcia na poziomie 600 mgCaCO<sub>3</sub>/L." Wszelkie dostępne dane i wytyczne producentów membran nanofiltracji wskazują, że twardość wody po nanofiltracji będzie wynosić około 60 mgCaCO<sub>3</sub>/L. Przyjmując warunki wyjściowe: - twardość wody dopływającej do układu zmiękczenia – 600 mg CaCO<sub>3</sub>/L - strumień wody uzdatnionej na filtrach pospiesznych – 120 m<sup>3</sup>/h - strumień wody nie poddanej zmiękczeniu – 70 m<sup>3</sup>/h - strumień nadawy układu zmiękczenia – 50 m<sup>3</sup>/h - strumień permeatu (woda zmiękczonej) – 37,5 m<sup>3</sup>/h - strumień koncentratu – 12,5 m<sup>3</sup>/h - twardość permeatu (wody zmiękczonej) - 65 mg CaCO<sub>3</sub>/L (wg wytycznych producentów membran nanofiltracji) Wynikowa twardość wody zmieszanej wyniesie wtedy 413 mg

CaCO<sub>3</sub>/L. W dokumentacji projektowej dopuszczono zmiękczenie wody z wykorzystaniem nanofiltracji lub odwróconej osmozy. Przyjmując powyższe dane jako dane wyjściowe, Zamawiający wykluczył jednak stosowanie membran nanofiltracji do zmiękczenia wody, które nie są w stanie uzyskać twardości 400 mg CaCO<sub>3</sub>/L.

Odpowiedź: Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt. 1) Pzp nie udziela już wyjaśnień.

Izba ustaliła, że wykonawcy w pytaniu 3 wyrazili stanowisko, że z uwagi na utrzymanie parametru strumienia nadawy 50m<sup>3</sup>/h przy średniej twardości wody 600 CaCO<sub>3</sub>/l, wynikowa twardość wody przy zastosowaniu techniki nanofiltracji wyniesie 413mg, podczas, gdy zamawiający wymagał uzyskanie twardości 400 CaCO<sub>3</sub>/l. Zapytujący podniósł, że w jego ocenie zamawiający odpowiedzią z 27 listopada 2020r. wykluczył możliwość zaoferowania techniki filtracji. Zamawiający na to pytanie nie udzielił odpowiedzi pozostawiając wątpliwość wykonawców bez wyjaśnienia.

Pytanie nr 4: Mając na uwadze dobro Zamawiającego, nadmieniamy że stosowanie membran niskociśnieniowej odwróconej osmozy wymaga większych nakładów finansowych (częstotliwość CIP, ilość stosowanych chemikaliów CIP, ilość stosowanego antyskalantu, moc pompy zasilającej i tym samym zużycie energii, dokładniejsze przygotowanie nadawy). Prosimy o uszczegółowienie, czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie nanofiltracji (mając na względzie wynikową twardość wody 415 mgCaCO<sub>3</sub>/L), czy nadrzędnym celem jest uzyskanie twardości wynikowej do 400 mg CaCO<sub>3</sub>/L i tym samym stosowania odwróconej osmozy?

Odpowiedź: Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt. 1) Pzp nie udziela już wyjaśnień.

Pytanie nr 5: Mając na względzie dobro Zamawiającego, ze względu na: - pojawiające się wyjaśnienia treści SIWZ, w tym wyjaśnienie z dnia dzisiejszego 30.11.2020 dotyczące konstrukcji zbiorników oraz wyjaśnienie z 27.11.2020 które wykluczyło stosowanie nanofiltracji do zmiękczenia wody, - znaczne różnice w technologicznej pracy układu zmiękczenia na membranach odwróconej osmozy w stosunku do nanofiltracji, - konieczność wyceny zbiorników retencyjnych ze stali AISI 316/316L, które to rozwiązanie nie jest standardem i wymaga dodatkowego czasu do wyceny, prosimy o przesunięcie terminu składania ofert do dnia 11.12.2020 r.

Odpowiedź: Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 1 pkt. 1) Pzp nie udziela już wyjaśnień.

Izba ustaliła, że kolejne pytania wykonawców, na które zamawiający nie udzielił odpowiedzi nadal wskazywały, że wyjaśnienia z dnia 27 listopada 2020r. wykluczyły możliwość doboru techniki nanofiltracji.

W dniu otwarcia ofert zamawiający podał, że przeznaczona na sfinansowanie zamówienia kwotę 12 440 422,96zł.

Otrzymał oferty:

Funan – 11 450 070zł.

Instal Warszawa – Aqua Seen – 16 195 410zł

Odwołującego - 9 668 245,95zł.

Przystępującego – 10 725 600zł.

Hydro-Marko – 9 680 100zł.

Proinvest – 19 434 000zł.

W ofercie odwołującego podał w zakresie pkt. 3a cenę – 9 668 245,95zł.

Pkt. 3b dot. nanofiltracji 0,00zł.,

Pkt. 3c dot. odwróconej osmozy 509 220,00zł.

W ofercie przystępującego w zakresie pkt 3a podał – 10 725 600zł.,

Pkt. 3b dot. nanofiltracji - 61 500zł.

Pkt. 3 c dot. odwróconej osmozy – 61 500zł.

W dniu 11 grudnia 2020r. zamawiający wezwał wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i tak:

Instal Warszawa Aqua Seen w zakresie braku podania ceny dot. odwróconej osmozy

Proinvest w zakresie pkt. 3b dot. nanofiltracji i wykonawca odpowiedział, że zdecydował się na osmozę z uwagi na skuteczność funkcjonowania obiektu i obowiązki gwarancyjne,

Hydro-Marko w zakresie braku podania ceny pkt. 3b – wykonawca wskazał na pkt. 4 i 27 siwz i prawo do indywidualnego doboru przez wykonawcę oraz pkt. 8.1 świadczącego o zakazie składania oferty wariantowej i dlatego złożył ofertę niewariantową z ceną 310 000zł. za odwróconą osmozę.

Funan w zakresie braku podania ceny w pkt. 3b, a wykonawca wyjaśnił, że skuteczna będzie osmoza niskociśnieniowa, zaś nanofiltracja będzie nieefektywna.

Odwołujący wyjaśnił zamawiającemu, że w formularzu ofertowym wskazał on wyłącznie cenę za wykonanie technologii odwróconej osmozy, kierując się zapisami SIWZ oraz OPZ sporządzonymi przez zamawiającego. Zamawiający w pkt 4 SIWZ wskazał, że w zakres zamówienia wchodzi redukcja twardości wody i siarczanów z zastosowaniem technik membranowych (ok. 40% strumienia, technologia nanofiltracji lub odwróconej osmozy - do indywidualnego doboru przez Wykonawcę).

Dodatkowo, w pkt 27 OPZ w zakresie doboru techniki membranowej, zamawiający wskazał, że zakłada się zmiękczenie wody z wykorzystaniem nanofiltracji lub niskociśnieniowej odwróconej osmozy. Zastosowanie łącznika „lub” oznacza, że dopuszczalne jest zastosowanie pierwszej opcji, drugiej opcji albo obu tych opcji łącznie. Wykonawca uznał, że lepszym rozwiązaniem, na podstawie załączonych do siwz badań, będzie technologia odwróconej osmozy, dlatego też tą opcję wybrał, jednocześnie wskazując w formularzu ofertowym, że zastosuje wyłącznie technologię odwróconej osmozy (to znaczy, że nie stosuje obu technik jednocześnie).

Wykonawca kierował się wskazaniem zamawiającego zamieszczonym w formularzu ofertowym, wskazującym, że suma pozycji a), b) i c) musi być równa Cenie całkowitej oferty, tj. cenie, którą zamawiający zapłaci wykonawcy za wykonanie zamówienia. Stąd też, w konsekwencji uznania przez wykonawcę, że wykona wyłącznie urządzenie odwróconej osmozy, w drugiej pozycji wpisał on zero. Nie zmienia to jednak faktu, że na etapie realizacji zamówienia, w ramach wykonania technologii odwróconej osmozy, wykonawca może zastosować zarówno membrany niskociśnieniowe, jak i nanofiltracyjne.

Zamawiający w pkt 27 OPZ, wpisał bowiem, że wykonawca we własnym zakresie dokona badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych dla doboru membran, przy określonych założeniach co do parametrów wody. Dodatkowo zamawiający wskazał, że wykonawca dokonując wyboru systemu zmiękczenia winien zapoznać się z najbardziej aktualnymi badaniami wody surowej i dokonać obliczeń w oparciu o te badania. Wskazał, że zamawiający załączył aktualne badania wody surowej do dokumentacji przetargowej, umożliwiając wykonawcom dokonanie stosownych obliczeń.

Wskazał, że załączone badania były co do zasady wystarczające dla zdeterminowania, jaka technologia będzie optymalna dla potrzeb zamawiającego. Zamawiający wskazał bowiem, że celem zastosowania technologii membranowej jest zmiękczenie wody oraz zmniejszenie poziomu siarczanów.

Wykonawca oparł swoją wycenę w oparciu o technologię odwróconej osmozy, z uwzględnieniem membran

niskociśnieniowych. Jest to technologia droższa w wykonaniu, jednakże jest ona, lepsza dla potrzeb zamawiającego. Powyższe wynika z tego, że stopień odrzutu jonów wapnia i magnezu (czyli jonów twardości) jest wyższy na membranach niskociśnieniowych niż NF. Dodatkowo, na rynku polskim bardziej popularna jest technologia odwróconej osmozy niskociśnieniowej, a zatem jest to lepsze rozwiązanie z uwagi na większą dostępność części.

Wskazujemy, że Wykonawca posiada bardzo duże doświadczenie w stosowaniu technik membranowych, potwierdzone licznymi referencjami, od wielu lat zajmuje się produkcją urządzeń w technologiach membranowych i dostarcza te urządzenia do wielu klientów krajowych i zagranicznych. Przykładowe referencje dla instalacji membranowych przesyłamy w załączeniu.

Tym samym, Wykonawca w oparciu o swoje 30-letnie doświadczenie w realizacji instalacji membranowych, oraz na podstawie wykonanych obliczeń uznał, że lepszym rozwiązaniem będzie wybór technologii odwróconej osmozy, z powodów, o których mowa powyżej.

Nie zmienia to jednak faktu, że gdyby wyniki badań wykonanych na etapie realizacji okazały się zupełnie odmienne od badań załączonych do przetargu (co, jak wynika z doświadczenia Wykonawcy, jest praktycznie niemożliwe), to Wykonawca może dostarczyć także urządzenie odwróconej osmozy z membranami nanofiltracyjnymi, bowiem cena takiego rozwiązania jest niższa, a Zamawiający nie określił sposobu wykonania NF. Cena za wykonanie odwróconej osmozy z membranami nanofiltracyjnymi jest niższa niż cena za wykonanie urządzenia odwróconej osmozy z membranami niskociśnieniowymi i wynosi 179.000,00 zł netto.

Należy raz jeszcze podkreślić, że Zamawiający w sposób wyraźny rozróżnił w SIWZ kwestię wyboru określonej techniki membranowej (technika odwróconej osmozy lub technika nanofiltracji), od samego wyboru rodzaju membran. Wybierając technikę odwróconej osmozy, Wykonawca deklaruje, że wykona konkretne urządzenie, tj. urządzenie odwróconej osmozy, składające się z ramy, housingów, pompy, membran, przepływomierzy, manometrów, zestawu dozowania, urządzeń pomiarowych i innych elementów. Wykonawca nie deklaruje jednak z góry, jaki rodzaj membran dostarczy. Membrany te mogą być bowiem zarówno niskociśnieniowe, jak i nanofiltracyjne. Nie zmienia to jednak faktu, że całe urządzenie nazywane jest urządzeniem odwróconej osmozy i to urządzenie zostało przez Wykonawcę wycenione.

Zamawiający w dniu 11 grudnia 2020r. wezwał Instalcompact w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do wyjaśnienia czy wycena wykonania technik membranowych, zarówno technologii nanofiltracji i technologii odwróconej osmozy w wysokości 61 500,00 zł (brutto), każda, jest wystarczająca. Wyceny technik membranowych pozostałych Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu są kilkukrotnie wyższe, niż kwoty podane przez niego.

Przystępujący wyjaśnił, że

Zgodnie z SIWZ pkt. 19 ppkt 19.4:

Wykonawca w druku oferty podaje cenę całkowitą oferty na wykonanie całości przedmiotu zamówienia oraz podaje oddzielnie koszt wykonania:

- 1) zakresu rzeczowego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia z wycenieniem wycenionych technik membranowych,
- 2) technologii nanofiltracji (membrany)
- 3) technologii odwróconej osmozy (membrany)

Zgodnie z powyższym zapisem oraz wstępnym doбором wykonanym na etapie składania ofert, zaproponowana cena 61 500 zł brutto dotyczy tylko i wyłącznie membran i jest wystarczająca. Pozostała część instalacji membranowej, tj. orurowanie, armatura, pompy procesowe, podpory, itp. są analogiczne dla techniki nanofiltracyjnej jak i techniki odwróconej osmozy i wszystkie te elementy zostały uwzględnione w cenie 10 602 600,00 zł brutto. Dodatkowo zaznaczył, że zgodnie z SIWZ oraz projektem umowy, należało wyodrębnić cenę techniki membranowej nanofiltracji i odwróconej osmozy (membrany), a nie całej instalacji. Dodatkowo w nawiązaniu do udzielonych odpowiedzi w postępowaniu przetargowym oświadczył, iż biorąc pod uwagę przedstawione założenia dla techniki membranowej, czyli twardość ogólna wody surowej 600 mg/l CaCO<sub>3</sub> oraz strumień nadawy 50 m<sup>3</sup>/h, jest możliwe otrzymanie twardości wody uzdatnionej nie większej niż 400mg/l, zarówno przy wykorzystaniu techniki membranowej- odwróconej osmozy jak i techniki membranowej- nanofiltracji (alternatywnie).

Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu następujących ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy:

1. „Funam” Sp. z o.o., ul. Mokronoska 2, 52 — 407 Wrocław

Zamawiający stwierdził, że wykonawca już na etapie przygotowania oferty założył, że skuteczniejszą technologią zmiękczenia wody, z dwóch wskazanych w dokumentacji projektowej, będzie technologia odwróconej osmozy. Zamawiający kilkakrotnie w SIWZ odnosił się, iż właściwy i ostateczny, dobór zastosowania techniki membranowej, tj. technologii nanofiltracji czy technologii odwróconej osmozy, dokonany zostanie po wykonaniu przez Wykonawcę pełnego bilansu jonowego po uruchomieniu układu technologicznego. Wykonawca podejmując taką decyzję, nie dostosował się do wymogów opisanych w SIWZ (TOM III IDW Opis przedmiotu zamówienia pkt. 28. Projekt wykonawczy Branż: technologiczno-sanitarna pkt. 2.15), w których to Zamawiający, na pisemny wniosek — protokół Wykonawcy (5 22 ust. 2 TOM II IDW Wzór umowy), akceptuje wybraną przez Wykonawcę technologię, po uwzględnieniu aktualnych badań wody surowej i wykonanych obliczeń w oparciu o te badania, ilości koniecznych substancji chemicznych do bieżącej eksploatacji (antyskalant) oraz czyszczenia chemicznego.

Ponadto zamawiający w pkt. 20.2 TOM I IDW wskazał, iż do porównania ofert brana będzie pod uwagę Cena całkowita oferty — suma 3)a), 3)b) i 3)c) Formularza oferty. Wykonawca nie przedstawiając kosztów wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt. 19.4 TOM I IDW złożył ofertę, która nie może być uznana za porównywalną z innymi ofertami, gdyż nie wyceniono wszystkich kosztów realizacji zamówienia wskazanych w SIWZ, co ponadto oznacza, że jest ona niezgodna z art. 82 ust. 3 Pzp.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach dokonał również zmiany w Formularzu Oferty dokonując wpisania wartości 0,00 zł przy pozycji przeznaczonej do podania kosztu wykonania techniki membranowej — technologia nanofiltracji (pozycja 3) pkt. b). Artykuł 87 ust. 1 Pzp dopuszcza wyjaśnienie przez wykonawcę na żądanie zamawiającego treści złożonych ofert, nie zaś dokonywanie w nich jakichkolwiek zmian, poza poprawieniem oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych (art. 87 ust. 2 Pzp), nie powodujących istotnych zmian w treści oferty. Zmiana zapisu w Formularzu Oferty wprowadzona przez Wykonawcę nie zmienia jednakże oświadczenia Wykonawcy co do ceny całkowitej.

2. Konsorcjum firm: Instal Warszawa S.A., ul. Siennicka 29, 04—394 Warszawa; Aqua Seen Sp. z o.o., ul. Siennicka 29, 04 — 394 Warszawa.

Zamawiający w dniu 11.12.2020 r. wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp Wykonawcę o złożenie wyjaśnień w sprawie rozbieżności zapisów zawartych w Formularzu Oferty w pozycji 3) pkt. c) z treścią pkt. 19.4 SIWZ. Zamawiający w wyznaczonym terminie nie otrzymał wyjaśnień od Wykonawcy. Wykonawca nie dokonując wyceny wskazanych w pkt.

19.4. SIWZ pozycji cenowych w Formularzu Oferty złożył ofertę, która nie odpowiada treści SIWZ, co oznacza, że jest ona nie zgodna z art. 82 ust. 3 Pzp.

3. H2Optim sp. z o.o. sp. k., Baranowo, ul. Poznańska 40, 62 — 081 Przeźmierowo.

Wykonawca pismem z dnia 15.12.2020 r. (data wpływu 16.12.2020 r.) złożył zamawiającemu wyjaśnienia, które w jego ocenie wskazują, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, co oznacza, że jest ona niezgodna z art. 82 ust. 3 ustawy oraz jest niezgodna z ustawą Pzp. Wykonawca w swoim piśmie z dnia 15.12.2020 r. udowadnia, że zastosowanie w opisie przedmiotu zamówienia łącznika „lub” przy doborze membran wskazuje, że dopuszczalne jest wykonanie przez wykonawcę technologii nanofiltracji, czy też technologii odwróconej osmozy, bądź też obu technologii jednocześnie. Taka interpretacja zastosowania spójnika „lub” jest nieuzasadniona, gdyż zamawiający jasno określił zasady wypłaty wynagrodzenia w 22 ust. 2 w umowie (wzór) w sprawie zamówienia publicznego (TOM II IDW). Zamawiający dokona zapłaty wykonawcy za wykonanie jednego wybranego systemu (membran) — nanofiltracji lub odwróconej osmozy, jedynie w przypadku pisemnego zaakceptowania, przez zamawiającego i Inspektora nadzoru, protokołu z wybraną techniką membranową.

Ponadto wykonawca wskazuje, że dokonał wyboru techniki membran — odwrócona osmoza, na podstawie załączonych przez zamawiającego wyników badań i tylko ją wycenił. Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy zamawiający wyjaśnił treść SIWZ na wniosek jednego z wykonawców i zamieścił wyniki badań, których był w posiadaniu. Załączone sprawozdania jednakże nie zawierały pełnego bilansu jonowego. W treści odpowiedzi z dnia 06 listopada 2020 r. Zamawiający przytoczył zapis zawarty w pkt. 28 Opisu przedmiotu zamówienia TOM III IDW, iż „Wykonawca we własnym zakresie dokona badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych, dla doboru membran...”. Zamawiający kilkakrotnie w SIWZ odniósł się, iż właściwy i ostateczny, dobór zastosowania techniki membranowej, tj. technologii nanofiltracji czy technologii odwróconej osmozy, dokonany zostanie po wykonaniu przez Wykonawcę pełnego bilansu jonowego po uruchomieniu układu technologicznego, przy pełnym zakresie wydajności. Ponadto wykonawca, dokonując wyboru systemu zmiekczenia winien przedstawić Zamawiającemu wyliczenia ilości substancji chemicznych do bieżącej eksploatacji oraz czyszczenia chemicznego. Decyzja o wykonaniu rodzaju techniki membranowej miała zostać podjęta po uzyskaniu powyższych danych przez zamawiającego i Inspektora Nadzoru, przez zatwierdzenie pisemnego protokołu (5 22 ust. 2 TOM II IDW Umowa w sprawie zamówienia publicznego).

W swoich wyjaśnieniach wykonawca odnosi się również do sytuacji „...gdyby wyniki badań wykonanych na etapie realizacji okazały się zupełnie odmienne od badań załączonych do przetargu, to wykonawca może dostarczyć także urządzenie odwróconej osmozy z membranami nanofiltracyjnymi, a w dalszej części tego akapitu wskazuje „Cena za wykonanie odwróconej osmozy z membranami nanofiltracyjnymi jest niższa niż cena za wykonanie urządzenia odwróconej osmozy z membranami niskociśnieniowymi i wynosi 179.000,00 netto”. Uzupełnienie oferty o wyliczoną i podaną w piśmie z dnia 15.12.2020 r. kwotę powoduje obejście prawa, a dokładnie art. 82 ust. 1 i art. 84 ustawy, co czyni złożoną ofertę za niezgodną z ustawą. Zamawiający nie był w stanie ustalić, jaka kwota jest wartością poprawną bez istotnej jej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, które jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy.

W piśmie z dnia 15.12.2020 r. Wykonawca powołuje się na duże doświadczenie w stosowaniu technik membranowych i powołuje się na liczne referencje, które przesyła wraz z wyjaśnieniami. Na tym etapie zamawiający nie bada zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. Ponadto do wiadomości przesłanej przez platformę zakupową Open Nexus w wymaganym terminie do Zamawiającego dotarło tylko pismo z wyjaśnieniami.

Ponadto zamawiający w pkt. 20.2 TOM I IDW wskazał, iż do porównania ofert brana będzie pod uwagę Cena całkowita oferty — suma 3)a), 3)b) i 3)c) Formularza oferty. Wykonawca nie przedstawiając kosztów wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt. 19.4 TOM I IDW złożył ofertę, która nie może być uznana za porównywalną z innymi ofertami, gdyż nie wyceniono wszystkich kosztów realizacji zamówienia wskazanych w SIWZ, co ponadto oznacza, że jest ona niezgodna z art. 82 ust. 3 Pzp.

4. HYDRO-MARKO Sp. z o.o. Sp. K., ul. Wojska Polskiego 139, 63 — 200 Jarocin

Wykonawca pismem z dnia 16.12.2020 r. (data wpływu 16.12.2020 r.) oświadczył Zamawiającemu, że zgodnie z pkt. 8 TOM I IDW nie złożył oferty wariantowej i biorąc pod uwagę posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz zapisy SIWZ wycenił tylko wykonanie techniki membranowej — technologii odwróconej osmozy.

Zamawiający zgadza się z wykonawcą, iż w niniejszym postępowaniu w pkt. 8 TOM I IDW nie dopuszczono składania ofert wariantowych. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia jasno określił zakres wykonania przedmiotu zamówienia. Dokumentacja projektowa, jak i zapisy w TOM III IDW Opis przedmiotu zamówienia określają dokładnie, które technologie membran w procesie zmiekczenia wody przy realizacji przedmiotu zamówienia są przewidziane przez projektanta do realizacji. Zamawiający opisując technologię nie dopuszcza zastosowania przez wykonawców innych rozwiązań technicznych (technologicznych), których zamawiający nie przewidział, opisując sposób wykonania zamówienia. Wykonawca zgodnie z pkt. 19.4 TOM I IDW miał dokonać wyceny:

- 1) zakresu rzeczowego zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia z wyłączeniem wycenionych technik membranowych,
- 2) technologii nanofiltracji (membrany),
- 3) technologii odwróconej osmozy (membrany).

Decyzja o zastosowaniu technologii nanofiltracji, bądź technologii odwróconej osmozy miała zostać podjęta po przeprowadzeniu pełnego bilansu jonowego na podstawie badań przeprowadzonych przez wykonawcę na etapie rozruchu układu koagulacji, sedymentacji i filtracji, przy pełnym zakresie wydajności oraz po wyliczeniu ilości substancji chemicznych do bieżącej eksploatacji. Zamawiający nie podważa doświadczenia wykonawcy, jednakże decyzja o wykonaniu rodzaju techniki membranowej miała zostać podjęta po uzyskaniu powyższych danych przez Zamawiającego i Inspektora Nadzoru, przez zatwierdzenie pisemnego protokołu (S 22 ust. 2 TOM I IDW Umowa w sprawie zamówienia publicznego).

Ponadto zamawiający w pkt. 20.2 TOM I IDW wskazał, iż do porównania ofert brana będzie pod uwagę Cena całkowita oferty — suma 3)a), 3)b) i 3)c) Formularza oferty. Wykonawca nie przedstawiając kosztów wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt. 19.4 TOM I IDW złożył ofertę, która nie może być uznana za porównywalną z innymi ofertami, gdyż nie wyceniono wszystkich kosztów realizacji zamówienia wskazanych w SIWZ, co ponadto oznacza, że jest ona niezgodna z art. 82 ust. 3 Pzp.

5. PROINVEST sp. z o.o., ul. Kamińskiego 40, 63 - 900 Rawicz

Wykonawca pismem z dnia 15.12.2020 r. (data wpływu 15.12.2020 r.) wyjaśnił Zamawiającemu, „...w toku prowadzonej analizy technologicznej, mając na uwadze skuteczność funkcjonowania obiektu... zdecydowaliśmy się na wykorzystanie technologii odwróconej osmozy z wyłączeniem nanofiltracji...”. Zamawiający dokonując badania i oceny oferty dążył do wyjaśnienia powstałych wątpliwości, niejasności i nie zgodności złożonej oferty z zapisami SIWZ. Wykonawca już na



etapie przygotowania oferty założył, że skuteczniejszą technologią zmiękczenia wody, z dwóch wskazanych w dokumentacji projektowej, będzie technologia odwróconej osmozy. Zamawiający kilkakrotnie w SIWZ odnosił się, iż właściwy i ostateczny, dobór zastosowania techniki membranowej, tj. technologii nanofiltracji czy technologii odwróconej osmozy, dokonany zostanie po wykonaniu przez wykonawcę pełnego bilansu jonowego po uruchomieniu układu technologicznego. Wykonawca podejmując taką decyzję, nie dostosował się do wymogów opisanych w SIWZ (TOM III IDW Opis przedmiotu zamówienia pkt. 28, Projekt wykonawczy — Branża technologiczno-sanitarna pkt. 215), w których to zamawiający, na pisemny wniosek — protokół Wykonawcy (par. 22 ust. 2 TOM II IDW Wzór umowy), akceptuje wybraną przez wykonawcę technologię, po uwzględnieniu:

- aktualnych badań wody surowej i wykonanych obliczeń w oparciu o te badania, ilości koniecznych substancji chemicznych do bieżącej eksploatacji (antyskalant) oraz czyszczenia chemicznego.

Ponadto zamawiający w pkt. 20.2 TOM I IDW wskazał, iż do porównania ofert brana będzie pod uwagę Cena całkowita oferty — suma 3)a), 3)b) i 3)c) Formularza oferty. Wykonawca nie przedstawiając kosztów wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z pkt. 19.4 TOM I IDW złożył ofertę, która nie może być uznana za porównywalną z innymi ofertami, gdyż nie wyceniono wszystkich kosztów realizacji zamówienia wskazanych w SIWZ, co ponadto oznacza, że jest ona niezgodna z art. 82 ust. 3 ustawy.

W dniu 21 grudnia 2020r. zamawiający poinformował, że jako najkorzystniejszą ocenił ofertę przystępującego i wezwał go w trybie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia dokumentów podmiotowych.

Dowody odwołującego:

Zdjęcie numer 1 obrazuje membrany w osłonach,

Zdjęcie numer 2 obrazuje Instalacja z tulejami według, odwołującego w których znajdują się membrany, posiada ramę, orurowanie, szafę sterującą zawory, filtry, pompę

Zdjęcie 3 instalacja z tulejami wyglądającymi jak membrany na zdjęciu 1, posiada orurowanie, ramę, szafę sterującą, zawory, mierniki, okablowanie

Z kosztorysu ofertowego przystępującego wynika:

pkt. 19 dostawa i montaż — kompletny system membranowy (nanofiltracja/odwrócona osmoza)  $q_n=50,00\text{m}^3/\text{h}$  — instalacja membranowa z wyłączeniem technik membranowych (membrany) KNNR 11 0607-07 analogia:

Materiały pomocnicze, rama i orurowanie, rozdzielenia sterująca, hausingi, pompa procesowa, pompa do CIPowania wraz z osprzętem Armatura, dodatkowe filtry

20 KNNR 11 0607/07 analogia dostawa i montaż — kompletny system membranowy (nanofiltracja/odwrócona osmoza)  $Q_n=50,00\text{ m}^3/\text{h}$  — technika membranowa (membrany) nanofiltracja membrany — nanofiltracja 1 kpl/kpl 50 000zł/kpl

21. 20 KNNR 11 0607/07 analogia dostawa i montaż — kompletny system membranowy (nanofiltracja/odwrócona osmoza)  $Q_n=50,00\text{ m}^3/\text{h}$  — technika membranowa (membrany) odwrócona osmoza membrany — odwrócona osmoza 1 kpl/kpl 50 000zł/kpl

Izba oceniając materiał dowodowy doszła do następujących wniosków:

Przedłożony materiał dowodowy jest wiarygodny, kompletny i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia. Izba oparła się na wszystkich złożonych dowodach. Izba ustaliła, że zamawiający jest zamawiającym sektorowym, a zadanie służy wykonywaniu działalności sektorowej. Wprawdzie przedmiotowe zadanie nie zostało wyszacowane jako zamówienie przekraczające progi określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, jednakże sam zamawiający podał, że zadanie to jest realizacją większego zakresu rzeczowego objętego jednym projektem dofinansowanym ze środków unijnych i dlatego uznał, że ma do tego postępowania zastosowanie procedura opisana w art. 133 ust. 1 ustawy. Zamawiający zgłaszając wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy nie udowodnił, że jego oświadczenie z dnia 14 stycznia 2021r. było oświadczeniem wadliwym, uległo zmianie na skutek zmiany okoliczności, czy też powinno podlegać badaniu prawidłowe zakwalifikowanie procedury jako procedury powyżej progów unijnych, nadto nie przedstawił w tym zakresie jakichkolwiek dowodów wskazujących na to, że zakres rzeczowy projektu unijnego nakazywał potraktowanie obu zadań jako odrębnych zamówień na roboty budowlane. Tym samym Izba nie dysponowała materiałem dowodowym, na podstawie którego mogła dokonywać weryfikacji prawidłowości oświadczenia zamawiającego z dnia 14 stycznia 2021r.

Izba wzięła pod uwagę definicję oferty wariantowej określoną w art. 2 pkt. 7 ustawy czyli — przez ofertę wariantową należy rozumieć ofertę przewidującą zgodnie z warunkami określonymi w siwz odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia.

Niewątpliwie zamawiający określił sposób wykonania zamówienia w dwóch wariantach — przez wykonanie technologii odwróconej osmozy lub nanofiltracji. Tym samym oba sposoby zostały przez zamawiającego opisane w siwz, tym samym zaferowanie obu z nich, jak i każdego z osobna nie mogło być traktowane jako złożenie oferty wariantowej, gdyż nie byłyby to oferty przewidujące odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia.

Izba jednak ustaliła, że zamawiający z opisu przedmiotu zamówienia w pkt. 4 wskazując na wymóg redukcji twardości wody i siarczanów z zastosowaniem technik membranowych (ok. 40% strumienia, technologia nanofiltracji lub odwróconej osmozy- do indywidualnego doboru przez wykonawcę) i wskazując w par. 17 ust. 6 wzoru umowy, że zgodnie z zapisami w opisie przedmiotu zamówienia dokona doboru zastosowania systemu [(membrany) nanofiltracja lub odwrócona osmoza. Raport z badań jakości wody pod kątem parametrów niezbędnych dla doboru membran wykonawca przedstawi Inspektorowi Nadzoru i Zamawiającemu, w celu akceptacji zaproponowanej przez niego do zastosowania w procesie technologicznym techniki membranowej. Protokół zatwierdzający wybraną technikę membranową będzie podstawą dla wykonawcy do wykonania wybranej technologii — nanofiltracja lub odwrócona osmoza] i jednocześnie w wyjaśnieniach z dnia 1 grudnia 2020r. odmawiając odpowiedzi na pytanie nr 3 podnoszące, że odpowiedzią z dnia 27 listopada 2020r. wywołał u części wykonawców przekonanie, że wykluczył stosowanie membran do nanofiltracji do zmiękczenia wody, które nie są w stanie uzyskać wynikowej twardości 400mg CaCO<sub>3</sub>/L w efekcie doprowadził do istnienia w tej samej siwz:

- z jednej strony doboru technik membranowych przez wykonawcę,

- z drugiej do doboru ich przez zamawiającego w formie zatwierdzenia i

- z trzeciej wątpliwości, czy rzeczywiście w świetle udzielonych odpowiedzi do treści siwz istnieje jakiś wybór technik membranowych.

W ocenie Izby choć zamawiający był uprawniony do odmowy odpowiedzi na pytania, które wpłynęły po upływie określonego terminu, to jednak nie udzielając tej odpowiedzi mógł wywołać u wykonawców wrażenie, że dobór technik membranowych jest w wyłącznej gestii wykonawcy i że jest ograniczony do techniki odwróconej osmozy.

A także zamawiający nie odnosząc się do wskazania przez wykonawców na potrzebę przekazania badań wody na

potrzeby wyceny przedmiotu zamówienia na podstawie udzielonych zapytań i przedstawionych badań wywołał u wykonawców przekonanie, że dobór ma być dokonany na etapie ofertowania.

Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający używa również pojęć cena całkowita oferty i cena oferty, raz odnosząc pojęcia do wynagrodzenia raz do kryterium oceny ofert, a następnie w umowie w ogóle do tych pojęć nie nawiązuje. Z jednej strony zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe, z drugiej żąda ustalenia ceny oferty na podstawie kosztorysu, który nie jest elementem oferty, ale ma być składany najpóźniej w dniu zawarcia umowy i być podstawą rozliczania robót dodatkowych, zamiennych czy zanikających i oceny stopnia zaawansowania robót, co w ocenie Izby też może powodować trudności w zrozumieniu postanowień siwz.

Izba uważa za niezasadne powoływanie się przez zamawiającego na fakt sporządzania kosztorysu jako kluczowy dla określenia wyceny techniki membranowej. Izba wzięła pod uwagę, że zarówno w pkt. 19.3 IDW jak i w par. 22 ust. 1 i 2 wzoru umowy mowa jest o wynagrodzeniu ryczałtowym, a zatem pozycje kosztorysowe nie będą podstawą rozliczenia zamawiającego, ale ceny wskazane w formularzu ofertowym i przepisane do umowy. Kosztorys ma bowiem służyć określeniu stopnia zaawansowania robót i ewentualnej wyceny robót zamiennych, dodatkowych i zaniechanych. Natomiast dokument ten nie został przewidziany w żaden sposób do rozliczenia zobowiązania zamawiającego z tytułu wykonania technik membranowych.

Izba dostrzegła także, że zamawiający przewidując przede wszystkim w ogłoszeniu, a następnie w siwz możliwość indywidualnego doboru technologii membranowej przez wykonawcę nie zawarł odesłania do par. 17 ust. 6 wzoru umowy, ani nie wskazał, że ten dobór następuje na etapie umowy. Nie wyjaśnił też tej okoliczności na etapie zapytań do siwz, mimo, że wykonawcy wskazywali na dobór przez wykonawcę i potrzebę wyceny oferty, co powinno zamawiającemu wskazać, że przynajmniej część wykonawców uważa, że mają dokonać wyboru techniki na etapie ofertowania.

Dodatkowo odpowiadając na pytanie z dnia 27 listopada 2020r. utrzymał wymaganie strumienia nadawy 50m<sup>3</sup>/h, średnią twardość wody 600 CaCo<sub>3</sub>/l i wynikową twardość 400 CaCo<sub>3</sub>/l, spowodował, że część wykonawców uzyskala przekonanie, że wyjaśnienia wykluczyły możliwość zaofiarowania techniki nanofiltracji. Zamawiający odmawiający odpowiedzi na pytania 1 grudnia 2020r., choć nie naruszył ustawy, to jednak pogłębił niejednoznaczność siwz.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie doparzyła się zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy ustalając, iż w aktach postępowania odwoławczego znajduje się dowód przekazania drogą elektroniczną kopii odwołania zamawiającemu w dniu 30 grudnia 2020 r. i po okazaniu przez zamawiającego otrzymanej od odwołującego kopii Izba ustaliła, że jest to pod względem formy i treści tożsama kopia pisma datowanego na 29 grudnia 2020 r. znajdującego się w oryginale w aktach postępowania odwoławczego. Izba ustaliła ponadto, że znajduje się w tej kopii tożsama omyłka w pkt 1.5 wskazująca na datę przekazania kopii w dniu 23 grudnia 2020 r. Izba nie ma zatem wątpliwości, że kopia złożonego w sprawie odwołania została zamawiającemu przekazana po dacie sporządzenia tego odwołania, zaś omyłka w pkt 1.5 stanowi niedokładność niemającą wpływu na możliwość rozpoznania merytorycznego odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy stwierdzając, że w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy. Wniosek ten został zgłoszony na etapie rozprawy, nadto zamawiający nie wskazał żadnych dowodów na poparcie wniosku, w szczególności nie wnosił o przeprowadzenie dowodu z protokołów ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, ani z umowy o dofinansowanie z Funduszu Spójności, czy też wniosku o dofinansowanie, a także umowy na rozbudowę i przebudowę istniejącej oczyszczalni ścieków dla miasta Kościan. Izba dowody z protokołów ustalenia wartości szacunkowej dopuściła z urzędu uznając, że przepis art. 189 ust. 2 ustawy ma charakter obligatoryjny i w każdym przypadku Izba obowiązana jest badać zaistnienie podstaw do odrzucenia odwołania z urzędu. Fakt skierowania odwołania na rozprawę w ocenie Izby nie zwalnia Izby z tego obowiązku, gdyż przepis art. 189 ust 3 ustawy przewiduje jedynie dla Izby możliwość odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym. Sam ten przepis zawiera w sobie odstępstwo od tej zasady stanowiąc w zdaniu 2, że Izba, jeżeli uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu strony, świadków lub biegłych.

Zgodnie z art. 192 ust. 1 ustawy o oddaleniu lub o uwzględnieniu odwołania Izba orzeka w wyroku, natomiast w pozostałych przypadkach wydaje postanowienie. Tym samym do momentu zamknięcia rozprawy jeśli zostanie stwierdzone, że zaistniały podstawy do odrzucenia odwołania, Izba w takiej sytuacji obowiązana jest wydać postanowienie.

Izba w świetle zgromadzonego materiału dowodowego stwierdziła zamawiający nie wykazał zasadności wniosku o odrzucenie odwołania, a w konsekwencji Izba ustaliła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Zgodnie natomiast z art. 133 ust. 1 ustawy do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, czyli dla robót budowlanych kwotę 5 350.000 euro.

W zaistniałym stanie, potwierdzonym ustaleniami dokonanymi przez Izbę z urzędu Izba uznała, iż zamówienie faktycznie jest zamówieniem sektorowym, do którego zastosowanie mają zasady opisane w dziale III rozdziale 5 Ustawy. Z ogłoszenia wynikało, że zamówienie jest zamówieniem sektorowym w sektorze wodnym, zamawiający jest podmiotem zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż utworzony jest przez podmiot określony w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, który jest 100% udziałowcem zamawiającego. Przedmiot zamówienia służy wykonywaniu działalności polegającej na tworzeniu sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami. Przedmiotem budującym wątpliwość była natomiast wartość zamówienia wyszacowana przez zamawiającego, gdyż z faktu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jak i z treści samej siwz wykonawcy mogli być przekonani, że zamówienie jest co najmniej równe kwotom określonym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, co jednak podważył na etapie rozprawy zamawiający wskazując, że zamówienie nie osiąga tych kwot. Jednak to sam zamawiający w dniu 14 stycznia 2021r. na wezwanie do podanie wartości zamówienia wyjaśnił, że przedmiotowe zadanie wchodzi w zakres większej całości realizowanej na podstawie umowy o dofinansowanie z Funduszu Spójności i łączna wartość zadań objętych tą umową przekracza kwoty określone na podstawie rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Fakt zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i w ten sposób pośrednio wskazanie jego wartości wyższej niż w rzeczywistości nie stoi na przeszkodzie dla odmiennej oceny skutków działań Zamawiającego, czy to przez organ orzekający w sporze (KIO, Sądy Powszechne), czy też organ kontroli (Prezes UZP). Fakt, iż zamawiający

początkowo kwalifikował zamówienie do postępowania sektorowego co najmniej równowartego kwocie 5 350 000euro, w przypadku udowodnienia, że jest to zamówienie o niższej wartości, nie pozbawia go charakteru właściwego zamówieniu sektorowym nieosiągającym tego progu w rozumieniu przepisów ustawy. Jednak w badanej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie jako część większej całości i od tej całości ustalił wartość szacunkową zamówienia niewątpliwie przekraczającą progi unijne. W świetle powyższego Izba uznała, iż czynności zamawiającego, jak każde inne podjęte w postępowaniu mogą być poddane weryfikacji na etapie postępowania odwoławczego, w szczególności przy badaniu przeszkód formalnych do nadania biegu wnoszonym środkom ochrony prawnej. Jednakże w przedmiotowej sprawie Izba nie otrzymała od zamawiającego dowodów pozwalających na podważenie prawdziwości oświadczenia zamawiającego z dnia 14 stycznia 2021r., a to zamawiający poddawał pod wątpliwość prawidłowość własnej informacji, stąd to on powinien wykazać, że zamawiający nieprawidłowo zakwalifikował zamówienie jako zamówienie powyżej progów unijnych. Izba nie ma bowiem z urzędu dostępu do zawieranych umów o dofinansowanie, czy wniosków będących ich podstawą, nie dysponuje także dokumentacją z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i w tej sytuacji, jeśli zamawiający oczekiwał sprawdzenia, czy sam prawidłowo zakwalifikował dane postępowanie jako przekraczające progi unijne powinien zadbać o przedstawienie dowodów umożliwiających tę ocenę. Brak tych dowodów nie pozwalał Izbie na podważenie wiarygodności oświadczenia zamawiającego z dnia 14 stycznia 2021r. złożonego na wezwanie Izby. Tym samym Izba oddaliła wnioszek o odrzucenie odwołania, uznając, że w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy, a zamówienie przekracza progi unijne i wówczas z mocy art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy odwołującemu przysługuje 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, który zachował. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania z mocy art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z art. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez błędne przyjęcie, że treść oferty odwołującego jest sprzeczna z ustawą oraz nie odpowiada treści siwz. Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby z zestawienia pkt. 4 IDW w zakresie doboru technik membranowych oraz wobec braku udzielenia odpowiedzi na pytanie 3 z dnia 1 grudnia 2020r. zaistniała sytuacja, w której wykonawcy mogli dojść do uprawnionego przekonania, że wyjaśnienia treści siwz z dnia 27 listopada 2020r. zawężyły możliwość zaoferowania wyłącznie technologii odwróconej osmozy. Nawet udzielona przez odwołującego na wezwanie zamawiającego odpowiedź w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, świadcząc, że wykonawca na podstawie udostępnionych badań był przeświadczony, że dobór właśnie tej technologii będzie najwłaściwszym doбором w przedmiotowym postępowaniu. Izba wyraża w tym zakresie jednolite stanowisko, że niejednoznaczność treści siwz nie może być interpretowana na niekorzyść wykonawcy. Tym samym odwołujący nie zasadnie został przez zamawiającego odrzucony z postępowania i zamawiający nieprawidłowo zastosował wobec odwołującego sankcję z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Co do niezgodności oferty z prawem, to Izba zauważyła, że niezaoferowanie obu technik membranowych było skutkiem niejednoznaczności siwz. Skoro siwz odczytywana łącznie z wyjaśnieniami była niejednoznaczna do tego stopnia, że wątpliwa była możliwość zaoferowania techniki nanofiltracji, a więc w ogóle możliwość dokonania wyboru technik membranowych przy podanych przez zamawiającego parametrach i wynikowej twardości wody na poziomie 400 CaCo3/l, to nie ma wzorca do którego można odnieść treść oferty i udzielonych do niej wyjaśnień. W konsekwencji, skoro nie można ustalić jednoznacznej treści siwz, to nie można ustalić, czy dane oświadczenie stanowi zmianę treści pierwotnie złożonej oferty. Z tego powodu Izba uznała również, że zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Instalcompact w sytuacji, gdy oferta ta jest sprzeczna z siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wynika z ustaleń Izby z treści siwz można było uznać, że zamawiający:

- dopuścił indywidualny dobór techniki membranowej przez wykonawcę,
- podając parametry w odpowiedzi na pytanie wykonawców z 27 listopada 2020r. zawężył techniki membranowe możliwe do zastosowania do techniki odwróconej osmozy,
- założył dobór techniki membranowej przez siebie na podstawie rekomendacji wykonawcy na etapie realizacji umowy.

Każde z tych rozwiązań daje się uzasadnić na podstawie treści siwz, a postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny nie są w ocenie Izby na tyle jednoznaczne, aby wykluczyć możliwość podania ceny 0,00zł. za jedną z technik, jak i uznać, że niedopuszczalna była wycena każdej z technik. Tym samym skoro treść siwz jest niejednoznaczna, to konsekwencji tej niejednoznaczności nie może ponosić wykonawca, zatem także oferta przystępującego Instalcompact nie mogła być odrzucona z powodu niezgodności jej treści z treścią siwz.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Instalcompact do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Instalcompact ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy oraz w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty Instalcompact jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby skoro nie można ustalić jednoznacznie treści siwz, a więc nie można ustalić, czy możliwe w ogóle w świetle wymaganych parametrów było wykonanie wyboru techniki membranowej, ani czy wybór ten ma być indywidualny – własny, samodzielny przez wykonawcę, czy ma to być jedynie rekomendacja podlegająca zatwierdzeniu przez zamawiającego, to nie można ustalić, które z ofert zostały prawidłowo (zgodnie z siwz) wycenione, w tym wycenione prawidłowo w zakresie technik membranowych, a więc nie można dokonać ustalenia średniej arytmetycznej złożonych ofert w celu ustalenia progu porównywalności z art. 90 ust. 1a ustawy. Nadto z uwagi na to, że wykonawcy różnie zrozumieli treść siwz większość złożonych ofert dotyczyła technologii odwróconej osmozy, a tylko dwie tj. przystępującego i Instal Warszawa technologii nanofiltracji. Te okoliczności w ocenie Izby spowodowały nie było możliwości powzięcia wątpliwości, co do realności zaoferowanych cen, zwłaszcza, że w ocenie Izby zamawiający rozróżnił pojęcie techniki membranowej na potrzeby wyceny zawężając to pojęcie do membran, od systemu membran, na które składały się także orurowanie, armatura, opomiarowanie i inny osprzęt. Sam zamawiający, jak słusznie zauważył odwołujący miał wątpliwości co przystępujący wycofał w poz. 3b i 3c. W ocenie Izby ustalenie co zostało wycenione, nie oznaczało jeszcze, że zamawiający ma wątpliwość dotyczącą realności zaoferowanej ceny, ale raczej tego jak ta cena została zaprezentowana w rozbiciu na poszczególne koszty. W ocenie Izby w takiej sytuacji nie było błędem zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1, art. 90 ust. 1-3 ustawy, zaś wobec faktu, że przystępujący nie był wzywany w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, to zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy był przedwczesny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Instalcompact, pomimo, iż złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jedynie w przypadku braku uwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 2.1- 2.4 niniejszego odwołania

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby wycena samych membran w technikach membranowych w poz.3b i 3c formularza ofertowego znajdowała oparcie w pkt. 19.4 siwz. W ocenie Izby zamawiający w pkt. 27 Tomu III posłużył się pojęciem systemu membran, a nie pojęciem techniki membranowej, którą nakazał wycenić w formularzu ofertowym, i technikę membranową zamawiający w pkt. 19.4 IDW zawęził do pojęcia – membrany. Tym samym Izba nie dostrzegła w działaniu przystępującego złożenia oferty w czynie nieuczciwej konkurencji, a zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez jego niezastosowanie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwość do usunięcia wadę prawną postępowania, skutkującą niemożnością porównania złożonych ofert Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby jak wynika z ustaleń stanu faktycznego możliwe było, trojkie rozumienie treści siwz:

- wykonawca na etapie ofertowania indywidualnie dokonuje doboru techniki membranowej – taki sposób przygotowania oferty wynikał przede wszystkim z treści ogłoszenia o zamówieniu i tak treść siwz odczytało 5 wykonawców,
- wykonawcy nie mają wyboru – mogą z uwagi na określone w wyjaśnieniach parametry dobrać tylko technikę osmozy odwróconej – technikę tę zaoferowało jako wyłączną 4 na sześciu wykonawców
- wykonawcy oferują obie techniki, a doboru dokonuje zamawiający na etapie wykonania - - takie rozumienie siwz wynikało z 1 złożonej oferty.

W ocenie Izby tak duże rozbieżności interpretacyjne na kanwie jednej treści siwz prowadzą do przekonania, że postępowanie obarczone było wadą uniemożliwiająca złożenie ofert porównywalnych. Nawet jeśli założeniem zamawiającego było, że dobór nie będzie doбором własnym wykonawcy i będzie dokonywany dopiero na etapie umowy, to takie przekonanie wykonawcy mogli wyczytać tylko z postanowień wzoru umownego, natomiast w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie określił kiedy wykonawcy mają wykonać aktualne badania, na których mają oprzeć dobór techniki membranowej, przeciwnie zadawane do siwz pytania i oczekiwanie przedstawienia przez zamawiającego posiadanych badań w celu doboru techniki powinno było naprowadzić zamawiającego na to, że wykonawcy, a przynajmniej ich część zamierza dobierać i wyceniać technikę na etapie ofertowania. Zamawiający powinien był też w ocenie Izby wyjaśnić wykonawcom dlaczego uważa, że mimo określenia strumienia nadawy 50m<sup>3</sup>/h i średniej twardości wody 600 CaCO<sub>3</sub>/l i wymogu osiągnięcia twardości wynikowej 400 CaCO<sub>3</sub>/l możliwe jest nadal zaoferowanie techniki nanofiltracji. W ocenie Izby fakt, że postanowienia były niejednoznaczne i prowadziły do złożenia ofert nieporównywalnych został udowodniony treścią złożonych ofert. Pięciu na sześciu wykonawców złożyło ofertę na tylko jedną technikę, dwóch wykonawców zaoferowało technikę nanofiltracji, a czterech odwróconej osmozy. Jeden z wykonawców wręcz wskazał, że obawiał się podania dwóch technik, żeby jego oferta nie została oceniona jako wariantowa, której składania zamawiający nie dopuścił. Zamawiający nie był w stanie porównać ofert z wycenioną tylko jedną techniką z ofertą z wycenionymi dwoma technikami, ani ofert oferujących po jednej, ale innej technice (porównanie osmoza versus nanofiltracja), gdyż byłoby to porównywanie różnych zakresów przedmiotowych. Paradoksalnie zamawiający mógł też na podstawie swojej dokumentacji postępowania odrzucić przystępującego i Instal Warszawa – argumentując, że zgodnie z wyjaśnieniami udzielonymi w dniu 27 listopada 2020r. technika nanofiltracji nie zapewnia możliwością spełnienia parametrów oczekiwanych przez zamawiającego i porównać wyłącznie oferty z wycenioną techniką odwróconej osmozy. W ocenie Izby dopuszczenie do tak różnych możliwości rozumienia dokumentacji zamówienia powoduje brak możliwości porównania złożonych ofert. W tym stanie rzeczy postępowanie nie zapewniało równego traktowania wykonawców i w ocenie Izby prowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, uniemożliwiając wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy. Nie można bowiem zapominać o triadzie zamówień publicznych – treść dokumentacji zamówienia powinna być zgodna ze złożoną ofertą i obie powinny odpowiadać zawartej umowie. Jeśli nie ma tu ciągłości, to w ocenie Izby nie można zawrzeć skutecznej umowy o zamówienie publiczne. Z mocy art. 29 ust. 1 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia i podanie wszystkich okoliczności, które pozwolą wykonawcy na przygotowanie oferty. Jak ustaliła Izba opis ten w niniejszym postępowaniu nie był jednoznaczny i spowodował złożenie ofert, których nie można było ze sobą porównać, w konsekwencji postępowanie obarczone było wadą nieusuwalną po upływie terminu składania ofert, której wystąpienie skutkuje nieważnością prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Fakt, że zamawiający nie mógł na gruncie swojej siwz odrzucić oferty odwołującego i jednocześnie nie mógł odrzucić oferty przystępującego, a oferty te zawierając inną podstawę wyceny ceny ofertowej były nieporównywalne powoduje, że nie jest możliwe wyłącznie nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty odwołującego. Taki nakaz bowiem nie przywróciłby zgodności prowadzonego postępowania z ustawą, ale wręcz nakazałby zamawiającemu porównać dwie nieporównywalne oferty. W konsekwencji stwierdzenie przez Izbę wady w postaci niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w stopniu uniemożliwiającym złożenia porównywalnych ofert, musiało doprowadzić do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Uwzględnienie tego zarzutu jako najdalej idącego, w ocenie Izby konsumuje rozstrzygnięcie o pozostałych zarzutach i z tego względu Izba w sentencji wskazała na uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

Izba zastosowała przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 oraz 2020r. poz. 1086) z mocy art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień Publicznych, z tym zastrzeżeniem, że na mocy art. 92 ust. 1 ustawy Izba ustaliła, że właściwym dla rozpoznania skargi na przedmiotowe orzeczenie będzie Sąd Okręgowy w Warszawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając kosztami zamawiającego i nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu odwołującemu kwoty 20 000zł. tytułem zwrotu kosztów wpisu, 3 600zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego i 54,90zł. tytułem zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

**Przewodniczący:**.....