Sygn. akt: KIO 1349/20

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

Członkowie:Ryszard Tetzlaff

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Krevox Europejskie Centrum Ekologiczne Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź - Urząd Miasta w Łodzi
przy udziale wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie przekazania odwołującemu listy urządzeń stanowiącej załącznik nr 3 do koncepcji technologicznej oferowanej technologii odzysku fosforu Inżynierii Rzeszów S.A. w Rzeszowie,
2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3.kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Krevox Europejskie Centrum Ekologiczne Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza na poczet kosztów kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Członkowie:

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 3 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1349/20

Zamawiający Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zadanie 5 „Budowa instalacji termicznej hydrolizy osadu" Zadanie 6 „Budowa instalacji do usuwania azotu" Zadanie 7 „Budowa instalacji do odzysku fosforu z odcieków" w ramach Projektu „Gospodarka ściekowa, faza III w Łodzi", podzielone na części (zadania), o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 251-621510, dalej zwane jako „postępowanie".

Skład orzekający ustalił, że postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.", jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 18 czerwca 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu w zakresie zadania nr 7 wniósł wykonawca Krevox Europejskie Centrum Ekologiczne Sp. z o.o., ul. Żurawia 45, 00-680 Warszawa (dalej zwany jako „odwołujący"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Inżynierii pomimo tego, iż treść tej oferty wskazuje wydajność hydrauliczną instalacji mniejszą niż wydajność minimalna wymagana w postanowieniach Programu Funkcjonalno - Użytkowego stanowiącego opis przedmiotu zamówienia w Postępowaniu („PFU");
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Inżynierii pomimo tego, iż treść tej oferty wskazuje, że Inżyniera oferuje tylko odwadnianie granulatu, zaś nie przewiduje suszenia granulatu pomimo sformułowania przez Zamawiającego takiego wymogu wynikającego z PFU;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Inżynierii pomimo tego, iż treść tej oferty wskazuje, że Inżyniera nie zbiornika buforowego przed instalacją pomimo sformułowania przez Zamawiającego takiego wymogu wynikającego z PFU;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Inżynierii pomimo tego, iż treść tej oferty wskazuje, że Inżyniera przewiduje w swojej ofercie zastosowanie rozwiązania technologicznego, w którym najpierw następuje odzysk fosforu, a następnie proces usuwania amoniaku przeprowadzany przez bakterie (tzw. anammox), pomimo tego, że zgodnie z PFU proces technologiczny powinien przewidywać najpierw proces beztlenowego utleniania amoniaku przeprowadzany przez bakterie, a dopiero po nim odzysk fosforu;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Inżynierii pomimo tego, iż treść tej oferty Koncepcji technologicznej oferowanej technologii do odzysku fosforu nie zawiera wszystkich elementów wymaganych w SIWZ;
6. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Inżynierii pomimo tego, iż treść tej oferty wyrażona w Koncepcji technologicznej oferowanej technologii do odzysku fosforu wskazuje na to, że Inżyniera zaoferowała ofertę wariantową;

   ewentualnie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP, w zw. z art. 82 ust. 1 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Inżynierii, pomimo tego, że treść Koncepcji technologicznej oferowanej technologii do odzysku fosforu wskazuje na to, że Inżyniera zaoferowała dwa alternatywne rozwiązania techniczne;
7. ewentualnie art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Inżynierii pomimo tego, iż Koncepcja technologiczna oferowanej technologii do odzysku fosforu załączona do oferty Inżynierii wskazuje na wewnętrzną sprzeczność treści oferty;
8. art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do dokumentów przedłożonych przez Inżynierię na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej polegającego na wykonaniu należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowym ukończeniu nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) co najmniej 2 instalacje odzysku fosforu z odcieków wykonane w systemie „zaprojektuj i wybuduj" lub „wybuduj", każda z nich w technologii oferowanej w Formularzu ofertowym (pkt 7.7) z uwzględnieniem ewentualnych modyfikacji wprowadzonych przez Dostawcę/Producenta technologii, pracujących na oczyszczalniach ścieków, z czego przynajmniej jedna o wydajności min. 300 kg P/d, pomimo tego, że dokumenty te nie potwierdzały, że wykazane roboty zostały wykonane w technologii oferowanej przez Inżynierię w Formularzu ofertowym;
9. art. 26 ust. 3 PZP w zw. z § 14 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm. - „Rozp. w spr. dokumentów") poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do dokumentów przedłożonych przez Inżynierię na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu, na zasobach którego polega (Nutrient Recovery System Sp. z o.o. utworzonej na podstawie prawa Królestwa Belgii - „NuReSys") pomimo tego, iż dokumenty te zostały przedstawione w kopii elektronicznej poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Inżynierię, a nie przez NuReSys;
10. art. 96 ust. 3 PZP zaniechania przekazania Odwołującemu załącznika do protokołu Postępowania w postaci listy urządzeń załączonej stanowiącej załącznik nr 3 do Koncepcji technologicznej oferowanej technologii do odzysku fosforu przedłożonej przez Inżynierię, pomimo obowiązku jego przekazania wynikającego z art. 96 ust. 3 PZP.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie (zwanej przez odwołującego „Inżynierią"), w przypadku uwzględnienia któregokolwiek z zarzutów wskazanych w pkt 1- 6, udostępnienia żądanego dokumentu w przypadku uwzględnienia zarzutu z pkt 10. Ewentualnie nakazanie zamawiającemu wyjaśnienie treści oferty Inżynieria - w przypadku uwzględnienia zarzutu z pkt 7, przy jednoczesnym nieuwzględnieniu któregokolwiek z zarzutów wskazanych w pkt 1-6, ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwanie Inżynierii do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - w przypadku uwzględnienia zarzutu z pkt 8, przy jednoczesnym nieuwzględnieniu któregokolwiek z zarzutów z pkt 1-6. Ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwanie Inżynierii do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania, w przypadku uwzględnienia zarzutu z pkt 9, przy jednoczesnym nieuwzględnieniu któregokolwiek z zarzutów wskazanych w pkt 1-6, a w każdym przypadku zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w zakresie inżynierii środowiska na okoliczność sprzeczności treści oferty Inżynierii z wymaganiami opisanymi PFU w zakresie aspektów technicznych wynikających z tej oferty wskazanych w zarzutach 1-6, przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący podniósł co następuje.

1.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 1.

Zgodnie z postanowieniami pkt 5.2. lit. c) SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, miał złożyć na wezwanie zamawiającego koncepcję technologiczną oferowanej technologii do odzysku fosforu, która winna zawierać co najmniej: nazwę i producenta (właściciela/dostawcy technologii) proponowanej technologii, opis (np. kartę katalogową, folder informacyjny itp. - o ile nie zostały załączone do oferty) oferowanej technologii; listę referencyjną obiektów w oferowanej technologii, wraz z określeniem wydajności instalacji i wskazaniem osób do kontaktu; opis proponowanego rozwiązania dla GOŚ ŁAM z zastosowaniem oferowanej technologii w tym m.in. wstępne schematy technologiczne wraz z istotnymi danymi bilansowymi (osadu, odcieków, wody technologicznej, zapotrzebowania na ciepło, energię elektryczną i reagenty chemiczne itp.), propozycję kluczowych urządzeń technologicznych i uzupełniających (ilość szt., producent i typoszereg), wstępną propozycję lokalizacji obiektów i rozwiązań technicznych w obiektach. Zamawiający zastrzegł również, że koncepcje rozwiązania (przyjęte na etapie oferty) stanowić będą bazę do dalszych prac projektowych na etapie realizacji kontraktu. Nie dopuszcza się zmiany dostawcy technologii na etapie projektowania.

Z treści koncepcji technologicznej oferowanej technologii do odzysku fosforu złożonej przez Inżynierię („koncepcja technologiczna inżynierii") wynika, że treść oferty tego wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ - z wymaganiami określonymi w PFU w odniesieniu do wydajności hydraulicznej instalacji. Zgodnie z pkt 2.3.1. (pt. parametry wyjściowe do projektowania) tomu II PFU dla potrzeb oceny wielkości instalacji należy przyjąć przewidywane max. wielkości obciążeń instalacji: (i) ilość odcieków : Q= 2.420 m3/d, (ii) ładunek fosforu ogólnego: Łp = 500 kg P/d. Ponadto, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ, zamawiający w dniu 10 stycznia 2020 r. stwierdził, iż potwierdza, że dla potrzeb oceny wielkości instalacji i przygotowania oferty należy przyjąć przewidywane maksymalne wielkości obciążeń podane w pkt 2.3.1. PFU.

W koncepcji technologicznej Inżynierii wskazano, że do jej przygotowania przyjęto następujące założenia: ''maksymalny przepływ 1900 m3/d przy poziomie 300 ppm PO4-P". Podana wartość przepływu jest więc znacząco niższa od wymagań zamawiającego wynikających z PFU (2420 m3/d), tym samym treść oferty Inżynierii jest sprzeczna z treścią SIWZ w zakresie przyjętych założeń przepływu następującego przez oferowaną instalację. Sprzeczność treści oferty jest tym bardziej widoczna, jeżeli weźmie się pod uwagę, że w odpowiedzi na pytanie do SIWZ udzielonej przez zamawiającego w dniu 31 stycznia 2020 r. zamawiający podał także informację, iż podana wielkość obciążenia instalacji powinna zostać uwzględniona jako optymalny, a nie maksymalny punkt pracy. Pokazane zaniżenie wydajności instalacji w stosunku do wymagań zamawiającego umożliwiło dostawcy technologii zmniejszenie wielkości oferowanej instalacji, a zatem zaniżenie ceny ofertowej.

Wskazana wadliwość treści oferty Inżynierii pociąga za sobą dalsze konsekwencje. W związku z przyjęciem przez Inżynierię sprzecznej z SIWZ wydajności hydraulicznej instalacji, tj. niższej niż wymagana przez zamawiającego, błędne jest także przyjęte w ofercie założenie o stężeniu fosforu w odciekach na poziomie 300 ppm PO4-P. Przy uwzględnieniu wyższego obciążenia hydraulicznego instalacji, stężenie fosforu będzie w rzeczywistości niższe, co wpłynie na deklarowaną i gwarantowany poziom efektywności odzysku fosforu. Poziom ten jest bowiem uzależniony właśnie od stężenia fosforu na wejściu do instalacji. Większe stężenie umożliwia bowiem odzysk bardziej efektywny.

2.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 2.

Zgodnie z postanowieniami pkt 2.3.4.2. tomu II PFU, zamawiający ustanowił wymóg, że uzyskiwany w reaktorze struwit o odpowiedniej dla celów handlowych granulacji (1-5 mm) należy poddać odwodnieniu i osuszeniu. Wymóg zamawiającego przewidywał zatem zarówno odwodnienie, jak i suszenie uzyskiwanego w reaktorze struwitu.

Koncepcja Inżynierii nie przewiduje suszenia struwitu, a jedynie jego odwodnienie. Żadne z postanowień tej koncepcji nie zakłada suszenia struwitu. Zamawiający w PFU nie określił wymagania funkcjonalnego (np. produkcji przez instalację struwitu o określonej wilgotności), lecz wskazał wymóg strukturalny, tj. konieczność wprowadzenia fazy odwodnienia oraz fazy suszenia struwitu.

3.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 3.

Zgodnie z postanowieniami pkt 2.3. tomu II PFU zamawiający wskazał, że wymaga, aby zaproponowane przez wykonawcę rozwiązanie posiadało m.in. wymaganą (z uwagi na istniejący/projektowany reżim technologiczny pracy węzła przeróbki osadów) zdolność buforowania strumienia odcieków odprowadzanego z deamonifikacji lub odwadniania osadu. Dalej, w pkt 2.3.4.l. (pt. zbiornik buforowo-wyrównawczy odcieków) tomu II PFU, zamawiający określił wymóg, w myśl którego w celu wyrównania wahań w dopływie odcieków z procesów odwadniania osadów oraz odcieków z instalacji usuwania azotu (deamonifikacji) - proces prowadzony sekwencyjnie, przewiduje się budowę zbiornika (studni) buforowo- wyrównawczego. Pojemność zbiornika określona zostanie w ramach prac projektowych w zależności od przyjętych rozwiązań technologicznych. Zakłada się wykonanie zbiornika, częściowo lub całkowicie zagłębionego w gruncie.

W świetle przywołanych postanowień SIWZ nie ma żadnych wątpliwości, iż w PFU ustanowiono wymóg zaoferowania zbiornika (studni) buforowo-wyrównawczego. Podobnie, jak w przypadku wcześniej opisanej wadliwości SIWZ zamawiający nie pozostawił swobody wykonawcom w doborze przyjmowanych rozwiązań, lecz ustanowił wymóg zaoferowania technologii przewidującej realizację takiego obiektu.

W koncepcji Inżynierii nie zostało przewidziane wymagane zapisami SIWZ buforowanie odcieków po procesie usuwania azotu. Brak jakiegokolwiek zbiornika retencyjnego sprawia, że proponowane rozwiązanie nie zapewnia wymaganej zdolności buforowania odcieków, natomiast umożliwia zaniżenie ceny ofertowej.

4.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 4.

Zgodnie z postanowieniami pkt 1.1.3. tomu I PFU obciążenie hydrauliczne instalacji winno uwzględniać wytrącanie fosforu z odcieków z procesów odwadniania osadów zarówno w układzie obecnym (po fermentacji, ale bez hydrolizy) jak i w układzie docelowym (z hydroliza pośrednią i amonifikacją). Powyższy zapis w PFU wskazuje bez żadnych wątpliwości, iż oferowana instalacja powinna zostać tak zaprojektowana, aby najpierw następował proces odzysku fosforu, a dopiero po nim proces utleniania amoniaku. Wskazuje na powyższe zapis mówiący o uwzględnieniu w stosunku do amonifikacji wytrącania fosforu z odcieków z procesów odwadniania osadów. Jest zatem oczywiste dla odwołującego, iż zgodnie z wymaganiami PFU najpierw następować miał odzysk fosforu, a następnie proces utleniania amoniaku. Wymagana przez SIWZ kolejność procesów tj. najpierw proces usuwania azotu (będący przedmiotem zamówienia w części 2 - zadanie 6) i odzysku fosforu (będący przedmiotem zamówienia w części 3 - zadanie 7) z samego faktu, iż instalacja usuwania azotu nie stanowi przedmiotu zamówienia w niniejszej części postępowania, a wykonawcy nie mieli obowiązku składania oferty łącznie na część 2 (obejmującą usuwanie azotu) i na część 3 (obejmującą odzysk fosforu). W pkt 3.2. zamawiający określił, iż przewiduje możliwość składania ofert częściowych dla wybranych części/zadań: jednego, dwóch lub trzech.

Ponadto, w ocenie odwołującego konieczność zaoferowania instalacji odzysku fosforu funkcjonującej po instalacji usuwania azotu wynika z pkt 2.3.3 i pkt 2.3.4.1 PFU. Jak również kolejność instalacji usuwania azotu (zadanie 6) oraz instalacji odzysku fosforu (zadanie 7) wynika z załącznika 11 schematu technologicznego przewidywanych powiązań zadań 5, 6 i 7 w układzie hydrolizy pośredniej.

Tymczasem w koncepcji Inżynierii wskazane zostało: Należy pamiętać, że w przypadku połączenia hydrolizy wysokociśnieniowej oraz deamonifikacji częstym rozwiązaniem jest rozcieńczanie odcieku co powoduje zarówno większe obciążenie hydrauliczne oraz obniża stężenie fosforanów. Im niższe stężenie fosforanów tym redukcja fosforanów będzie niższa. Dlatego też ze względu na możliwy znaczący wpływ procesu deamonifikacji na pracę instalacji do wytrącania struwitu rekomenduje się następującą konfigurację: odwadnianie, instalacja do wytrącania struwitu, deamonifikacja (s. 3 i 4 koncepcji).

Zatem w opinii odwołującego Inżynieria przewiduje rozwiązanie odwrotne od wymaganego w SIWZ. Zachodzi także uzasadnione podejrzenie, że koncepcja Inżynierii nie uwzględnia pełnego bilansu azotu i fosforu w nominalnych warunkach pracy instalacji, poprzez pominięcie kwestii zmian ładunku azotu w poprzedzającym procesu odzysku fosforu procesie usuwania azotu. Ta sytuacja stwarza możliwość manipulowania interpretacją udzielonych dla zadania 7 gwarancji procesowych.

Nawet gdyby uznać, iż powyższy zapis nie wyraża postanowień przesądzających

0treści oferty sprzecznej z treścią SIWZ, to i tak zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści oferty Inżynierii w tym zakresie, do czego obligował go przepis art. 87 ust. 1 p.z.p.

5.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 5.

Inżynieria przedłożyła zamawiającemu wraz koncepcją technologiczną także bilans masowy oraz wstępny schemat technologiczny. Koncepcja jest jednak niepełna, gdyż bilans masowy nie uwzględnia wpływu działania instalacji usuwania azotu w węźle poprzedzającym instalację odzysku fosforu (co było jednym z warunków co do treści koncepcji): brak określenia wpływu na bilans fosforu; brak określenia wpływu na bilans wyprodukowanego struwitu; brak określenia wpływu na ładunek azotu , który jest niezbędnym obok fosforu elementem produkowanego struwitu i wpływającego na osiąganą efektywność odzysku fosforu; jedynie określenie wpływu instalacji usuwania azotu odnosi się ogólnie do zmiany odczynu pH

1alkaliczności odcieków, pozostawiając bez analizy wpływ na zmiany pozostałych, parametrów bilansowych stanowiących podstawy koncepcji.

Ponadto w koncepcji używa się określenia wydajności w wysokości max 1.900 m3/d, podczas gdy SIWZ określa jednoznacznie parametry projektowe w wysokości nominalnej 2.400 m3/d, co stanowi przedmiot samodzielnego zarzutu.

6.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 6.

W pkt 19.1.2. SIWZ zamawiający zakazał składania ofert wariantowych. Z kolei z art. 82 ust. 1 p.z.p. wynika zakaz złożenia więcej niż jednej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem według odwołującego z koncepcji Inżynierii wynika, iż wykonawca ten albo dopuścił się złożenia oferty wariantowej albo złożył dwie oferty w postępowaniu (zaoferował dwa rozwiązania technologiczne).

Inżynieria przedłożyła zamawiającemu wraz koncepcją bilans masowy oraz wstępny schemat technologiczny, stanowiące razem załącznik nr 2 do koncepcji. Oba te dokumenty opisują jednakże dwa odmienne rozwiązania technologiczne. Rozbieżności odnoszą się do następujących elementów oferowanej instalacji odzysku fosforu: a) Miejsca odprowadzenia struwitu - wstępny schemat technologiczny, jako miejsce odprowadzenia struwitu wskazuje reaktor, zaś bilans masowy, jako miejsce odprowadzenia struwitu wskazuje cyklon. Z kolei we wstępnym schemacie technologicznym cyklon oznaczony jest na odpływie odcieków z osadnika; b) Dozowania dodatkowego reagentu (środka antypiennego) - we wstępnym schemacie technologicznym brak jest wskazania instalacji dozowania dodatkowego reagentu, zaś w bilansie masowym zaznaczono taką dodatkową instalację; c) miejsca odprowadzania odcieków - wstępny schemat technologiczny, jako miejsce odprowadzenia ścieków wskazuje osadnik, zaś bilans masowy, jako miejsce odprowadzenia wskazuje cyklon. Z kolei we wstępnym schemacie technologicznym odcieki z cyklona zawracane są od osadnika bez możliwości bezpośredniego zrzutu.

Niezależnie od powyższego bilans masowy jest niespójny matematycznie pod kątem przedstawionych ładunków i efektów odzysku fosforu. W bilansie określono ładunek fosforu na wejściu do instalacji w wysokości 570 kg P-PO4. Z kolei ładunek fosforu na wyjściu z instalacji rozkłada się na dwa strumienie tj.: produkt (struwit) i odcieki odprowadzane do z powrotem do oczyszczalni, przy czym w koncepcji Inżynierii: ilość produktu w postaci struwitu określono w wysokości 461 kg P-MAP/d (odpowiada P-PO4/d), ilość fosforu który nie został zawiązany w produkt tj. postaci odcieku z cyklona to 57 kg P-PO4/d, co daje łącznie 461 +57 = 518 kg P. W ocenie odwołującego zatem w bilansie „pominięto" ładunek stanowiący różnicę pomiędzy 570 - 518 = 52 kgP-PO4/d.

7.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 7.

Podstawa faktyczna zarzutu nr 6 wskazuje na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 82 ust. 1 p.z.p., i stanowi podstawę odrzucenia oferty, to z najdalej idącej ostrożności procesowej odwołujący wskazuje, iż w przypadku nieuwzględnienia żądania odrzucenia okoliczności te powinny stać się przynajmniej podstawą nakazania zamawiającemu wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p.

8.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 8.

W pkt 5.1.3.1 lit. c) SIWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którym wykonawcy winni wykonać należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyć nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie instalacje odzysku fosforu z odcieków wykonane w systemie „zaprojektuj i wybuduj" lub „wybuduj", każda z nich w technologii oferowanej w formularzu ofertowym (pkt 7.7) z uwzględnieniem ewentualnych modyfikacji wprowadzonych przez dostawcę/producenta technologii, pracujące na oczyszczalniach ścieków, z czego przynajmniej jedna o wydajności min. 300 kg P/d. Warunek udziału w postępowaniu ustanawiał zatem wymóg, aby roboty wykazywane na potwierdzenie

spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu były robotami wykonanymi w technologii stanowiącej przedmiot oferty w postępowaniu. W ocenie odwołującego realizacje wykazane przez Inżynierię w wykazie robót nie spełniają tego wymogu z przyczyn opisanych poniżej.

Charakterystyka odcieków - instalacje przedstawione w formularzu ofertowym jako referencyjne dla oferowanej instalacji NuReSys pracują na odciekach pochodzących z reaktorów UASB, zapewniających odcieki bardzo klarowne w porównaniu do odcieków powstających na komunalnych oczyszczalniach ścieków (po procesie odwadniania osadów komunalnych). Odcieki z odwadniania osadów komunalnych charakteryzują się wyższym stężeniem zawiesiny, które dodatkowo będzie podniesione po zastosowaniu procesu hydrolizy termicznej, objętego zakresem przedmiotu zamówienia.

Dwustopniowy proces - proces oferowany przez firmę NuReSys, co pokazują materiały informacyjne udostępniane przez firmę (rysunek 1-6), obejmuje zbiornik odgazowania zlokalizowany przed zbiornikiem krystalizacji. Zbiornik taki nie został przewidziany dla instalacji odzysku fosforu na GOŚ w Łodzi, mimo że występuje na instalacjach podanych jako referencyjne dla realizowanego Zadania (rysunek 7-8). Dla oczyszczalni ścieków w Łodzi zgodnie z koncepcją technologiczną zaprojektowano napowietrzanie bezpośrednio w zbiorniku krystalizacji, co jest rozwiązaniem nieobecnym na podanych instalacjach referencyjnych, a więc nie popartym doświadczeniem z tych instalacji.

Instalacja NuReSys obejmuje różne technologie - pełnoskalowe instalacje firmy NuReSys przedstawione w artykule, którego autorem jest prezes firmy, różnią się w zakresie zastosowanej technologii. Różnice obejmują sposób prowadzenia procesu odgazowania (mieszanie/napowietrzanie) oraz lokalizację (wewnętrzny/zewnętrzny) osadnika (rysunek 9). Każda z 3 instalacji NuReSys wybudowanych na komunalnych oczyszczalniach ścieków pracuje na innym medium. W przypadku instalacji w Aartselaar do obu zbiorników (odgazowania i krystalizacji) wprowadzane są osady, natomiast w Land van Cuijck są to odcieki z odwadniania osadów. Instalacja w Apeldoorn określana jest jako hybrydowa, ponieważ przefermentowane osady wprowadzane są do zbiornika napowietrzania, a następnie odciek z odwadniania tych osadów kierowany jest do zbiornika krystalizacji.

Określenie „Technologia NuReSys" obejmuje różne procesy: pracę zbiornika odgazowania i krystalizacji szeregowo na tym samym medium (rysunek 10-11), pracę w/w zbiorników na różnym medium poprzez rodzielenie etapem odwadniania (rysunek 12), a także zastosowanie samego zbiornika odgazowania (rysunek 13).

Instalacje referencyjne na oczyszczalniach ścieków - pierwsza instalacja NuReSys na oczyszczalni ścieków powstanie w 2013 (rysunek 14). Instalacje wybudowane w latach 20112012 podawane jako referencyjne wybudowane zostały jako elementy zakładów przetwórstwa ziemniaków, w związku z czym nie spełniają stawianego przez SIWZ wymagania wybudowania obiektu referencyjnego na oczyszczalni ścieków.

9.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 9.

Inżynieria wykazała spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego w osobie NuReSys. Na potwierdzenie jednej z przesłanek wykluczenia z postępowania Inżynieria, w stosunku do NuReSys, złożyła elektroniczną kopię oświadczenia z dnia 13 marca 2020 r. osoby reprezentującej tą spółkę (p. W. M.) złożonego przed notariuszem, że (i) nie otwarto likwidacji NuReSys Nutrients Recovery Systems, (ii) nie ogłoszono bankructwa NuReSys Nutrients Recovery Systems, (iii) nie toczy się żadne postępowanie restrukturyzacyjne w sprawie NuReSys Nutrients Recovery Systems.

Powyższe oświadczenie zostało potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji Inżynierii, tj. p. A. R. i p. M. C. Potwierdzenie za zgodność z oryginałem nastąpiło poprzez złożenie kwalifikowanych podpisów elektronicznych tych osób. Kiedy zgodnie z § 14 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów poświadczenia elektronicznej kopii tego dokumentu powinna dokonać NuReSys, a nie Inżynieria. Odwołujący zwraca uwagę, iż na kopii przedmiotowego oświadczenia znajduje się znak graficzny mający wskazywać na złożenie podpisu elektronicznego przez W. M., jednakże plik obejmujący elektroniczną kopię oświadczenia nie zawiera podpisu elektronicznego tej osoby. Walidacja tego pliku wskazuje jedynie na złożenie kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez p. A. R. i p. M. C.

Z uwagi na powyższe uznać należy, że Inżynieria nieprawidłowo wykazała brak przesłanek wykluczenia z postępowania, co uzasadnia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p.

10.Argumentacja w zakresie zarzutu nr 10.

Zamawiający nie udostępnił odwołującemu załącznika do protokołu postępowania w postaci listy urządzeń, stanowiącej załącznik nr 3 do koncepcji Inżynierii, pomimo obowiązku jego przekazania wynikającego z art. 96 ust. 3 p.z.p., który gwarantuje jawność załączników do protokołu postępowania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów (dalej zwanego jako przystępujący), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, co nadaje mu status uczestnika postępowania odwoławczego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku postępowania przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 179 ust. 1 p.z.p.

W związku z oświadczeniem odwołującego o wycofaniu zarzutu nr 10 z petitum odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 tenoru sentencji wyroku.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego, dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do weryfikacji wyników oceny i badania ofert, gdzie zarzucono zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 p.z.p., art. 87 ust. 1 p.z.p., art. 26 ust. 3 p.z.p. oraz art. 26 ust. 3 w zw. z § 14 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.).

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a przystępującym, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób niebudzący wątpliwości, że zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił ofertę wykonawcy przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty wskazane w pkt 1 - 6 petitum odwołania, naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, kiedy jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Skład orzekający nie podzielił twierdzeń odwołującego jakoby wymagana przez zamawiającego, od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (patrz pkt 7.4. i 7.4.3 SIWZ), koncepcja technologiczna wskazana w pkt 5.2. lit. c SIWZ, stanowiła treść oferty. Zatem zarzuty dotyczące niezgodności oferty przystępującego z treścią SIWZ, oparte na brzmieniu koncepcji, a priori podlegały oddaleniu.

Podstawą do podniesienia omawianych zarzutów było mylne utożsamienie przez odwołującego treści oferty z dokumentami i oświadczeniami potwierdzającymi spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 p.z.p.). O ile potocznie można przyjąć, że ofertą są wszystkie dokumenty i oświadczenia składane zamawiającemu, to takie pojęcie oferty nie ma odzwierciedlenia w normach p.z.p. i aktach wykonawczych do ustawy. Oferta jest składana przez

wykonawcę w wyznaczonym przez zamawiającego terminie na składanie ofert i aby nie dochodziło do zmiany jej treści, ustawodawca w ustawie p.z.p. zawarł obostrzenia zakazujące dokonywania ingerencji w jej brzmienie po jej złożeniu, czyli kiedy wykonawcy znają ceny i inne warunki, jakie zaoferowała konkurencja. Stąd brak jest normy wskazującej na możliwość uzupełnienia treści oferty, a jej wyjaśnianie nie może prowadzić do dokonania jej zmiany (art. 87 ust. 1 p.z.p.), zaś błędy w ofercie mogą być poprawiane, o ile posiadają charakter określony w art. 87 ust. 2 p.z.p.

Inaczej natomiast ustawodawca uregulował dokumenty i oświadczenia wskazane w art. 25 ust. 1 p.z.p., składane po terminie otwarcia ofert, i co do zasady wymagane jedynie od wykonawcy, którego oferta zostanie oceniona najwyżej w kryteriach oceny ofert (art. 26 ust.
1p.z.p.). Stąd niezrozumiałym jest postulat odwołującego, aby uznać, że dokument koncepcji, wymagany w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego (li. c pkt 5.2. SIWZ), uregulowany w art. 25 ust. 1 pkt
2p.z.p., miałby stanowić treść oferty. Nie tylko przeczy temu jednoznaczna treść dokumentacji postępowania - która na obecnym etapie wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą - ale niewyjaśnionym pozostało jak dokument, składany po terminie otwarcia ofert, przez jednego z wykonawców (tego, którego oferta została oceniona najwyżej w kryteriach), miałby stanowić treść oferty.

Nie tylko można byłoby zastanowić się, czy odwołujący nie implikuje nieuprawnionego uzupełnienia treści oferty po terminie na składanie ofert, ale umknęło mu, że oferty winny być porównywalne, stąd z jaką treścią „oferty" (koncepcji) odwołującego, czy innych wykonawców, zamawiający miałby porównać treść „oferty" (koncepcji) przystępującego. Jak zamawiający miałby wykonać nałożony na niego obowiązek właściwego badania i oceny złożonych w przetargu ofert z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, skoro koncepcja wymagana jest jedynie od wykonawcy najwyżej ocenionego. Nie wyjaśniono również sprzeczności tego wnioskowania - bowiem idąc tym tokiem rozumowania, jeżeli przykładowo przystępujący nie złożyłby koncepcji na wezwanie zamawiającego, to czy faktycznie byłoby to niezłożenie treści oferty - pomimo, że w terminie na składanie ofert wykonawca złożył ofertę, która została najwyżej oceniona, stąd wezwano go do złożenia koncepcji. I wreszcie, czy odwołujący złożył ofertę, skoro idąc tokiem jego myślenia, odwołujący nie przedstawił w terminie na składanie ofert swojej koncepcji, czyli jego zdaniem nie złożono merytorycznej treści oferty. Jak widać hasłowe stwierdzenie, że dokument mający świadczyć o jakości zaoferowanych robót budowlanych, składany po upływie terminu na złożenie ofert, stanowi treść oferty nie tylko jest sprzeczne z brzmieniem SIWZ, ale godzi w uregulowany w p.z.p. sposób składania ofert i weryfikacji ich treści.

Dokumenty i oświadczenia wskazane w art. 25 ust. 1 p.z.p., składane, co do zasady, przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, w przeciwieństwie do oferty, nie muszą zachować stricte tej samem treści. Zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. ustawodawca zobligował zamawiającego do uzupełnienia, poprawienia, wyjaśnienia treści rzeczonych oświadczeń i dokumentów. Zatem, po wykonaniu obowiązku nałożonego na zamawiającego, częstokroć w postępowaniu wykonawca składa zupełnie nową ich treść, co jest zgodne z wolą ustawodawcy. Ponadto, mając na uwadze możliwość wniesienia środków ochrony prawnej w odniesieniu do regulacji SIWZ, Izba uznaje za spóźnione zarzuty skierowane do treści dokumentacji postępowania, która jednoznacznie nadaje koncepcji technologicznej charakter dokumentu składanego na potwierdzenie wymagań zamawiającego - nie jest bowiem możliwe obejście terminu na wniesienie odwołania, poprzez formułowanie zarzutów co do brzmienia SIWZ na etapie, na którym wykonawca uzna, że zarzuty, które mógł zgłosić wcześniej (i na których zgłoszenie we właściwym trybie termin upłynął) stały się w jego ocenie istotne, ponieważ chciałby koncepcję konkurencji traktować jako treść jej oferty, z wszystkimi tego konsekwencjami.

W związku z powyższym w ocenie Izby analiza czy koncepcja technologiczna przystępującego, jako rzekoma treść oferty, powoduje jej niezgodność z brzmieniem SIWZ i powinna powodować odrzucenie oferty - wobec braku potwierdzenia w materiale procesowym, że koncepcja stanowi treść oferty - nie była w sprawie konieczna i odwołanie w tym zakresie podlegało oddaleniu.

Niemniej jednak, jedynie na marginesie Izba wskazuje, że w zakresie zarzutu nr 1 odwołujący oparł go na wadliwym przyjęciu stanu faktycznego. Odwołujący pominął bowiem, że zamawiający wezwał przystępującego (vide pkt I wezwania z dnia 29 maja 2020 r.) do wyjaśnienia zapewnienia właściwej przepustowości hydraulicznej, zgodnie z wymaganiami z punktu 2.3.1. PFU tom II. W odpowiedzi na wezwanie, przystępujący pismem z 5 czerwca 2020 r. wyjaśnił rzeczony wymóg, potwierdzając postawione wymaganie. Odwołujący nie zakwestionował wezwania zamawiającego ani nie odniósł się w odwołaniu do złożonych przez przystępującego wyjaśnień. Zatem zarzut oparty na stanie faktycznym sprzed udzielenia wyjaśnień nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie rzeczy. Stanowisko odwołującego, kwestionujące jedynie wielkość parametrów sprzed wyjaśnienia go przez zamawiającego, bez zakwestionowania wyjaśnionych parametrów wyjściowych do projektowania, nie mogło stanowić o naruszeniu prawa przez jednostkę

zamawiającą, ponieważ to wielkości po wyjaśnieniu były podstawą do wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w przetargu.

Ponadto, umknęło uwadze strony, że zgodnie z treścią dokumentacji przetargu, parametry wyjściowe do projektowania wskazane przez zamawiającego są danymi szacunkowymi, które będą podlegać weryfikacji w oparciu o dane bilansowe, przedstawione przez wykonawców zadania nr 5 i zadania nr 6 na etapie uzgadniania projektów wstępnych (pkt 2.3.1. PFU tom II), jest to spójne z pkt 2.3. PFU tom II, gdzie wskazano, że instalację odzysku fosforu należy traktować jako ściśle powiązaną z projektowanymi instalacjami termicznej hydrolizy i usuwania azotu z odcieków, realizowanymi w ramach odrębnych zadań - dotyczy to wymagań i parametrów technologicznych. Parametry wyjściowe do projektowania muszą być poddane weryfikacji i uzgodnieniu na etapie projektów wykonawczych technologii (wstępnych) wszystkich zadań 5, 6 i 7.

Jako bezpodstawny należy ocenić także zarzut nr 2. Ferowana przez odwołującego na rozprawie interpretacja treści SIWZ nie znajduje odzwierciedlenia w treści dokumentacji przetargu. Natomiast w zakresie okoliczności wskazanych w odwołaniu Izba zaznacza, że zgodnie z lit. c pkt 5.2. SIWZ, koncepcja technologiczna powinna zawierać, co istotne dla rozstrzygnięcia, „opis (np. kartę katalogową, folder informacyjnych itp. (...) oferowanej technologii, listę referencyjną obiektów w oferowanej technologii (...), opis proponowanego rozwiązania z zastosowaniem oferowanej technologii w tym m.in. wstępne schematy technologiczne wraz z istotnymi danymi bilansowymi (...), propozycję kluczowych urządzeń technologicznych i uzupełniających (ilość szt. producent i typoszereg), wstępną propozycję lokalizacji obiektów i rozwiązań technicznych w obiektach. Koncepcje rozwiązania (przyjęte na etapie oferty) stanowić będą bazę do dalszych prac projektowych na etapie realizacji kontraktu.” Zatem z brzmienia SIWZ wynika obowiązek przedstawienia koncepcji, spełniającej powyższe wymagania zamawiającego, a za taką Izba uznała koncepcję przystępującego, która zawiera wszystkie elementy wymagane w lit. c pkt 5.2. SIWZ.

Dalej skład orzekający stwierdził, że zgodnie z pkt 2.3.3. PFU tom II dot. przewidywanego zakresu zadania „Instalacja musi zapewniać uzyskanie struwitu w postaci suchego, czystego granulatu o odpowiedniej dla celów handlowych granulacji (1-5 mm), który będzie mógł (po przeprowadzeniu stosownych badań i procedury) być stosowany jako nawóz”.
I dalej, na podstawie pkt 2.3.4.2. PFU tom II dot. instalacji do odzysku fosforu z odcieków, „Uzyskiwany w reaktorze struwit o odpowiedniej dla celów handlowych granulacji (1-5 mm) należy poddać odwodnieniu i osuszeniu. Należy również przewidzieć odpowiednie urządzenia i miejsca do magazynowania uzyskanego produktu np. w postaci silosu na uzyskany produkt lub urządzeń do workowania (np. w big-bagach) i miejsce do ich magazynowania. Ewentualne suszenie struwitu przewidzieć z wykorzystaniem ciepła z wewnętrznej sieci c.o.” Z dokumentacji przetargu więc wynika, że celem zamawiającego (ww. pkt 2.3.3.) jest otrzymanie struwitu o wskazanej granulacji, który po przeprowadzeniu stosownych badań i procedury może być nawozem, zaś sama instalacja (ww. pkt 2.3.4.2), czyli przewidzenie odpowiednich urządzeń i miejsca do magazynowania zależy od wykonawcy, istotnym jest, aby struwit został odwodniony i osuszony, w taki sposób, żeby spełnić cel zamawiającego. Zamawiający podaje przykładowe rozwiązanie jak struwit może być magazynowany, a także jak może być suszony, bez narzucenia konkretnej technologii suszenia struwitu, pozostawiając wykonawcom dowolność w tym zakresie, a pozytywną ocenę uzależniając od realizacji przez przyjętą technologię konkretnego rezultatu. Przystępujący przyjął, że struwit jest odwadniany w płuczce/separatorze struwitu, a następnie suszony podczas składowania w big-bagach w hali magazynowej, co spełnia wymagania zamawiającego, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Stawiając zarzut nr 3, podobnie jak zarzut nr 1, odwołujący pominął treść wyjaśnień przystępującego z dnia 5 czerwca 2020 r., gdzie na niezakwestionowane przez odwołującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., przystępujący we wstępnej propozycji lokalizacji wskazał zbiornik buforowo-wyrównawczy, którego brak zarzucił odwołujący. Wobec postawienia zarzutu na kanwie stanu sprzed wyjaśnień wykonawcy, zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, będącym podstawą wyboru oferty przystępującego. Izba zauważa także, że lokalizacja obiektów, zgodnie z brzmieniem lit. c pkt 5.2. SIWZ jest wstępną propozycją, którą dopiero stanowi bazę do dalszych prac projektowych, zaś sporny zbiornik został uwzględniony przez przystępującego w pkt 2 wykazu cen przystępującego (wypełniony załącznik nr 2c do oferty). Ponadto, jak wyjaśnił przystępujący zbiornik ten nie jest elementem procesu, lecz punktem poboru odcieków do instalacji. Pobór ze zbiornika będzie odbywał się za pomocą pomp, stąd w schemacie i bilansie opis jako pompownia, więc funkcję zbiornika buforowego pełni przepompownia ścieków o odpowiedniej kubaturze. Zaś pojemność buforowa zbiornika zostanie ustalona na etapie prac projektowych, co jest spójne z brzmieniem SIWZ.

W ocenie składu orzekającego zarzut nr 4 również nie posiada uzasadnionych podstaw. Odwołujący oparł zarzucane zamawiającemu naruszenie prawa na wskazaniu w koncepcji przystępującego, iż „Możliwa jest też lokalizacja reaktora do wytrącania struwitu na odpływie z reaktora po deamonifikacji, niemniej jednak ze względu na niską alkaliczność na odpływie (średnio ok. 400 mg/L)

dozowanie ługu sodowego będzie wyższe. Należy pamiętać, że w przypadku połączenia hydrolizy wysokociśnieniowej oraz deamonifikacji częstym rozwiązaniem jest rozcieńczenie odcieku co spowoduje zarówno większe obciążenie hydrauliczne oraz obniża stężenie fosforanów. Dlatego też, ze względu na możliwy znaczący wpływ procesu deamonifikacji na pracę instalacji do wytrącania struwitu, rekomenduje się następującą konfigurację odwadnianie, instalacja wytrącania struwitu, deamonifikacji. Jest to najlepsze rozwiązanie pod katem bezpieczeństwa procesowego i niższych kosztów eksploatacyjnych."

Powyższe stanowi rekomendację przystępującego, z której usiłowano wywodzić zaoferowanie oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Stanowisko odwołującego jest nieprawidłowe. Po pierwsze - odwołujący pomija, że zgodnie z dokumentacją przetargu zamawiający jednoznacznie wskazał, iż koncepcja jest bazą do dalszych prac projektowych na etapie realizacji kontraktu, którym jest wykonanie prac projektowych i robót budowlanych zadania nr 7, i jedyną niezmienną jest dostawca technologii (lit. c pkt 5.2. SIWZ), jak również zamawiający wielokrotnie zaznacza, że instalacja zadania nr 7 jest ściśle powiązana w zakresie wymagań i parametrów technologicznych z projektowanymi instalacjami zadnia nr 5 i nr 6, zatem Izba podziela argumentację zamawiającego, że koncepcja obecnie ma charakter wstępny. Po drugie - jakakolwiek rzekoma sprzeczność z SIWZ, na kanwie której koncepcja jest bazą do dalszych prac projektowych, jest jedynie subiektywnym przekonaniem strony. Wywodzenie rzekomej wady z wyrwanego z kontekstu brzmienia koncepcji, w postaci rekomendacji, którą zamawiający może wykorzystać na dalszym etapie, kiedy będą już znane stanowcze projekty zadania nr 5 i zadania nr 6, nie stanowi o braku spełnia wymagań dokumentacji przetargu i nie może zostać uznane za usprawiedliwioną podstawę zarzucanego zaniechania zamawiającego. Zarzuty oparte na pominięciu pozostałej treści koncepcji, wycinku kilku zdań, które przestawiono z narracją strony, przy oderwaniu od bilansu masowego, stanowią raczej o następczym doszukiwaniu się rzekomych niezgodności i wątpliwości, które w sposób łatwy mogą być „wyjaśnione" w oparciu o treść dokumentów przystępującego. Zaś mając na uwadze przedmiot zamówienia i warunki dokumentacji postępowania, bezpodstawnym byłoby dopytywanie wykonawcy, czy jego sugestia co do lokalizacji instalacji odzyskiwania fosforu przed procesem deamonifikacji (co mogłoby spowodować znacznie niższe zużycie ługu sodowego, ze względu na dostępną alkaliczność), a co będzie elementem ustaleń na etapie uzgadniania propozycji rozwiązań dla wszarskich trzech zadań, miałaby świadczyć o naruszeniu prawa przez jednostkę zamawiającą.

Natomiast w zakresie stanowiska odwołującego, że zachodzi w jego ocenie uzasadnione podejrzenie, że koncepcja przystępującego pomija kwestie zmian ładunku azotu w procesie usuwania azotu, a także zarzutu nr 5, należy przypomnieć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania zasadności stawianego zarzutu. Izba nie orzeka na podstawie przekonania stron, a na postawie przedstawionych przez nie dowodów na poparcie konkretnych twierdzeń, o konkretnym wpływie na ustalenie stanu faktycznego poddawanego późniejszej kwalifikacji prawnej. Skuteczny zarzut wymaga wyjścia przez odwołującego ze sfery przekonania i przedstawienia w odwołaniu argumentacji, która może świadczyć o naruszeniu prawa - poczynając od postawienia twierdzeń, wykazania ich dowodami, a kończąc na wskazaniu na powiązanie udowodnionych okoliczności z naruszeniem prawa przez jednostkę zamawiającą w ramach postawionego zarzutu. Strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne i nie podoła ciążącemu na niej ciężarowi dowodowemu, musi liczyć się z materialnoprawnym skutkiem nieudowodnienia istotnych faktów, co w konsekwencji powoduje oddalenie zarzutu. Odwołanie w zakresie rzekomego podejrzenia o brak uwzględnienia zmian ładunku azotu przez przystępującego jest merytorycznie puste i jedynie dodatkowo należy zaznaczyć, że bez danych od wykonawcy z zadania nr 6 obejmującego instalację do usuwania azotu, co nastąpi na etapie uzgadniania projektów wykonawczych, takiego bilansu w sposób zgodny z rzeczywistością nie sposób wykonać. Izba stwierdziła, że bilans masowy przystępującego odpowiada warunkom SIWZ, jest zgodny z lit. c pkt 5.2. SIWZ w zakresie wymaganych danych bilansowych, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, co powoduje, że za bezpodstawny należy uznać także zarzut nr 5 z petitum odwołania. Ponadto należy podkreślić, że dane bilansowe - co wielokrotnie w dokumentacji zaznacza zamawiający (str. 44 akapit 3 PFU tom II, str. 41 akapit 3 PFU tom I, odpowiedź na pytanie nr 65 w wyjaśnieniach SIWZ z 31.01.2020 r.) - na obecnym etapie w zakresie danych wyjściowych są parametrami szacunkowymi, podlegającymi weryfikacji w oparciu o dane przedstawione przez wykonawców zadania nr 5 i zadania nr 6, na późniejszym etapie uzgadniania projektów technologii.

Skład orzekający nie podzielił argumentacji odwołującego wskazanej w zarzucie nr 6, ponieważ nie udowodniono, aby przystępujący złożył ofertę wariantową. Zarzut stanowi raczej polemikę z brzmieniem dokumentów przystępującego, w oderwaniu od zaoferowanej technologii. Lista urządzeń, schemat i lokalizacja instalacji są spójne i nie potwierdziły się zarzucane przystępującemu nieprawidłowości. Mając także na uwadze, że koncepcja stanowi dokument wstępny, podlegający dalszym uzgodnieniom, o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego wskazane w ich

stanowiskach procesowych. I jedynie dodatkowo należy zauważyć, że argumentacja dotycząca rzekomej sprzeczności miejsca odprowadzania odcieków nie znalazła potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy. Zaś jedynym miejscem usuwania struwitu jest płuczka/separator. Struwit zatrzymany przez hydrocyklon służy do zawrócenia kryształków struwitu z powrotem do reaktora, celem wyprodukowania większych granulek w rozmiarze pozwalającym na usunięcie poprzez płuczkę/separator struwitu, stąd twierdzenie o niejasnym miejscu odprowadzenia struwitu się nie potwierdziło. W zakresie środka antypiennego jego zużycie, jak wyjaśnił przystępujący, wynosi maksymalnie 1 litr dzienne, stąd jego wpływ na bilans masowy został na obecnym etapie pominięty, jak również pompki dozujące środek antypieniący są zawarte w wykazie urządzeń.

Dalej Izba zauważa, że nie wykazano, aby w bilansie nie zgadzał się ładunek 52 kg P- PO4/d - pomijając już szacunkowy charakter bilansu, którego parametry będą weryfikowane na dalszym etapie, zgodnie z danymi przedstawionymi przez wykonawców zadania nr 5 i nr 6, podczas uzgadniania projektów technologii - główny ładunek fosforu jest odbierany w postaci struwitu z reaktora (461 kg P). Na odpływie z reaktora fosfor występuje w dwóch formach: jako rozpuszczony fosfor ortofosforanowy (ta forma fosforu w przefiltrowanej próbce jest brana do obliczenia wymaganej redukcji 90% fosforu ortofosforanowego) - ładunek 57 kg PO4-P/d oraz jako fosfor związany (nierozpuszczony) w bardzo drobnych kryształkach struwitu, który razem z zawiesiną (osadem biologicznym) jest usunięty podczas filtrowania i nie ma wpływu na wymaganą redukcję fosforu ortofosforanowego - ładunek 52 kg/d, jak i gwarantowany stopień wbudowania fosforu w struwit. Zatem bilans jest zgodny z wymaganiami zamawiającego co do redukcji fosforu ortofosforanowego rozpuszczonego na poziomie 90%, jak i stopnia wbudowania fosforu w struwit (80%).

W konsekwencji powyższego Izba stwierdziła, że nie tylko nie wykazano zasadności zarzutu nr 6, ale także nie ma uzasadnionych powodów, aby przeprowadzić postępowanie wyjaśniające w tym zakresie i dopytać przystępującego (na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p., nie zaś wadliwie zarzucanego art. 87 ust. 1 p.z.p.) o okoliczności wskazane w odwołaniu, zatem nie potwierdziło się stanowisko odwołującego zawarte w zarzucie nr 7.

Konkludując, skład rozpoznający spór nie podzielił stanowiska odwołującego, jakoby koncepcja technologiczna stanowiła treść oferty. Tezy odwołującego są sprzeczne z brzmieniem SIWZ i kłócą się z zasadami składania ofert uregulowanymi w p.z.p., co powoduje oddalenie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, jako oferty sprzecznej z SIWZ. Ponadto, nie udowodniono zarzucanych wad koncepcji przystępującego, a także nie wykazano naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 p.z.p., czy zarzutu ewentualnego w postaci naruszenia art. 87 ust. 1 p.z.p.

W zakresie zarzutu nr 8 z petitum odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p. - poprzez zaniechanie zastosowania w stosunku do dokumentów przedłożonych przez przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, pomimo że dokumenty te nie potwierdzały, że wykazane roboty zostały wykonane w technologii oferowanej przez przystępującego w formularzu ofertowym - skład orzekający stwierdził co następuje.

Izba ustaliła, ze w lit. c pkt 5.1.3.1 SIWZ zamawiający postawił wykonawcom warunek posiadania odpowiedniej zdolności technicznej w zakresie wykazania, że „wykonawca wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie w postaci: dla zadania 7 - co najmniej dwie instalacje odzysku fosforu z odcieków wykonane w systemie „zaprojektuj i wybuduj" lub „wybuduj", każda z nich w technologii oferowanej w formularzu ofertowym (pkt 7.7) z uwzględnieniem ewentualnych modyfikacji wprowadzonych przez dostawcę/producenta technologii, pracujące na oczyszczalniach ścieków, z czego przynajmniej jedna o wydajności min. 300 kg P/d."

Na potwierdzenie spełnienia warunku składano środek dowodowy, wykaz robót budowlanych, gdzie należało podać nazwę, rodzaj i zakres robót - zamawiający w zakresie instalacji wymagał podania: technologii (z odniesieniem do pkt 7.7. formularza oferty), wydajności, oczyszczalni, projektu, określenia systemu (wybuduj lub zaprojektuj i wybuduj). Zamawiający wymagał też wskazania okresu wykonania robót i podmiotu, na rzecz którego wykonano instalacje.

Dalej ustalono, że zgodnie z pkt 7.7. formularza oferty przystępujący „w celu wstępnego potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego dla zadania 7 w zakresie oferowanej technologii do odzysku fosforu z odcieków informuję: proponowana technologia NuReSys, producent (właściciel/dostawca) NuReSys Nutrients Recovery Systems".

Odwołujący podnosił, że wskazane w wykazie robót budowlanych przystępującego: instalacja odzysku fosforu z odcieków o wydajności 540 kg/P w technologii krystalizacji NuReSys pracująca na oczyszczalni ścieków w Clarebout Warneton sa - Waasten,

Belgia, wykonana w ramach kontraktu na urządzenia do odzyskiwania fosforanów ze ścieków oraz instalacja odzysku fosforu z odcieków w technologii krystalizacji NuReSys pracująca na oczyszczalni ścieków w Clarebout Potatoes w Belgii, wykonana w ramach kontraktu na odzyskiwanie fosforanów, nie są robotami wykonanymi w technologii stanowiącej przedmiot oferty przystępującego w przetargu.

Na wstępie należy zauważyć, że w treści dokumentacji przetargu zamawiający nie określił parametrów, wytycznych czy kryteriów, a nawet nie określono sposobu w jaki będzie weryfikowane czy technologia instalacji odzysku fosforu z robót wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku jest zgodna z technologią oferowaną w formularzu ofertowym. Zamawiający tego nie uszczegółowił, wymagając od wykonawców, na potwierdzenie wykazania zdolności zawodowej, środka dowodowego w postaci wykazu robót, w którym należało podać jedynie technologię w jakiej instalacje zostały wykonane i dane je identyfikujące, bez szczegółowego opisu, parametrów, warunków technologicznych czy jakichkolwiek innych odrębnych informacji technicznych. Nie postawiono wymogu podawania żadnych szczegółowych danych technicznych, zaś wymóg jedynie podania technologii w wykazie robót jest spójny z wymogiem wskazania technologii w formularzu ofertowym i zakazem zmiany dostawcy technologii wynikającym z lit. c pkt 5.2. SIWZ.

Żaden z wykonawców, na etapie przed składaniem ofert, nie pytał zamawiającego jakimi wytycznymi technicznymi, parametrami, systemami, czyli jakimi kwantyfikowanymi narzędziami, będzie weryfikowane czy technologia wskazana w ofercie to technologia z robot referencyjnych. Nie pytano także co zamawiający rozumie przez możliwość uwzględnienia modyfikacji technologii, wprowadzonych przez dostawcę/producenta, o której mowa w warunku. I jak już wcześniej zaznaczono, po upływie terminu na składanie ofert, nie ma możliwości dokonania zmiany dokumentacji postępowania. Wykonawcy nie pytali zamawiającego o wskazanie rozumienia treści warunku, nie żądano uszczegółowienia pojęć w nim zawartych, czy wskazania wytycznych do porównania technologii instalacji referencyjnych do technologii oferowanej, a w szczególności nie pytano co zamawiający uzna za uprawnione modyfikacje, a co będzie już stanowiło wyjście poza granicę dopuszczalnych modyfikacji wprowadzonych przez dostawcę technologii.

Odwołujący we wniesionym środku zaskarżenia podnosił, że wskazane przez przystępującego w wykazie robót instalacje nie są robotami wykonanymi w technologii zaoferowanej w ofercie. W odwołaniu wskazano na charakterystykę odcieków, zbiornik odgazowania zlokalizowany przed zbiornikiem krystalizacji, sposób prowadzenia procesu odgazowania oraz lokalizację osadnika, podnoszono także pracę na innym medium. W ocenie składu orzekającego wybrane arbitralnie przez odwołującego cechy instalacji nie mogą świadczyć o wadliwej ocenie zamawiającego, ponieważ nie wskazano treści SIWZ, która powodowałaby, że przywołane w odwołaniu cechy techniczne świadczą o zmianie technologii zaoferowanej przez przystępującego w stosunku do technologii instalacji na potwierdzenie warunku. Innymi słowy, skoro w SIWZ nie zostało jednoznacznie uregulowane, że zamawiający pod pojęciem oferowanej technologii rozumie konkretne, ustalone rozwiązanie - o tożsamej charakterystyce odcieków, o takim samym napowietrzaniu, odgazowaniu oraz tożsamej lokalizacji osadnika, pracujące na jednakowym medium, czy jakiejkolwiek określonej cesze technicznej lub technologicznej - w stosunku do technologii instalacji wykonanych, czyli zmiana tych cech powoduje, że w rozumieniu SIWZ mówić można o zastosowaniu już innej technologii, to subiektywny wybór elementów instalacji przez odwołującego nie może spowodować podważenia, że instalacje w wykazie robót są w technologii NuReSyS, ale w ofercie jest już inna technologia. Dokumentacja przetargu nie zawiera uregulowań określających co należy rozumieć przed daną technologię i gdzie przebiega granica zmiany technologii. Zamawiający wyjaśniał, że z jego doświadczenia wynika konieczność ciągłego monitorowania i wprowadzenia bieżących ulepszeń w instalacjach, w celu dostosowania do zmieniających się wymagań, parametrów technologicznych, nowoczesnych urządzeń i wiedzy wynikającej z postępu technologicznego, co jest szczególnie istotne dla przedmiotu umowy.

Zatem, aby dokonać weryfikacji argumentacji odwołującego, że wskazane przez niego cechy powodują wadliwą ocenę oferty i konieczność wezwania przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p., to najpierw musiałaby istnieć merytoryczna treść SIWZ wskazująca co należy przyjąć jako parametry i cechy wyjściowe do weryfikacji tożsamości technologii z wykazu z technologią z oferty. A następnie, o ile byłyby to elementy wskazane przez odwołującego, ocenić, czy doszło do jej zmiany i czy ewentualnie zmiana ta dyskwalifikuje instalację, bądź czy jest to zmiana nieistotna, lub modyfikacja o której mowa w warunku. Obowiązująca treść SIWZ jest nazbyt ogólna (niedookreślona) w zakresie rozumienia pojęcia technologii i na obecnym etapie próba rozstrzygnięcia jak rozumieć wymóg - niezależnie, czy dotyczy to podzielenia stanowiska odwołującego, czy zamawiającego i przystępującego - wymagałoby zmiany dokumentacji postępowania, poprzez dodanie do niej nowej treści, pozwalającej na jednoznaczne określenie jakie warunki powodują przyjęcie, że zaoferowano tą samą technologię, co technologia w ramach doświadczenia wykonawcy. Izba musiałaby zastąpić zamawiającego i dokonać nie tyle wyjaśnienia treści dokumentacji postępowania, co jej modyfikacji - dodania do SIWZ elementów treściowych pozwalających lukę usunąć (poprzez wypełnienie jej treścią).

Warto podkreślić, że ustalony stan rzeczy rozpoznawanego sporu jest zupełnie odmienny od sytuacji, kiedy dokumentacja

postępowania jest niejasna, istnieją wątpliwości jak należy rozumieć daną treść w korelacji z całością dokumentacji, czy kiedy wyjaśnienia zamawiającego są niejednolite. Innymi słowy, nie jest to stan faktyczny, kiedy na kanwie dokumentacji postępowania można rozstrzygnąć jak rozumieć sporny wymóg, ponieważ zamawiający po prostu tego nie sprecyzował w treści warunku udziału w przetargu i żaden z wykonawców o to nie zapytał. O ile zatem Izba jest uprawniona do dokonania wykładni warunku stawianego w SIWZ, o tyle nie jest uprawniona do jego zmiany - dodania nowej treści do tego, co określił zamawiający.

Warto przy tym wskazać, że w odróżnieniu od zwykłej wykładni oświadczeń woli na gruncie kodeksu cywilnego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zezwala interpretatorowi (tu: Izbie) na prowadzenie procesu wykładni tak długo, aż przyniesie to efekt - proces ten jest ograniczony w czasie i zakresie poprzez fakt, że - jak wskazano powyżej, zmiana SIWZ po dokonaniu otwarcia ofert nie jest już możliwa. Na późniejszym etapie możliwa jest jedynie wykładnia istniejącej treści dokumentacji postępowania, nie jest natomiast możliwe uzupełnianie SIWZ nową treścią, konieczną dla wypełnienia istniejącej tam luki. Absolutną barierą na uzupełnienie dokumentacji postępowania jest upływ terminu na składanie ofert i jakiekolwiek późniejsze rozszerzenie treści SIWZ jest niedopuszczalne.

Mając więc na uwadze brzmienie SIWZ, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że dostawca technologii NuReSys pod nazwą swojej technologii może stosować rozwiązania dostosowane do zróżnicowanych warunków pod względem rodzaju oczyszczanego medium, stężeń zanieczyszczeń, warunków lokalizacyjnych i uwarunkowań techniczno- technologicznych na obiekcie, ponieważ obciążany ciężarem dowodu odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej. Jak również nie wykazano, aby na kanwie SIWZ, zamawiający wymagał konkretnego w omawianym warunku rodzaju oczyszczalni, więc doświadczenie przystępującego z oczyszczalni przemysłowej, oczyszczającej ścieki z przetwórstwa ziemniaków, wypełnia wymóg zamawiającego.

Ponadto, przystępujący zaoferował zamawiającemu technologię z modyfikacjami w stosunku do technologii z instalacji z wykazu, czego odwołujący nie kwestionował. Jedynie na marginesie należy zaznaczyć, że tutaj także brzmienie dokumentacji przetargu nie uprawnia do dokonywania arbitralnej oceny rozwiązań technicznych na obiektach referencyjnych i weryfikacji czy rozwiązania technologiczne, materiałowe, wyposażenia urządzeń, itp. we wskazanych obiektach mieszczą się w dopuszczonym zakresie „modyfikacji wprowadzonych przez dostawcę/producenta technologii", czy też mogą stanowić podstawę do uznania, że jest to zupełnie inna technologia. Aby próbować porównywać parametry wskazane przez odwołującego, wpierw musiałby istnieć merytoryczna treść SIWZ kwantyfikująca modyfikacje dostawcy, a następnie możliwa byłaby ocena czy zmiana jest dopuszczalna, czy też nie jest. W szczególności, że skład orzekający podziela stanowisko przystępującego, że istniejące różnice pomiędzy instalacjami referencyjnymi, wskazywane przez odwołującego, wynikają z dostosowywania instalacji do różnych potrzeb szczegółowych, na co pozwala elastyczność techniczno-procesowa systemu oferowanego przez NuReSys. Wprowadzane są udoskonalenia, które nie podważają możliwości wykazywania się doświadczeniem w realizacji każdej poprzedniej instalacji, a stanowią one modyfikacje o którym mowa w warunku dokumentacji, jak również zaoferowane rozwiązanie to system w technologii NuReSys, dostosowany do wymagań i warunków tego konkretnego zamawiającego.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie podważył oceny zamawiającego w zakresie spełnienia przez przystępującego warunku posiadania odpowiedniej zdolności z lit. c pkt 5.1.3.1 SIWZ. Zamawiający prawidłowo ocenił przedstawione doświadczenie jako spełniające wymóg wskazany w treści dokumentacji przetargu. Wezwanie w trybie naprawczym, którego żądał odwołujący nie posiada uzasadnionych podstaw, a postulowana weryfikacja byłaby bezprawna, bowiem nie wynika ona z brzmienia warunku, co jest konieczne dla uruchomienia procedury z art. 26 ust. 3 p.z.p. Omawiany zarzut został zatem przez Izbę oddalony.

W zakresie zarzutu nr 9 z petitum odwołania - naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z § 14 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm)., poprzez zaniechanie zastosowania w stosunku do dokumentów przedłożonych przez przystępującego na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu, na zasobach którego polega, pomimo tego, iż dokumenty te zostały przedstawione w kopii elektronicznej poświadczonej za zgodność z oryginałem przez przystępującego, a nie przez podmiot trzeci - Izba stwierdziła jak niżej.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z aktami postępowania odwoławczego, przystępujący w dniu 18 maja 2020 r. samodzielnie uzupełnił oświadczenie podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega w zakresie wykazania potencjału zawodowego - NuReSys Nutrients Recovery Systems BVBA w Deerlijk (Belgia) - dotyczące wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, prawidłowo podpisane przez osobę upragnioną do składania oświadczeń w imieniu podmiotu trzeciego (pan W.M.). Zatem zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i jako niepotwierdzony w materiale procesowym został przez

Izbę oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza włączyła w poczet materiału dowodowego złożone przez odwołującego: kopię artykułu pana M.W. wraz z tłumaczeniem, prezentację NuReSys i dwie opinie prywatne. Skład orzekający stwierdził, że aby dowody te były w ogóle przydatne do rozstrzygnięcia okoliczności, które mogłyby okazać się istotne dla sporu, najpierw odwołujący musiałby wykazać, że ferowane przez niego rozumienie wykazania spełnienia warunku udziału w przetargu w zakresie technologii wynika z SIWZ, czego nie uczyniono.

Dowody te również pomijają, że przystępujący wykazał spełnienie warunku poprzez uprawnioną modyfikację technologii, czego nie podważano w odwołaniu. Dodatkowo, w zakresie opinii prywatnych należy zauważyć, że odwołujący usiłował wykorzystać możliwość złożenia dowodów do uzupełnienia odwołania, po terminie na jego złożenie. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 p.z.p. odwołanie powinno wskazywać okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony, zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór
0prawdziwości przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania, co czynią obie opinie, znacząco wykraczając poza wniesiony środek zaskarżenia i postawione w nim zarzuty.

Ponadto, Izba oddaliła wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego „na okoliczność sprzeczności treści oferty przystępującego z wymaganiami opisanymi PFU w zakresie aspektów technicznych wynikających z tej oferty wskazanych w zarzutach 1-6". Pomijając już brak potwierdzenia w dokumentacji przetargu, że koncepcja stanowi treść oferty, konieczne wydaje się przypomnienie, że dowody w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą są powoływane na okoliczność stwierdzenia faktów (art. 190 ust.
1p.z.p.). Natomiast wnioski dowodowe powoływane na okoliczność sądów, ocen, wyrażenia stanowiska co do tego jak należy coś interpretować (w tym SIWZ, czy dokumenty wykonawcy) są z zasady niedopuszczalne, jako nieznane procedurze postępowania przed Izbą. Dowód z opinii biegłego ma z założenia służyć wykazaniu okoliczności wymagających specjalistycznej wiedzy - w sytuacji, w której bez tej wiedzy ustalenie elementu stanu faktycznego nie jest możliwe, a w konsekwencji nie byłoby możliwe bez tej wiedzy, na podstawie całokształtu zgromadzonego materiału, rozstrzygnięcie okoliczności, która zaważa na wyniku postępowania. Powołanie dowodu z opinii biegłego nie może tymczasem zastąpić strony w procesie dowodzenia, poprzez próbę wykorzystania go do weryfikacji subiektywnych przekonań i ocen opartych na błędnym rozumieniu pozostałego materiału dowodowego. Podobny zresztą charakter mają przedstawione przez stronę dwie opinie prywatne, które zamiast wykazywać fakty, stanowią próbę transponowania do materiału dowodowego ocen i przekonań autorów opinii prywatnych, które nie znajdują powiązania z dokumentacją postępowania.

W zakresie dowodu złożonego przez przystępującego w postaci oświadczenia pana M.W. dowód ten byłby przydatny jako ewentualny kontrdowód, gdyby odwołujący wykazał, że parametry techniczne i technologiczne przez niego wskazane, a mające świadczyć o różnych technologiach zaoferowanych w ofercie i w warunku przez przystępującego, miały odzwierciedlenie w SIWZ. Dowód ten wykazuje bowiem zgodność technologii z instalacji z wykazu robót z technologią z oferty. Ustalenie to nie odgrywa zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ odwołujący nie przeciwstawił mu żadnych dowodów, z którymi można byłoby je skonfrontować. Innymi słowy, aby oceniać czy przedmiotowe oświadczenie jest przydatne dla ustalenia, że w istocie technologia nie uległa zmianie, konieczne byłoby najpierw wykazanie przez odwołującego, że istnieją parametry dla dokonania takiej oceny, czego odwołujący wykazać nie zdołał, albowiem dokumentacja postępowania w treści warunku udziału w przetargu takich parametrów nie zawiera. Skoro zatem nie istniały parametry oceny zgodności technologii, to też i czynienie zamawiającemu zarzutu, że wadliwie ocenił tą zgodność było treściowo puste, a żadne dalsze okoliczności merytoryczne nie mogły odegrać dla rozstrzygnięcia żadnego znaczenia.

Natomiast dowody złożone przez odwołującego, które stanowiły dokumentację postępowania, już się ex lege znajdował w aktach sprawy (vide § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r., poz. 1092 ze zm.)).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do

wyniku postępowania - obciążając odwołującego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) złożył się uiszczony przez wykonawcę wpis od odwołania.

Przewodniczący:

Członkowie: