Sygn. akt: KIO 800/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Aleksandra Patyk
Anna Chudzik
Elżbieta Dobrenko

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Hidrofilt Sp. z o.o.
z siedzibą w Gliwicach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Świnoujście
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Envirotech Sp. z o.o.
z siedzibą w Poznaniu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Gminę Miasto Świnoujście i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Naftoremont-Naftobudowa
Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Hidrofilt Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Gminę Miasto Świnoujście tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego – Gminy Miasta Świnoujście na rzecz odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Hidrofilt Sp. z o.o. z siedzibą
w Gliwicach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę
23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……..
……..
……..

Sygn. akt: KIO 800/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Miasto Świnoujście [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetarg nieograniczonego na *budowę stacji uzdatniania wody powierzchniowej słonawej w Świnoujściu wraz*
z infrastrukturą (znak postępowania: BZP.271.1.4.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 025-072851.

W dniu 11 marca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Naftoremont-Naftobudowa Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, Hidrofilt Sp. z o.o.
z siedzibą w Gliwicach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Envirotech, pomimo ziszczenia się w stosunku do oferty tego wykonawcy przesłanek, o których mowa
w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wynikających z niezgodności oferty z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia

(„SWZ") w zakresie pkt. B.1.1.2. Programu Funkcjonalno – Użytkowego („PFU"), gdzie określono kryteria efektywności układu, dla których to kryteriów Zamawiający przyjął, iż usunięcie chlorków w wodzie nie może być mniejsze niż 98% (bez względu na temperaturę wody), podczas gdy z opinii Politechniki Poznańskiej, która oceniała dokumenty złożone przez Envirotech (utajnione dla uczestników Postępowania), wynika, iż Envirotech nie dotrzymał tego poziomu i w warunkach letnich stężenie chlorków w wodzie, przy zaoferowanej przez Envirotech koncepcji procesu odwrócej osmozy (odsalania), wynosi 95% (a nie jak wymaga tego Zamawiający w PFU – 98%);

ewentualnie, tj. na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że odrzucenie oferty Envirotech jest niezasadne

2. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 Pzp poprzez przyznanie ofercie złożonej przez Envirotech 21 punktów w ramach pozacenowego kryterium Koszty eksploatacyjne (Koszt Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody w okresie 5-letnim), gdy tymczasem Envirotech zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu membran XLE440, które nie są przeznaczone do pracy w warunkach wskazanych przez Zamawiającego

i jednocześnie ich praca nie gwarantuje uzyskania odpowiednich wskaźników usunięcia chlorków w odsalanej wodzie (membrany XLE-440 nie doprowadzą do usunięcia chlorków na poziomie 98%), co powinno skutkować przyznaniem ofercie Envirotech w zakresie tego kryterium 0 punktów, albowiem całość wyliczeń tego kryterium oparta została na urządzeniu (membranie) nie gwarantującej uzyskania kosztów w wysokości przedstawionej w ofercie Envirotech; a w konsekwencji powyższego;

3. art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności

i przejrzystości.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Envirotech jako najkorzystniejszej

w Postępowaniu;

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3. odrzucenie oferty Envirotech jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia; ewentualnie, tj. na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Envirotech;

4. przyznanie ofercie Envirotech 0 punktów w ramach kryterium Koszty eksploatacyjne (Koszt Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody w okresie 5- letnim).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący zwrócił uwagę, iż niniejsze odwołanie nie jest pierwszym kwestionującym wybór oferty Envirotech przez Zamawiającego. Odwołujący kwestionował już pierwotną decyzję Zamawiającego w odwołaniu z dnia 27 lipca 2023 r., które rozpatrywane było przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. KIO 2200/23.

W ramach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 2200/23 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Envirotech z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, dokonanie nieprawidłowej oceny oferty tego wykonawcy w zakresie kryterium oceny ofert – Koszty eksploatacyjne (Koszt Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody w okresie 5-letnim) oraz, ewentualnie, zaniechanie wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień treści jego oferty. Zarzuty Odwołującego sprowadzały się wówczas do wykazania, iż wartości przyjęte przez Envirotech w ramach Kosztów Eksploatacyjnych (których wynik stanowił kryterium oceny ofert – im niższe koszty, tym większa liczba punktów) nie uwzględniają wskaźników wskazanych przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia, tj. maksymalnej wartości zasolenia wody surowej w wysokości 4000 mg Cl/l oraz temperaturę wody, której dochodzić miało do odsalania wody o wartości 4000 mg Cl/l , tj. 18 st. C (dla warunków letnich) oraz 4 st. C (dla warunków zimowych).

Wykonawcy, przy wyliczeniu kosztów w zakresie kryterium eksploatacyjnego, nie mieli swobody w zakresie zmiany czy swobodnego doboru tych wskaźników. W świetle dokumentacji zamówienia wskaźniki te miały pozostawać takie same dla wszystkich wykonawców, tak by dokonując oceny powyższego kryterium oceny ofert Zamawiający mógł mieć gwarancję porównywalności wszystkich złożonych w Postępowaniu ofert.

Co istotne – to właśnie powyższe parametry (temperatura wody oraz jej zasolenie) wpływają na poziom energochłonności – a zatem na koszty eksploatacyjne. Im bowiem wyższe zasolenie wody, tym więcej energii pochłania proces odsalania tej wody. Analogicznie dzieje się w okolicznościach niskiej temperatury wody – również ten parametr wpływa na zwiększenie energochłonności całego procesu. Dla zapewnienia prawidłowego przebiegu Postępowania (oraz porównywalności ofert) okolicznością kluczową jest więc, aby każdy z wykonawców składających ofertę w Postępowaniu przyjął tożsame (wyjściowe, narzucone w treści PFU) parametry dla obliczeń istotnych z perspektywy analizowanego kryterium oceny ofert.

Odwołujący dokonując oceny oferty Envirotech dostrzegł, iż nie jest możliwym osiągnięcie parametru zużycia energii na poziomie wskazanym przez Envirotech

z załączniku do jego oferty (tj. zużycie energii w okresie letnim na poziomie 1,073 kWh/m3,

a w warunkach zimowych – 1,326 kWh/m3). Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, iż taki wynik energochłonności wskazuje na posłużenie się przez Envirotech wskaźnikami, które podane zostały przez Zamawiającego w niewiążącej Koncepcji techniczno-technologiczna SUW Świnoujście 11-2017 („Koncepcja"), nie zaś wartościami wskazanymi w PFU (Koncepcja przedstawiała bowiem znacznie niższe niż PFU poziomy zasolenia).

Koncepcja zawiera szereg informacji na temat planowanej inwestycji i mogła być pomocniczo wykorzystywana przez wykonawców na etapie opracowywania oferty. Nie mogła jednak być traktowana jako wiążące źródło wiedzy na temat parametrów, które wykonawcy winni wziąć pod uwagę w kontekście obliczeń Kryterium KE, te bowiem diametralnie różnią się od narzuconych przez Zamawiającego. Jak wynika ze str. 112 Koncepcji przyjęto w jej treści poziom zasolenia niemal trzykrotnie niższy (1350 mg/litr) od wskazanego we wiążącym PFU. Przy podstawieniu danych z Koncepcji (a zatem niższych niż te, które były wiążące dla wszystkich wykonawców), wartości energochłonności pozostały zbliżone do tych zaoferowanych przez Envirotech.

Po przeprowadzeniu rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp. Izba, po zapoznaniu się
z dokumentacją Postępowania oraz dowodami wskazującymi na istotne wątpliwości
w przyjętych przez Envirotech wartościach stwierdziła, iż koniecznym jest zbadanie, czy podane przez Zamawiającego parametry (wartość zasolenia oraz temperatura wody
w okresie letnim i zimowym) zostały rzeczywiście uwzględnione przez Envirotech i czy jest On w stanie zaprojektować i zbudować stację uzdatniania wody, która jest w stanie osiągnąć tak korzystne i konkurencyjne wskaźniki zużycia energii (podane w ofercie).

Powyższym rozstrzygnięciem Izba dała jednocześnie wyraz temu, iż Zamawiający nie dokonał dokładnego zbadania oferty Envirotech i w sposób nieuprawniony przyznał temu wykonawcy maksymalną liczbę punktów w zakresie kryterium oceny ofert odnoszącego się do kosztów eksploatacyjnych. Izba wskazała bowiem, że: *„na obecnym etapie, nie można stwierdzić, czy wartość współczynnika energochłonności podana przez Envirotech jest prawidłowa, w tym sensie, że uwzględnia założenia zamawiającego (temperaturę
i zasolenie), a urządzenia dobrano w taki sposób, że umożliwiają uzyskanie takiej wartości, czy może przystępujący przyjął korzystniejszej założenia, niż w podane w SWZ".*

W wyniku wydanego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający unieważnił wybór oferty Envirotech i pismem z dnia 12 października 2023 r. Zamawiający wezwał Envirotech do wyjaśnień treści oferty w zakresie przyjętych założeń do kalkulacji energochłonności. Pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Envirotech do kolejnych, dodatkowych wyjaśnień, które miały stanowić uzupełnienie wyjaśnień złożonych przez Envirotech w dniu 3 listopada 2023 roku. Envirotech złożył wyjaśnienia, które zostały przez niego utajnione w zakresie kluczowym dla ustalenia przyjętych (wynikających z PFU) parametrów.

Po przeprowadzaniu procedury wyjaśniającej Zamawiający wystąpił do podmiotu zewnętrznego – Wydziału Inżynierii Środowiska i Instalacji Budowlanych Politechniki Poznańskiej o opinię, przedmiotem której była „Ekspertyza naukowotechniczna dotycząca analizy i oceny poprawności metodyki doboru membran układu odwróconej osmozy (RO)
i energochłonności pomp tego układu dla projektowej SUW „Wydrzany II" pod kątem spełnienia warunków zgodności parametrów wejściowych i wyjściowych przyjętych
w zapisach PFU dla realizacji zadania – „Budowa stacji uzdatniania wody powierzchniowej słonawej w Świnoujściu wraz z infrastrukturą" („Opinia", „Ekspertyza"). W ramach dygresji warto dostrzec w tym miejscu, iż Zamawiający, po raz kolejny w Postępowaniu, nie jest
w stanie samodzielnie ustalić czy Envirotech potwierdził spełnienie narzuconych przez samego Zamawiającego wymagań.

W treści Opinii Politechnika Poznańska dokonała oceny wymogów przetargowych oraz przyrównała je do parametrów zaoferowanych przez wykonawców ubiegających się
o zamówienie w tym Postępowaniu. Nie sposób w tym zakresie jednak uciec od refleksji, iż powyższa Opinia ukierunkowana została na potwierdzenie (rzekomej) prawidłowości wyboru oferty Envirotech. Ekspertyza w swoim ogólnym założeniu wskazuje na prawidłowość przyjętych przez Envirotech założeń (w tym znaczeniu, iż założenia przyjęte przez Envirotech zapewniają wykonanie przedmiotu zamówienia). To jednak na tle powyższej Ekspertyzy uwypuklona została de facto (przez autorów Opinii) niezgodność oferty Envirotech z postawionymi w Postępowaniu warunkami zamówienia. Pomimo utajnienia przez Envirotech wyjaśnień, które to wyjaśnienia rozstrzygnąć miały czy Envirotech przyjął prawidłowe (takie same jak pozostali oferenci) parametry do swoich wyliczeń, rezultaty tych założeń znalazły odzwierciedlenie w Opinii, która, choć utajnia względem Odwołującego założenia Envirotech, nie utajnia już ich wyników oraz inny informacji pozwalających ponad wszelką wątpliwość uznać ofertę Envirotech za niezgodną z warunkami zamówienia.

Jak zostanie wykazane, oferta Envirotech (po raz kolejny) została w sposób nieprawidłowy oceniona przez

Zamawiającego. Zamawiający w sposób niestaranny, prowizoryczny i stojący w sprzeczności z własnymi wymogami ocenił pozytywnie ofertę Envirotech, mimo iż oferta tego wykonawcy nie może być traktowana jako odpowiadająca warunkom zamówienia (ale i także powszechnie obowiązującym normom). W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego cechuje brak wiedzy oraz potencjału technicznego pozwalającego skutecznie ocenić ofertę Envirotech. Zamawiający, pomimo otrzymania od Envirotech wyjaśnień odnoszących się bezpośrednio do wykazania spełnienia wymogów określonych dokumentami zamówienia, bezrefleksyjnie przyjął twierdzenia wynikające
z Opinii o zgodności oferty Envirotech z dokumentacją Postępowania, nie dostrzegając, iż
z samej Opinii wyprowadzony jest wniosek, iż oferta Envirotech nie spełnia istotnego wymogu dot. poziomu stężenia chlorków z odsalanej wodzie.

Odwołujący wskazał, iż w punkcie B.1.1.2 PFU [Wymagania dotyczące procesu uzdatniania wody] Zamawiający określił kryteria efektywności układu (procesu technologicznego odsalania wody). W treści tego punktu Zamawiający wskazał, że poziom usunięcia chlorków (zasolenia) nie może być mniejszy niż 98%. Powyższy limit musi być utrzymany w każdej temperaturze wody, tj. zarówno w warunkach letnich – 18 st. C, jak
i w warunkach zimowych – 4 st. C. Odwołujący wskazał, że powyższe postanowienie oznacza dodatkowo, iż stężenie chlorków w wodzie odsolonej nie może przekroczyć 2%
z 4000 mg/L2 , tj. może wynieść 80 mg chlorków w litrze wody bez względu na temperaturę wody. Powyższe limity mają tym dalsze znaczenie, albowiem nie stanowią one jedynie materii formalnej, tj. samych wymogów Zamawiającego, ale przede wszystkim służą bezpieczeństwu i zdrowiu. Zgodnie z obowiązującymi wymogi prawnymi, najwyższe dopuszczalne stężenie chlorków w wodzie przeznaczonej do picia nie może przekroczyć 250 mg/l.

Odwołujący wskazał, iż analiza treści Ekspertyzy prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż rozwiązania, które przyjął Envirotech w swojej ofercie nie pozwalają utrzymać ustalonego przez Zamawiającego poziomu usunięcia chlorków w wysokości 98%. Ekspertyza wprost bowiem wskazuje, że przyjęty (zaoferowany) przez Envirotech model membrany – XLE-440 powoduje spadek stężenia chlorków jedynie na ok. 95%, co oznacza, że wartość tego stężenia nie wyniesie oczekiwanych 80 mg/l, ale już ponad 200 mg/l. Odwołujący przedstawiał stosowny fragment Ekspertyzy, gdzie wprost – w ocenie Wykonawcy - wskazano na nieprawidłowe parametry oferty Envirotech.

Skoro zatem specjaliści z Politechniki Poznańskiej badający i weryfikujący dane, które przyjęte zostały przez Envirotech, doszli do jednoznaczny wniosków, że dane te nie gwarantują utrzymania odpowiedniego, narzuconego przez Zamawiającego, limitu stężenia chlorków w wodzie, to nie jest możliwe uznanie, iż oferta ta spełnia warunki zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że to nie eksperci Politechniki Poznańskiej, lecz Zamawiający, dokonują oceny zgodności ofert z wymaganiami dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Brak w Ekspertyzie informacji o konieczności o odrzucenia oferty nie ma zatem znaczenia, nie taka jest rola i zadania stawiane przed zewnętrznymi ekspertami. Natomiast stwierdzenie przez Nich (w sposób niebudzący najmniejszych wątpliwości interpretacyjnych), że Envirotech gwarantuje spadek stężenia chlorków do poziomu niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego, prowadzić powinno do zastosowania sankcji w postaci odrzucenia oferty.

Przedstawiona przez Politechnikę Poznańską niezgodność oferty Envirotech potwierdza dodatkowo fakt, iż Envirotech zaoferował niewystarczające dla parametrów wskazanych przez Zamawiającego membrany. Envirotech zaoferował zastosowanie membrany XLE-440 (okoliczność bezsporna, potwierdzona w treści Ekspertyzy). W treści Opinii wprost dostrzeżono, że membrany te przeznaczone są do pracy przy niższych ciśnieniach oraz służą odsalaniu wód mniej zasolonych. Odwołujący przywołał w tym miejscu stosowny fragment opinii.

Skoro Ekspertyza wprost wskazuje, iż zaoferowane przez Envirotech membrany nie są przeznaczone do wód o wysokim stężeniu chlorków (soli) – str. 15 Opinii, zaś w ramach Postępowania należało przyjąć parametr tego stężenia na poziomie 4000 mg/l (bardzo wysokim), to już ta okoliczność świadczy o wadliwości oferty Envirotech i jednoznacznie potwierdza, iż membrany którymi posłużyć chce się Envirotech nie wystarczą do usunięcia chlorków na poziomie wymaganym dokumentacją Postępowania. Choć Odwołującemu nie są znane dane wyjściowe, które Envirotech przyjął do wyliczeń swoich parametrów, to nie ulega wątpliwościom, że przyjęte parametry i zaoferowane membrany nie gwarantują utrzymania odpowiedniego stężenia chlorków w wodzie.

Powyższa niezgodność tym dalej uzasadniałaby okoliczność utajnienia przez Envirotech wszystkich dokumentów, które pozwalałyby ocenić prawidłowość przyjętych wyjściowych parametrów. Utajnienie dziwi tym bardziej, iż po pierwsze – pozostali wykonawcy nie czynili z tej okoliczności tajemnicy przedsiębiorstwa, wszak informacje dotyczące przyjętych parametrów w istocie winny być informacjami wynikającymi z PFU
(a zatem parametry te powinny być przyjęte na tym samym poziomie przez wszystkich wykonawców). Po drugie, informacje w tym zakresie odnoszą się bezpośrednio do weryfikacji oferty w zakresie kryterium oceny oferty, a zatem są to informacje, z których przedstawieniem winien się liczyć każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, które cechuje się co do zasady jawnością.

Niepewność co do przyjętych rozwiązań/parametrów uzasadnia również fakt, iż nawet po otrzymaniu wyjaśnień

Envirotech, Zamawiający zdaje się nie był przekonany co do zawartych tam rozwiązań i przekazał ocenę koncepcji Envirotech Politechnice Poznańskiej. Choć powierzchowna lektura Ekspertyzy dawać by mogła (mylne) przekonanie o prawidłowym doborze membran i wskaźników przez Envirotech, to jednak nie uwzględnia ona (Opinia) kompleksowych wymogów Zamawiającego w PFU. Wobec powyższego stwierdzić należy, iż oferta Envirotech pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, albowiem Envirotech nie zaoferował parametrów (steżęnia usunięcia chlorków), których wymaga Zamawiający. Prowadzi to do wniosku, iż oferta Envirotech powinna zostać odrzucona z uwagi na zaistnienie przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (niezgodność z warunkami zamówienia).

Odwołujący wskazał, iż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej („KIO", „Izba") jednoznacznie rozstrzyga, że zastosowanie tego przepisu (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp) będzie uzasadnione, gdy dojdzie do merytorycznej (materialnej) wadliwości (niezgodności) oferty w relacji do oczekiwań zamawiającego wyrażonych w dokumentacji postępowania. Powołał się na wyrok z dnia 12 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1387/21.

Jednocześnie przy ocenie zasadności wykluczenia wykonawcy w oparciu o dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp należy poddać analizie porównawczej treść złożonej przez wykonawcę oferty oraz minimalnych oczekiwań Zamawiającego, wyrażonych m.in. dokumentem PFU. Jak wynika bowiem już z treści art. 103 ust. 3 Pzp, to właśnie PFU nakłada na wykonawców obowiązek zaoferowania przedmiotu zamówienia o określonej specyfikacji. Obowiązek spełnienia wymagań stawianych przez zamawiających w PFU został przy tym podkreślony m. in w wyroku Izby z dnia 4 października 2019 r. Sygn. akt KIO 1819/19.

Odwołujący w tym miejscu dostrzegł, iż niezależnie od formuły realizacji zamówienia, jaką w danej sytuacji obier zamawiający, oferta złożona przez każdego z wykonawców musi pozostawać w zgodzie z oczekiwaniami „gospodarz postępowania". W analizowanym przypadku oczekiwania te znalazły jednoznaczne odzwierciedlenie w treści PFU i stosunku do tych właśnie wymagań należy przeprowadzić ocenę złożonej przez Envirotech oferty. Zestawiając ze sobą tym miejscu ofertę złożoną przez Envirotech wraz z wymaganiami stawianymi w PFU w Postępowaniu, nie da się n dostrzec, iż oferta tego wykonawcy pozostaje bez wątpienia niezgodna z warunkami zamówienia i powinna zosta odrzucona.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności jednoznacznie przesądzają o niezgodności oferty Envirotech z warunkami zamówienia, jednak gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż powyżej opisana materia odnosi się wyłącznie do kwestii kryterium oceny ofert, Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającego na przyznaniu Envirotech 21 punktów w kryterium dot. kosztów eksploatacyjnych i nakazanie Zamawiającemu przyznanie temu wykonawcy 0 pkt w tym kryterium.

Zamawiający w dniu 21 marca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 21 marca 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący Envirotech, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 29 marca 2024 r. Odwołujący złożył replikę na odpowiedź Zamawiającego oraz Przystępującego.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. Zamawiający złożył replikę na pismo Odwołującego z dnia 29 marca 2024 r.

W dniu 4 kwietnia 2024 r. Przystępujący złożył replikę na pismo Odwołującego z dnia 29 marca 2024 r. Pismo zostało w części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [dalej „Przystępujący"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego Envirotech wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego, opinię Politechniki Poznańskiej oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 28 lutego 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 kwietnia 2024 r.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego sprawy oświadczenie firmy DuPont z dnia 6 marca 2023 r. wraz z materiałami źródłowymi oraz opinię prof. dr hab. inż. M.L. z dnia 21 marca 2024 r. złożone przez Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

W załączniku nr 2 do SWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy dla inwestycji „Budowa stacji uzdatniania wody powierzchniowej słonawej w Świnoujściu wraz z infrastrukturą" -w punkcie B.1.1.1. Charakterystyka ogólna Zamawiający podał, że:

Jako wartość obliczeniową dla doboru membran osmotycznych oraz wyliczenia współczynników energochłonności procesu uzdatniania, należy przyjąć maksymalną wartość za-solenia wody surowej w wysokości 4000 mg Cl/l.

W załączniku nr 2 do SWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy w punkcie B.1.1.2. Wymagania dotyczące procesu uzdatniania wody Zamawiający podał, że:

Za kryteria efektywności układu przyjmuje się:

(…)

- przygotowanie wody na membranach RO, tak by woda po tym procesie charakteryzowała się:
  - usunięciem chlorków na poziomie nie mniejszym niż 98 % (bez względu na temperaturę wody).Minimalny stopień usunięcia chlorków na poziomie 98 % należy spełnić dla okresu zimowego i letniego
  - całkowitym brakiem bakterii kałowych oraz ogólnej liczby mikroorganizmów w temp. 22 st. C.

W ramach kryterium oceny ofert Zamawiający wskazał, iż będzie punktował ofertę za tzw. koszty eksploatacyjne stacji uzdatniania wody, której budowa jest przedmiotem zamówienia. Zgodnie z rozdziałem XVIII pkt 2 SWZ:

2. Koszty eksploatacyjne (Koszt Cyklu życia Stacji Uzdatniania Wody w okresie 5-letnim) (KE)– waga 25pkt

Najwyżej w ramach tego kryterium zostanie oceniona oferta z najniższym kosztem eksploatacyjnym.

Podstawą do obliczenia kosztów eksploatacyjnych są wskaźniki wykazane przez Wykonawcę zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ - Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody

Maksymalna liczba punktów –25.

Liczba punktów zostanie wyliczona według następującego wzoru:

$KE_{ob} = [(EN_{min}/ EN_{ob}) \times 0,45 + (RSW_{min}/ RSW_{ob}) \times 0,20 + \{(F_{min}/ F_{ob}) \times 0,25 + (G_{min}/ G_{ob}) \times 0,15 + (H_{min}/ H_{ob}) \times 0,25 + (I_{min}/ I_{ob}) \times 0,10 + (J_{min}/ J_{ob}) \times 0,25\} \times 0,35] \times 25$ pkt, gdzie:

KE_{ob} – liczba punktów, w kryterium koszty eksploatacyjne danej oferty

$EN_{min}, RSW_{min}, F_{min}, G_{min}, H_{min}, I_{min}, J_{min}$ – najniższe koszty eksploatacyjne (cząstkowe) spośród ocenianych ofert :

$EN_{ob}, RSW_{ob}, F_{ob}, G_{ob}, H_{ob}, I_{ob}, J_{ob}$ – koszty eksploatacyjne (cząstkowe) oferty ocenianej

Wszystkie oceny w tym kryterium będą wyliczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Do kosztów cząstkowych należą:

EN- Średnie jednostkowe zużycie energii

RSW - straty wody

F- Koszt wymiany membran RO

G- Koszt ClPowania membran

H- Koszt wymiany membran UF

I- Koszt wymiany złóż filtracyjnych

J- Zryczałtowane pozostałe koszty serwisowania SUW

Wykonawca określa koszty cząstkowe zgodnie z wytycznymi podanymi w Załączniku 3 do SWZ„Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody".

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty złożyło trzech wykonawców.

W dniu 12 października 2023 r. Zamawiający wezwał Envirotech w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie Średniorocznego wskaźnika zużycia energii (EN) wskazanego w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 3 do SWZ Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody (KCZ). W dalszej części pisma Zamawiający sprecyzował swoje wymagania wobec Envirotech.

Pismem z dnia 3 listopada 2023 r. Envirotech złożył stosowne wyjaśnienia i dokumenty, które w części zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Envirotech na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dalszych wyjaśnień treści oferty w zakresie Średniorocznego wskaźnika zużycia energii (EN) wskazanego w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 3 do SWZ Sposób obliczenia Kosztu Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody (KCZ). Zamawiający w dalszej części pisma sprecyzował swoje wymagania wobec Envirotech.

Pismem z dnia 5 stycznia 2024 r. Envirotech złożył stosowne wyjaśnienia i dokumenty, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W toku postępowania Zamawiający zwrócił się do podmiotu zewnętrznego – Politechniki Poznańskiej Wydziału Inżynierii Środowiska i Energetyki o wydanie opinii
w przedmiocie *„Ekspertyza naukowo – techniczna dotycząca analizy i oceny poprawności metodyki doboru membran układu odwróconej osmozy (RO) i energochłonności pomp tego układu dla projektowej SUW „Wydrzany II" pod kątem spełnienia warunków zgodności parametrów wejściowych i wyjściowych przyjętych w zapisach PFU dla realizacji zadania – „Budowa stacji uzdatniania wody powierzchniowej słonawej w Świnoujściu wraz
z infrastrukturą".* – dokument zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa.
W dniu 28 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Envirotech, pomimo ziszczenia się w stosunku do oferty tego wykonawcy przesłanek, o których mowa w ww. przepisie wynikających z niezgodności oferty
z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie pkt. B.1.1.2. Programu Funkcjonalno – Użytkowego, a w konsekwencji zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp przez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.
Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna
z warunkami zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty
z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu
w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny
z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16)Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.
Po myśli art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.
Przedmiotem niniejszego sporu było rozstrzygnięcie, czy oferta wykonawcy Envirotech jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi w punkcie B.1.1.2. PFU, gdzie określono kryteria efektywności układu, dla których to kryteriów Zamawiający przyjął, iż usunięcie chlorków w wodzie nie może być mniejsze niż 98% (bez względu na temperaturę wody).
Odnosząc się do zarzutu odwołania w pierwszej kolejności w ocenie Izby zasadnym jest zwrócenie uwagi na dotychczasowy przebieg niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wcześniejsze postępowania odwoławcze oraz ich wynik,
w szczególności postępowanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2200/23.

Wyrokiem z dnia 14 sierpnia 2023 r. sygn. akt: KIO 2200/23 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemunakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Envirotech Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - do wyjaśnień treści oferty w zakresie: sposobu obliczenia Kosztu Cyklu życia Stacji Uzdatniania Wody w okresie 5-letnim (KE),

w szczególności wyjaśnienia sposobu dokonania obliczeń i przyjętych założeń, prowadzących do uzyskania określonych wartości wskaźników poszczególnych kosztów eksploatacyjnych wskazanych przez tego wykonawcę w załączniku nr 3 do SWZ, stanowiącego załącznik do oferty, ze szczególnym uwzględnieniem wyjaśnień co do założeń, danych i warunków, jakie przyjął wykonawca przy obliczaniu wartości kosztu średniego jednostkowego zużycia energii (EN). Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku *„na obecnym etapie, nie można stwierdzić, czy wartość współczynnika energochłonności podana przez Envirotech jest prawidłowa, w tym sensie, że uwzględnia założenia zamawiającego (temperaturę i zasolenie), a urządzenia dobrano w taki sposób, że umożliwiają uzyskanie takiej wartości, czy może przystępujący przyjął korzystniejsze założenia, niż podane w SWZ. Powyższe kwestie powinny zostać ustalone w toku postępowania wyjaśniającego."* Na mocy ww. wyroku konieczne było zatem zbadanie przez Zamawiającego, czy podane w dokumentach zamówienia parametry, w szczególności wartość zasolenia zostały uwzględnione przez Envirotech w ofercie, a w konsekwencji, czy wykonawca jest w stanie zaprojektować i zbudować stację uzdatniania wody, która jest w stanie osiągnąć wskaźniki zużycia energii podane w ofercie. Izba podważyła tym samym ocenę oferty Envirotech w kryterium dotyczącym kosztów eksploatacyjnych stacji uzdatniania wody i nakazała Zamawiającemu jej powtórzenie, w tym wezwanie Envirotech do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W wykonaniu powyższego wyroku Izby, Zamawiający unieważnił wybór oferty Envirotech i dwukrotnie – pismem z dnia 12 października 2023 r. oraz z dnia 20 grudnia 2023 r. - wezwał Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Wezwanie skierowane do Przystępującego nakładało na Envirotech obowiązek złożenia rzetelnych wyjaśnień treści oferty. Wykonawca Envirotech złożył stosowne wyjaśnienia, które w części objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa.

Co istotne, oferta Envirotech wraz z wyjaśnieniami złożonymi w toku postępowania stała się przedmiotem oceny podmiotu zewnętrznego – Politechniki Poznańskiej, Wydziału Inżynierii Środowiska i Energetyki, która wydała opinię w przedmiocie *„Ekspertyza naukowo – techniczna dotycząca analizy i oceny poprawności metodyki doboru membran układu odwróconej osmozy (RO) i energochłonności pomp tego układu dla projektowej SUW „Wydrzany II" pod kątem spełnienia warunków zgodności parametrów wejściowych i wyjściowych przyjętych w zapisach PFU dla realizacji zadania – „Budowa stacji uzdatniania wody powierzchniowej słonawej w Świnoujściu wraz z infrastrukturą".* Wnioski płynące z tej opinii były sporne między Stronami postępowania odwoławczego. Odwołujący stał na stanowisku, iż z opinii Politechniki Poznańskiej, która oceniała dokumenty złożone przez Envirotech w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wynika, iż Wykonawca ten nie dotrzymał poziomu zasolenia i w warunkach letnich stężenie chlorków w wodzie, przy zaoferowanej przez Envirotech koncepcji procesu odwróconej osmozy (odsalania), wynosi 95%, a nie jak wymaga tego Zamawiający w PFU – 98%. Odwołujący podkreślał, że to autorzy opinii uwypuklili w jej treści niezgodność oferty Envirotech z warunkami zamówienia, a ogólne założenie opinii wskazujące na prawidłowość przyjętych przez Wykonawcę założeń – w tym znaczeniu, iż założenia Envirotech zapewniają wykonanie przedmiotu zamówienia, jest irrelewantne. Z kolei Zamawiający oraz Przystępujący akcentowali, że Odwołujący wyrywkowo czyta opinię Politechniki Poznańskiej oraz wyciąga z niej błędne wnioski z uwagi na brak dostępu do pełnej treści ekspertyzy oraz wyjaśnień złożonych przez Envirotech w toku postępowania zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym zasadnicza oś sporu koncentrowała się wokół twierdzeń i wniosków zawartych w opinii Politechniki Poznańskiej, w tym w szczególności przyjętej przez autorów opinii klasyfikacji wiarygodności metod weryfikacji hipotez.

Przechodząc następnie do oceny zgodności oferty Envirotech z warunkami zamówienia Izba ustaliła, że niesporne między Stronami było, że w punkcie B.1.1.2. PFU Zamawiający wskazał, że poziom usunięcia chlorków (zasolenia) nie może być mniejszy niż 98% (bez względu na temperaturę wody). Minimalny stopień usunięcia chlorków na poziomie 98% należało spełnić dla okresu zimowego i letniego. Kolejno Izba ustaliła, iż w punkcie B.1.1.1. PFU wskazano, iż *„Jako wartość obliczeniową dla doboru membran osmotycznych oraz wyliczenia współczynników energochłonności procesu uzdatniania ,należy przyjąć maksymalną wartość zasolenia wody surowej w wysokości 4000 mg Cl/l."* Z powyższych postanowień bezspornie wynika, że stężenie chlorków w wodzie odsolonej nie może przekroczyć 2% z 4000 mg Cl/l, tj. mogło wynieść 80 mg chlorków w litrze wody, bez względu na jej temperaturę. Niesporne było również między Stronami, iż postanowienia SWZ przy wyliczeniu kryterium eksploatacyjnego nakładały na wszystkich wykonawców zamówienia przyjęcie tożsamych (jednakowych) założeń wynikających z dokumentacji zamówienia dotyczących m.in. wartości zasolenia wody surowej w wysokości 4000 mg Cl/l bez względu na temperaturę wody, co z kolei gwarantowało porównywalność złożonych w postępowaniu ofert. W kontekście powyższych, wiążących, postanowień dokumentów zamówienia oraz oceny zgodności oferty z wymogami zamówienia, bez znaczenia pozostają podnoszone w toku rozprawy przez przeciwników procesowych Odwołującego kwestie niższego zasolenia wody w rzeczywistości niż określone w PFU.

Kolejno Izba ustaliła, iż okoliczność bezsporną między Stronami był fakt, iż oferta Envirotech przy użyciu programu obliczeniowego WAVE nie spełnia wymogu dotyczącego poziomu odsolenia w warunkach letnich, co wynika wprost, w sposób jednoznaczny z opinii Politechniki Poznańskiej. W rzeczonej opinii czytamy:*„Z kolei dla tego okresu (letniego – przyp. Izby) dla przyjętej przez Envirotech membrany program obliczeniowy WAVE określa energochłonność procesu RO*

na (tajemnica przedsiębiorstwa – przyp. Izby), a więc jako najniższą. Jednakże zintegrowany z tą energochłonnością m.in. spadek stężenia chlorków szacowany jest jedynie na ok. 95%, czyli obniżenie tego stężenia z wartości początkowej 4000 mg/dm3 tylko do 203 mg/dm3 zamiast oczekiwanych 80 mg/dm3". Z opinii Politechniki Poznańskiej wynika zatem niewątpliwie, że limit stężenia chlorków w wodzie w okresie letnim nie zostanie spełniony przy przyjętych przez Envirotech założeniach tj. modelu membrany XLE - 440. Podkreślenia wymaga, iż ww. fragment opinii nie był podważany w toku rozprawy przez przeciwników procesowych Odwołującego, w szczególności Przystępującego, toteż Izba uznała tę okoliczność za bezsporną.

Dalsza część opinii zawiera analizę wyjaśnień Envirotech opartą na trzech zbiorach informacji, tj.: 1. Raporcie serwisowym firmy EUROWATER – Uzdatnianie Wody, zawierającym informacje eksploatacyjne dotyczące zainstalowanych w Polsce membran XLE - 440 w wielu instalacjach RO, 2. Raporcie serwisowym firmy EUROWATER – Uzdatnianie Wody, Stacji Odwróconej Osmozy zainstalowanej w Terminalach LNG w Świnoujściu. Raport ten przedstawia efekty pracy kontenerowej instalacji RO z membranami XLE 440 zainstalowanej w 2014 r. celem zasilania instalacji technologicznych Terminalu PLNG

w Świnoujściu, 3. Uwagi dotyczące formalnego znaczenia oprogramowania WAVE firmy DuPont, jako metody weryfikacji koncepcji rozwiązań, w których stwierdza się, iż wyniki tego programu nie powinny być interpretowane jako wiążące i w pełni wiarygodne, ponieważ producent membran ani dostawca oprogramowania nie biorą za nie pełnej odpowiedzialności.

Oceniając całokształt okoliczności sprawy, w tym stanowiska Stron i Uczestnika postępowania, Izba doszła do przekonania, że za rozstrzygającą pod kątem oceny zgodności oferty wykonawcy Envirotech z warunkami zamówienia nie może zostać uznana przyjęta przez autorów opinii klasyfikacja wiarygodności metod weryfikacji hipotez stawiająca wyniki doświadczeń eksploatacyjnych otrzymanych z dużej liczby monitorowanych instalacji w skali technicznej, przed wynikami eksperymentów symulacyjnych jako eksperymentów

z modelem procesu przy użyciu oprogramowania WAVE. Wyniki badań doświadczalnych

w skali badań pilotowych Izba uznała za nieznajdujące zastosowania w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Odnosząc się do pozytywnie zaopiniowanych przez autorów opinii raportów, na które powołał się wykonawca Envirotech w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach z dnia

5 stycznia 2024 r. skład orzekający stoi na stanowisku, iż doświadczenia Wykonawcy nabyte podczas realizacji innych inwestycji nie potwierdzają zgodności rozwiązań przyjętych przez Przystępującego w złożonej ofercie z warunkami zamówienia określonymi w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać należy, iż warunki realizacji każdej inwestycji są odmienne, odmienne są również założenia poszczególnych inwestorów

i nie jest właściwe przyjęcie prostego założenia, iż skoro Wykonawca posiada doświadczenie eksploatacyjne jednostek RO z membranami XLE-440, które w określonych warunkach osiągają zbliżone wyniki do oczekiwanych przez Zamawiającego w tym postępowaniu, to przesądza to o zgodności oferty Envirotech z warunkami tego zamówienia. Zdaniem Izby doświadczenia Przystępującego czy też podmiotu, z którym Wykonawca współpracuje przy realizacji podobnych inwestycji do będącej przedmiotem niniejszego postępowania

o udzielenie zamówienia, co najwyżej mogą wskazywać na potencjał danego podmiotu, jego doświadczenie. Nie potwierdzają one jednak zgodności oferty z warunkami konkretnego zamówienia publicznego.

Co więcej Izba wskazuje, iż pierwszy raport (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), na który powołał się wykonawca Envirotech nie pozwala na uznanie, iż parametry wody,

w jakich stosowana była przez firmę Eurowater membrana XLE-440, są tożsame

z warunkami przedmiotowego zamówienia, które uwzględnić powinien każdy wykonawca. Wskazać należy, iż ze złożonego raportu nie wynika kluczowy w tym postępowaniu parametr dotyczący zasolenia wody surowej w wysokości 4000 mg Cl/l. Z kolei parametr dotyczący temperatury wody odbiega od wymogów PFU (w okresie letnim -18 st. C, w okresie zimowym – 4 st. C). Ponadto z opinii Politechniki Poznańskiej wynika, iż*„raport pierwszy prezentuje doświadczenia firmy EUROWATER z eksploatacji ponad (tajemnica przedsiębiorstwa – przyp. Izby) instalacji RO z membranami XLE-440 wykonanymi w Polsce (do 2022) do odsalania wód słonawych (…)"*, podczas gdy raportem objęte były nie tylko wody słonawe jak wskazano w opinii, lecz trzy typy wody surowej.

Co się z kolei tyczy drugiego raportu wykonawcy Envirotech również objętego tajemnicą przedsiębiorstwa wskazać należy, iż informacje płynące z raportu serwisowego stacji odwróconej osmozy zainstalowanej w Terminalu LNG w Świnoujściu, dotyczą wyników z tej właśnie stacji. Nie są to wyniki, które obejmują parametry z PFU, a to przecież te parametry stanowiły wiążące wykonawców wymagania. Ponadto sami autorzy opinii wskazują, że parametry instalacji używanej w Terminalu LNG w Świnoujściu nie są identyczne do tych narzuconych przez Zamawiającego, lecz, co najwyżej, można tu mówić

o podobieństwie. Ponadto Izba wskazuje, iż wynikające z raportu założenia dotyczące zasolenia oraz temperatury wody są jedynie zbliżone (podobne) do wymagań Zamawiającego zawartych w dokumentach zamówienia.

Podsumowując oba raporty, na które powołał się Przystępujący Envirotech nie odnoszą się do niniejszego postępowania, ani nie referują do parametrów PFU, które uwzględnić powinien każdy wykonawca w swojej ofercie, w szczególności dotyczących zasolenia wody surowej oraz temperatury wody. Są do dokumenty przedstawiające zupełnie inne dane, parametry i przede wszystkim – inne inwestycje. Raporty te nie weryfikują pracy membran XLE-440 przy parametrach

zawartych w PFU, w szczególności narzuconego stopnia zasolenia – 4000 mg chlorków/litr.
Przechodząc następnie do kwestii oprogramowania WAVE i wyników obliczeń w tym narzędziu, które w ocenie Zamawiającego i Przystępującego, a także autorów opinii nie mają charakteru wiążącego, ponieważ są jedynie symulacją Izba wskazuje, iż nie podzieliła powyższego stanowiska. Niesporne między Stronami było, że program WAVE jest narzędziem do sporządzania obliczeń technologicznych układów membranowych. Program ten jak wyjaśnił Odwołujący to *„podstawowe, a zarazem najbardziej dokładne i powszechnie stosowane narzędzie do projektowania układów membranowych, które są min. przedmiotem tego Postępowania. Jest to narzędzie używane przez firmy na całym świecie zajmujące się projektowaniem, wykonawstwem i eksploatacją instalacji membranowych, a zwłaszcza odwróconej osmozy przy wykorzystaniu produktów firmy Dupont. Prawidłowo wykonane obliczenia programu WAVE charakteryzują się dużą dokładnością, z tego względu, iż program ten umożliwia wprowadzenie konkretnych parametrów, specyficznych dla danego projektu (tak np. właśnie temperatura wody czy stopień zasolenia). Dzięki wysokiej dokładności działania tego oprogramowania producent membran jest w stanie udzielić gwarancji technicznej i technologicznej użytkownikowi w zakresie efektu technologicznego (stopień usunięcia soli, energochłonność procesu), jak i żywotności membran."*
Powyższe stanowisko nie było kwestionowane przez Zamawiającego oraz Przystępującego.
Co kluczowe, poza sporem było także, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia wszyscy wykonawcy opierali dobór urządzeń w oparciu o ten sam program, co wynikało z zastosowania membran tego samego producenta tj. firmy DuPont. Powyższe potwierdzają także wyjaśnienia Przystępującego z dnia 3 listopada 2023 r. oraz z dnia
5 stycznia 2024 r. objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Ponadto sam Przystępujący posługiwał się w wynikami z tego programu w toku poprzedniego postępowania odwoławczego (sygn. akt: KIO 2200/23), próbując odeprzeć twierdzenia Odwołującego. Na tamtym etapie postępowania nie budził zatem wątpliwości Zamawiającego oraz Przystępującego Envirotech „symulacyjny" czy „niewiążący" charakter oprogramowania WAVE. Co więcej, sam Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Przystępującego pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. oczekiwał od Wykonawcy dostarczenia ścisłych danych, potwierdzonych np. symulacją komputerową bazującą na programie doboru membran, na temat zawartości chlorków
w permeacie po procesie odwróconej osmozy wody o parametrach na wejściu do stacji określonych w PFU dla obu przypadków temperatury wody, tj. 4 st. C i 18 st. C. Niezrozumiałe jest zatem umniejszanie na obecnym etapie postępowania przez przeciwników procesowych Odwołującego wyników obliczeń programu WAVE firmy DuPont, jak i w rezultacie opinii Politechniki Poznańskiej, tym bardziej, że jak już wskazano powyżej sam Przystępujący korzystał ww. oprogramowania przy obliczeniach energochłonności, co potwierdzają złożone w toku postępowania wyjaśnienia. Zamawiający natomiast w wezwaniu z dnia 20 grudnia 2023 r. oczekiwał właśnie np. symulacji komputerowej bazującej na programie doboru membran. Ponadto wskazać należy, iż Przystępujący oraz Zamawiający, którzy podważali możliwość opierania się na wynikach programu WAVE z uwagi na ich symulacyjnych charakter, nieodzwierciedlający warunków rzeczywistych, nie wykazali
w toku postępowania odwoławczego, aby istniał inny sposób czy też inne narzędzie bardziej miarodajne dla wykazania obliczeń i założeń Zamawiającego przyjętych w PFU.
Odnosząc się do akcentowanej przez Zamawiającego oraz Przystępującego klauzuli firmy DuPont zawartej w wynikach programu WAVE wskazać należy, iż Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że tego rodzaju zastrzeżenie stanowi standardową klauzulę
w tego typu dokumentach. Zgodzić należy się z odwołującym się Wykonawcą, iż trudno sobie wyobrazić, aby producent rozwiązania był gwarantem dla każdego z wykonanych doborów i symulacji, a przez to ponosił odpowiedzialność za rzetelność (czy też nierzetelność) wykonanych obliczeń. Jak wyjaśnił Odwołujący, zastrzeżenie to ma na celu ochronę firmy DuPont przed skutkami symulacji, które wykonane zostały przez osoby nie znające specyfiki procesów membranowych, i których niewystarczająca wiedza może doprowadzić do wadliwych wyników. Trudno przedmiotową klauzulę odczytywać w sposób tak rygorystyczny, jak chciałby tego Zamawiający czy Przystępujący, tj. poprzez odrzucenie wyników programu WAVE tylko z powodu zawarcia przez producenta programu zastrzeżenia o przeniesieniu odpowiedzialności za wyniki tego programu w przypadku sporządzenia symulacji przez klienta.
Na koniec Izba uznała złożone przez Odwołującego oświadczenie firmy DuPont
z dnia 6 marca 2024 r. wraz z materiałami źródłowymi nie miało charakteru przesądzającego
o zasadności zarzutu odwołania. Z treści oświadczenia wynika, że jego autor błędnie przyjął, iż wykonawca Envirotech zastosował jednostopniowy układ konfiguracji, podczas gdy Przystępujący zastosował inny układ (rozwiązanie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). Do powyższej kwestii nie odniósł się w toku rozprawy Odwołujący. Również złożona przez Odwołującego opinia prof. dr hab. inż. Marana Leona Turka powstała na zlecenie Wykonawcy nie mogła zostać uznana za wartościowy dowód w sprawie, bowiem nie została oparta na pełnym materiale niezbędnym do jej wydania i rzetelnej oceny oferty wykonawcy Envirotech. Dowód taki zresztą może zostać uznanyza dokument prywatny, który stwierdza tylko, że osoba, której podpis widnieje pod treścią dokumentu, złożyła oświadczenie zawarte w jego treści, oraz co do zasady należy go poczytywać jako fachowe rozszerzenie uzasadnienia stanowiska uczestnika prezentowanego w jego pismach i oświadczeniach składanych na rozprawie.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że oferta wykonawcy Envirotech nie odpowiada warunkom zamówienia określonym w punkcie B.1.1.2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, a przez to podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1
pkt 5 ustawy Pzp, czemu Izba dała wyraz w punkcie 1. sentencji.

Bez rozpoznania Izba pozostawiła zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 242 ust. 2 ustawy Pzp przez niezasadne przyznanie ofercie Envirotech 21 punktów w kryterium pozacenowym Koszty eksploatacyjne (Koszty Cyklu Życia Stacji Uzdatniania Wody
w okresie 5 – letnim). Odwołujący sformułował ww. zarzut jako ewentualny na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Envirotech na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stwierdzając jednocześnie, iż materia sprawy odnosi się do kwestii oceny zgodności oferty Envirotech z warunkami zamówienia. Oferta odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia nie podlega ocenie w świetle kryteriów oceny oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę

23 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……..

……..

……..