

Sygn. akt: KIO 2041/23

WYROK
z 28 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Beata Konik
Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 27 lipca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 lipca 2023 r. przez odwołującego Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Enea Ciepło sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku przy udziale wykonawcy Eco Technologia Sp. z o.o. z siedzibą w Jędrzejowie

orzeka:

1. Uwzględnić zarzuty nr 1, 3 i 4 odwołania i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie aukcji elektronicznej przeprowadzonej 17 lipca 2023 r.,
 - 1.2 unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji,
 - 1.3 odrzucenie oferty wykonawcy Eco Technologia Sp. z o.o. z siedzibą w Jędrzejowie,
 - 1.4 przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciążyć w 3/4 zamawiającego: Enea Ciepło sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, a w 1/4 odwołującego i:
 - 3.1 zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim kwotę 17 700 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset złotych zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kosztów wpisu od odwołania uiszczonych przez odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....
.....

Sygn. akt: KIO 2041/23

Uzasadnienie

Enea Ciepło sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa (wymiana – demontaż i budowa) kotłów węglowych WRm 40 nr K-4 i WRp 40 nr K-5 na kotły opalane gazem i/lub olejem wraz z instalacją odprowadzenia spalin dwoma stalowymi emitorami posadowionymi na wspólnym fundamencie żelbetowym oraz budowie instalacji magazynowania i dystrybucji oleju opałowego w Ciepłowni „Zachód” w Białymstoku”, numer: OZ/260/MW/RB/02/23, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 24 maja 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 099-308298.

14 lipca 2023 r. wykonawca Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eco Technologia Sp. z o.o. z siedzibą w Jędrzejowie (dalej: Przystępujący), mimo, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż parametry techniczne zaoferowane przez Przystępującego (zawarte w „Opisie proponowanej technologii realizacji zadania wraz z podstawowymi założeniami technicznymi zgodnie z zapisami PFU”) były sprzeczne z PFU;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp przez wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści

złożonej oferty, co faktycznie doprowadziło

do przeprowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym, a tym Wykonawcą oraz doprowadziło do zmiany treści złożonej przez Przystępującego oferty;

3.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 232 ust. 1 Pzp przez zaproszenie do udziału

w aukcji Przystępującego, mimo że jego oferta podlegała odrzuceniu oraz, o ile aukcja zostałaby przeprowadzona przez rozpoznania odwołania, przez przeprowadzenie jej z udziałem wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu;

a w konsekwencji powyższego

4.art. 16 pkt 1-3 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.dokonanie ponownego badania i oceny ofert i, w konsekwencji tego badania, odrzucenie oferty Przystępującego;

2.powtórzenie czynności zaproszenia do udziału w aukcji (z pominięciem Przystępującego);

ewentualnie, tj. o ile Zamawiający przeprowadziłby aukcję przed rozstrzygnięciem sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą;

3.unieważnienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej w postępowaniu oraz

o nakazanie ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej (z pominięciem Przystępującego).

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Oferta Eco Technologia była sprzeczna z PFU i winna zostać odrzucona. Przystępujący

w swojej ofercie zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób nie spełniający minimalnych oczekiwań Zamawiającego wyrażonych w PFU. Oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona z uwagi na zaistnienie przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (niezgodność z warunkami zamówienia).

Fakt, że Zamawiający prowadzi postępowanie w formule Zaprojektuj i wybuduj nie mógł być interpretowany jako przyzwolenie na dowolność, odstępstwa lub uznaniowość w ocenie rozwiązań oferowanych przez wykonawców. Zestawiając ze sobą ofertę złożoną przez Przystępującego wraz z wymaganiami stawianymi PFU, nie sposób nie odnieść się do kilku istotnych elementów, które przesądzały, że oferta Przystępującego była niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Zgodnie z pkt. 17.11.3 SWZ, każdy wykonawca składający ofertę w Postępowaniu zobowiązany był załączyć na platformie zakupowej (jako ofertę) Opis oferowanych rozwiązań zgodnie z wymaganiami określonymi w Części 2 do SWZ – PFU, w zakresie podstawowych urządzeń. Należało traktować ten dokument jako część oferty, a jego niezgodność z PFU przesądzała, że zaoferowany przez Przystępującego przedmiot zamówienia był niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, co z kolei prowadzić powinno do odrzucenia oferty Wykonawcy.

Przystępujący złożył ofertę, w której wskazał, że wydajność cieplna minimalna (dla paliwa gazowego) wynosi 8 MWt oraz wydajność cieplna minimalna dla (dla oleju lekkiego) wynosi 10 MWt. Tymczasem w odpowiedzi na pytanie do SWZ nr 71, opublikowanej 15 czerwca

2023 r., Zamawiający przez udzieloną odpowiedź wskazał, że należy przewidzieć prace kotła z minimalnym obciążeniem na poziomie 20% - 8 MW.

Mając na uwadze charakter przedmiotu zamówienia – na co składa się przebudowa kotła

na kocioł napędzany zarówno gazem ziemnym jak i olejem opałowym, wartość wskazana powyżej przez Zamawiającego – 8MW winna mieć zastosowanie jako wartość minimalna tak dla oleju lekkiego jak i paliwa gazowego. Przystępujący niezasadnie dokonał rozdzielenia

od siebie minimalnej wydajności (obciążenia) kotła w zależności od zastosowanego środka napędowego, co jawiło się jako działanie nakierowane na celowe pogorszenie parametrów kotła (niezgodnego z PFU), celem zaoferowania go po niższej cenie.

Odwołujący wskazał, że szerszy zakres regulacji kotłów (zapewniony przez niższą minimalną wydajność) ma wpływ na:

–obniżenie kosztów eksploatacyjnych kotłów (mniejsza ilość włączeń wpływa na wydłużenie żywotności i obniżenie strat paliwa na rozruch);

–zwiększenie elastyczności zakładu, przez obniżenie straty w przypadku awarii innych jednostek wytwórczych (ciągłość produkcji).

Nie ulegało wątpliwości, że wskazany w odpowiedzi na pytania nr 71 do SWZ minimalny poziom wydajności (8 MW) nie został zapewniony w kontekście zastosowania oleju lekkiego, a niezastosowanie się do wiążących wymagań

Zamawiającego pozwoliło Przystępującemu opracować bardziej konkurencyjną ofertę. Tym samym, oferta Wykonawcy w tym zakresie była niezgodna z wymaganiami Zamawiającego.

Przystępujący wskazał w ofercie (Opisie – str. 4) również błędne (odmienne od oczekiwanych przez Zamawiającego) parametry techniczne w odniesieniu do sprawności gwarantowanej brutto dla gazu ziemnego i oleju opałowego dla wydajności $10 \div 40$ MW, określając przy tym wartość $\geq 95\%$, co było sprzeczne z PFU. Zamawiający wymagał sprawności większej niż 95% , Przystępujący zaoferował możliwość uzyskania jej na poziomie większym lub równym 95% . Wymóg ten podany został wprost na stronie 17-18 PFU: „sprawność cieplna przy wydajności nominalnej $> 95\%$ ”. Co więcej, jak już wskazano, w odpowiedzi do pytania do SWZ nr 71, Zamawiający przewidział pracę kotła z minimalnym obciążeniem na poziomie 20%

- 8 MW. Niewłaściwie zatem Przystępujący przyjął gwarantowaną sprawność brutto dla gazu ziemnego i oleju opałowego w wysokości $10 \div 40$ MW (gdy tymczasem minimalne obciążenie powinno zostać podane dla zakresu od 8 MW).

Zgodnie z pkt 5.1 PFU (str. 18), zużycie gazu ziemnego typu E w zaoferowanym kotle ma wynieść < 4000 Nm³/h. Przystępujący wyszczególniając w Opisie (str. 5), że zaoferowany przez Niego produkt będzie charakteryzował się zużyciem ~ 4385 Nm³/h złożył ofertę sprzeczną z PFU.

Przystępujący, wbrew PFU zaoferował kocioł, którego temperatura spalin na wylocie z kotła (za ekonomizerem) wynosiłaby $\leq 110^\circ\text{C}$ (str. 4 Opisu). Zamawiający w pkt 5.1 PFU (str. 18), wskazał, że wymaga utrzymania poziomu temperatury poniżej 110°C , czyli $< 110^\circ\text{C}$.

Przystępujący zaoferował kocioł generujący większą ilość emisji zanieczyszczeń w spalinach za kotłem. Przystępujący dopuścił możliwość wygenerowania CO w ilości równej 30 mg/ Nm³ w ramach zasilania kotła olejem opałowym oraz w ilości równej 15 mg/Nm³ w ramach zasilania gazem typu E, kiedy wartości te zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego winny być niższe. Przystępujący przewidział również realizację zamówienia przy pomocy kotła, który produkowałby dziesięciokrotnie większą ilość pyłu w przypadku zasilania go olejem opałowym, niż dopuścił Zamawiający w PFU.

Na wartość popiołu w spalinach ma wpływ paliwo, czystość powietrza do spalania, klasa palnika (prowadzenie procesu spalania). Zastosowania rozwiązań uproszczonych niegwarantujących odpowiedniej czystości powietrza w kotłowni mogłoby prowadzić

do wyższej wtórnej emisji pyłu (wykonanie wentylacji, wykonanie separacji/szczelności pomieszczeń). Zastosowanie gorszej klasy palników mogłoby prowadzić do niepełnego spalania paliwa. Ponadto brak zgodności z decyzją środowiskową skutkować będzie brakiem zgody na eksploatację kotłów.

Przystępujący zmienił ofertę w ramach niedozwolonych negocjacji z Zamawiającym.

Biorąc pod uwagę całokształt obiektywnych czynników przesądzających o zaoferowaniu przez Przystępującego oferty sprzecznej z PFU, niemożliwym było ustalenie (jak uczynił

to Zamawiający) jakoby była ona zgodna z warunkami zamówienia. Podjęcie przez Zamawiającego przedmiotowej decyzji świadczyło, w ocenie Odwołującego,

o przeprowadzeniu przez Zamawiającego z Wykonawcą niedozwolonych negocjacji, na skutek złożonego wezwania do wyjaśnienia treści złożonej oferty (którego treści, ani odpowiedzi, Odwołujący nie znał). Fakty przytoczone w odwołaniu dowodziły, że oferta Przystępującego była w istotnej części sprzeczna z PFU.

W ocenie Odwołującego, wezwanie, które do Przystępującego skierował Zamawiający pozornie zmierzało do wyjaśnienia treści oferty, a jego rzeczywistym celem było skorygowanie oferty w drodze zabronionych w Pzp negocjacji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 24 lipca 2023 r. wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:

Dokumentem technicznym będącym podstawą do sporządzenia ofert w przedmiotowym postępowaniu był PFU (Cz. 2 SWZ) zawierający opis zadania budowlanego, w którym podano przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Jak słusznie przyjęło w ramach rozstrzygnięcia innej sprawy KIO, w wypadku analogicznym do występującego w niniejszej sprawie, Zamawiający przekazując w ramach dokumentacji postępowania (prowadzonego

w formule zaprojektuj i zbuduj) PFU udostępnia potencjalnym wykonawcom jedynie ogóle założenia i wytyczne, nie zaś konkretny projekt opisujący wyczerpująco i kompleksowo

w sposób z góry ustalony i narzucony kategorycznie wszystkie parametry docelowego przedsięwzięcia.

W tym stanie rzeczy, oferty wykonawców musiały być traktowane przez Zamawiającego indywidualnie, albowiem możliwe było zastosowanie różnego rodzaju środków do osiągnięcia ogólnego celu wynikającego z PFU.

Zamawiający w pismach z 5 i 10 lipca 2023 r. nie prowadził niedozwolonych negocjacji

z Przystępującym, a jedynie wymagał wyjaśnienia treści oferty, co miało umożliwić jej obiektywną ocenę.

Zamawiający w PFU, w punkcie 5.1. określił maksymalną trwałą wydajność kotła 40 MWt oraz w punkcie 8 Parametry techniczne instalacji 3 punkty pracy każdego kotła:

„Instalację należy zaprojektować w sposób umożliwiający spełnienie wszystkich wymogów Zamawiającego oraz

Parametrów Gwarantowanych dla 3 punktów pracy każdego kotła (minimalnej 25%, nominalnej 75% i maksymalnej 100% wydajności) Postanowienia w punkcie 8 określają procentowo parametry gwarantowane. Minimalny punkt pracy 25% wydajności jednoznacznie określa, że gwarantowana minimalna wydajność cieplna kotła to 10 MWt”.

W odpowiedzi na pytanie nr 71, w trakcie postępowania przetargowego Zamawiający doprecyzował, że minimalna wydajność cieplna kotła winna być na poziomie 20% wydajności maksymalnej tj. 8 MWt bez względu na rodzaj spalanego paliwa. Należy zauważyć, że wielkość 8 MWt to poziom mocy cieplnej kotła, którą jako minimum ma zapewnić kocioł, nie jest to natomiast punkt objęty pomiarem gwarancyjnym. Wielkości wydajności 8 MWt nie różnicowano w zależności od spalanego paliwa.

Przystępujący w swojej ofercie zawarł niespójne dane w tym zakresie. Na stronie 4 opisu wskazał następujące parametry:

- Wydajność cieplna minimalna (dla paliwa gazowego) 8 MWt
- Wydajność cieplna minimalna (dla paliwa olejowego) 10 MWt

Na stronie 7 opisu Przystępujący podał, że „Zakładana jest praca jednopalnikowa (praca awaryjna kotła) dla wydajności cieplnych kotła w zakresie 8-12 MW”. Przystępujący w tym zapisie nie różnicował wydajności od rodzaju spalanego paliwa, a tym samym zadeklarował spełnienie wymogu 8 MWt jako minimalnej wydajności również dla paliwa olejowego.

W świetle powyższego zwrócono się do Przystępującego o wyjaśnienie niespójności

i jednoznaczne określenie poziomu wydajności minimalnej kotła. W odpowiedzi Przystępujący potwierdził wielkość 8 MWt bez podziału na rodzaj paliwa, jako minimalną wydajność kotła jaką przewidywała jego oferta.

Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienie niespójności oferty nie zmieniło w żaden sposób typu kotła lub ilości urządzeń i instalacji związanych w ofercie Przystępującego.

W ocenie Zamawiającego oferta Przystępującego zapewniała minimalną wydajność kotła

od 8 MWt i tym samym była równoważna z innymi ofertami w zakresie kosztów eksploatacyjnych i elastyczności zakładu oraz była zgodna z wymaganiami PFU.

Twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący nie spełnił wymagań w zakresie wydajności minimalnej na paliwie (olej opałowy), w świetle oferty oraz wyjaśnień było nieprawdziwe. Oferta Przystępującego nie uzyskała w ocenie Zamawiającego przewagi konkurencyjnej, z tytułu wydajności minimalnej 8 MWt na paliwie (olej opałowy), gdyż zawierała się w złożonej ofercie - patrz str. 7 Opisu, tj. „Zakładana jest praca jednopalnikowa (praca awaryjna kotła) dla wydajności cieplnych kotła w zakresie 8 – 12 MW.”

Odwołujący twierdził, że Przystępujący nie uwzględnił odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 71 w trakcie postępowania. Nie miało to uzasadnienia w świetle oferty Przystępującego - na stronie 7 Opisu, tj. „Zakładana jest praca jednopalnikowa (praca awaryjna kotła)

dla wydajności cieplnych kotła w zakresie 8 – 12 MW.”

Zamawiający w wymaganiach zawarł wymóg sprawności gwarantowanej >95%. Wymóg ten dotyczył sprawności cieplnej przy wydajności nominalnej kotła. W ofercie Przystępującego została podana sprawność gwarantowana brutto dla gazu i oleju opałowego dla wydajności 10-40 MWt wynosi $\geq 95\%$. Podany zakres gwarantowanej sprawności wykraczała poza wymagania Zamawiającego, gdyż obejmowała przedział od minimum do maksimum pomiarów gwarantowanych. Odwołujący błędnie zinterpretował wymagania Zamawiającego, który jednoznacznie określił wymóg sprawności kotła dla wydajności nominalnej tzn. w jednym punkcie zakresu pracy.

W świetle PFU sprawność kotła przy wydajności minimalnej 8MWt nie musi być >95%. Reasumując oferta spełniająca wymóg sprawności w zakresie 10-40 MWt na poziomie równym lub większym niż 95% gwarantuje, że w warunkach nominalnych (gdzie sprawność jest największa dla wszystkich kotłów) będzie ona spełniać wymóg >95%.

Dodatkowo podając wartość >95% Zamawiający miał na uwadze warunek, aby sprawność nie była mniejsza niż 95 %, w związku z tym wielkość większe, równe (\geq), uważa za spełnione. Na takie rozumienie postanowienia wskazywał również fakt, że zweryfikowanie warunku

>95% bez podania dokładności pomiaru sprawności nie byłoby praktycznie możliwe do zweryfikowania.

Odwołujący wskazał na niezgodność zużycia gazu w stosunku do wymagań PFU

tj., w zakresie zużycia gazu poniżej 4000 Nm³/h. Przystępujący podał w ofercie, że zużycie

to wyniesie 4 385 Nm³/h. Wymóg PFU dotyczył jednak pracy kotła na parametrach nominalnych, a Przystępujący podał wielkość dla parametrów maksymalnych trwałych

tj. 40MWt. Wyliczenia i porównanie wielkości na etapie weryfikacji ofert wskazało, że oferta spełniała wymagania w tym zakresie.

W zakresie temperatury na wylocie kotła (za ekonomizerem) - wymóg Zamawiającego w PFU to <110°C, a

Przystępujący zadeklarował w ofercie $\leq 110^{\circ}\text{C}$. Wymóg Zamawiającego odnosił się do wydajności nominalnej natomiast Przystępujący zawarł odpowiedź dla wielkości również maksymalnej trwałej, dla której temperatura spalin jest najwyższa. W świetle powyższego

dla wielkości nominalnej Przystępujący spełnia wymagania temperatury $< 110^{\circ}\text{C}$. Ponadto rozpatrywanie takiej niezgodności nie miałoby sensu technicznego, gdyż stosowane

w technice kotłowej pomiary temperatury mają dokładność pomiaru ok. $0,5^{\circ}\text{C}$ w zakresie pomiaru ok. 110°C .

Odwołujący zarzucił niezgodności oferty Przystępującego w zakresie emisji zanieczyszczeń

z kotła w stosunku do wymagań PFU. Zamawiający traktuje podane w ofercie wielkości jako omyłkę pisarską. Podana w Ofercie emisja pyłu na poziomie $100 \text{ mg}/\text{Nm}^3$ jest technicznie niemożliwa do uzyskania przy spalaniu oleju opałowego.

Doświadczenia eksploatacyjne

z podobnych obiektów wskazywały, że wielkości z nowych kotłów zawsze są poniżej postawionych wymogów przez Zamawiającego.

Ponadto Przystępujący zadeklarował, że projekt zostanie wykonany zgodnie z wymaganiami PFU i udzielonymi wyjaśnieniami i odpowiedziami, dlatego też systematyczny nadzór

i zarządzanie projektem przez Inżyniera Kontraktu (w tym opiniowanie i zatwierdzanie etapów projektowania) gwarantowały, że realizacja inwestycji będzie postępować zgodnie

z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w PFU.

Treść oferty Eco Technologia Sp. z o.o. potwierdza, że Przystępujący ma duże doświadczenie w zakresie energetyki cieplnej i w realizacji podobnych inwestycji.

Ponadto Zamawiający stwierdza, że całościowo Oferta dotyczyła urządzenia o parametrach powyżej wymagań technicznych zawartych w PFU z tytułu czego nie sposób czynić zarzut.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że w części zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ,
2. oferty Przystępującego,
3. pisma Odwołującego z 29 czerwca 2023 r. do Zamawiającego,
4. wezwania z 5 lipca 2023 r. skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, dotyczącego wyjaśnienia treści oferty w zakresie zarzutów podniesionych w piśmie Odwołującego z 29 czerwca 2023 r.,
5. wyjaśnień Przystępującego z 7 lipca 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem III SWZ: „3.1. Przedmiotem zamówienia jest Przebudowa (wymiana – demontaż i budowa) kotłów węglowych WRm 40 nr K-4 i WRp 40 nr K-5 na kotły opalane gazem i/lub olejem wraz z instalacją odprowadzenia spalin dwoma stalowymi emitorami posadowionymi na wspólnym fundamencie żelbetowym oraz budowie instalacji magazynowania i dystrybucji oleju opałowego w Ciepłowni Zachód w Białymstoku. Realizacja przedsięwzięcia prowadzona będzie w formule zaprojektuj i zbuduj”.

W punkcie 5.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego Zamawiający w następujący sposób określił parametry kotłów objętych przedmiotem zamówienia:

„Kotły wodne wysokotemperaturowe z 2 palnikami gazowo-olejowymi:

Dane techniczne kotła:

- Wydajność maksymalna trwała - 40 MWt
- Temperatura zasilania maksymalna - 150°C
- Temperatura na powrocie (średnia) - 90°C

- Temperatura ogranicznika bezpieczeństwa - 150°C
- Ciśnienie maksymalne (projektowane) - 18 bar
- Ciśnienie otwarcia zaworu bezpieczeństwa - 16 bar
- opór przepływu spalin (kocioł+ekonomizer) < 20 mbr
- sprawność cieplna przy wydajności nominalnej > 95%
- zużycie oleju w warunkach normalnych < 3 500 Mg/h
- zużycie gazu ziemnego typ E < 4000 Nm³/h
- temperatura spalin (za ekonomizerem) < 110°C
- sprawność kotła oblicz. metodą pośrednią (zgodnie z EN 12953-11) >95%".

W treści PFU Zamawiający nie zawarł żadnych postanowień wskazujących na to, że ze względu na formułę „zaprojektuj i wybuduj” dopuszczalne były jakiegokolwiek odstępstwa

od wyżej określonych parametrów technicznych kotłów. Pozostałe dokumenty postępowania również nie zawierały wyjątków od tych wymogów. W PFU oraz innych dokumentach postępowania nie ma także informacji o zakresie dopuszczalnej tolerancji odchyłeń od określonych w punkcie 5.1 PFU parametrów kotłów.

15 czerwca 2023 r. Zamawiający opublikował pakiet pytań do treści SWZ wraz z odpowiedziami, w tym pytaniem nr 71:

„Pytanie nr 71:

Czy jest przewidziana praca z minimalnym obciążeniem (np. 20%-30%).

Odpowiedź zamawiającego:

Zamawiający informuje, że należy przewidzieć pracę kotła z minimalnym obciążeniem na poziomie 20% - 8MW”.

W załączniku nr 3 do oferty (Opis proponowanej technologii realizacji zadania wraz z podstawowymi założeniami technicznymi zgodnie z zapisami PFU) Przystępujący podał m. in. następujące parametry oferowanych kotłów:

- 1.Wydajność cieplna maksymalna trwała 40 MWt,
- 2.Wydajność cieplna nominalna 30 MWt,
- 3.Wydajność cieplna minimalna (dla paliwa gazowego) 8 MWt,
- 4.Wydajność cieplna minimalna (dla oleju lekkiego) 10 MWt,
- 5.Temperatura spalin na wylocie z kotła (za ekonomizerem) ≤ 110°C,
- 6.Sprawność gwarantowana brutto dla gazu z. i oleju opałowego dla wydajności 10 - 40 MW ≥ 95 %,
- 7.Zużycie gazu ziemnego dla wydajności maks. trwałej 40 MW i Wd = 34,2 MJ/Nm³
- 4 385 Nm³/h.

29 czerwca 2023 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o okolicznościach, które w jego ocenie stanowiły podstawy do uznania, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SWZ. Pismo Odwołującego dotyczyło okoliczności, które na etapie postępowania odwoławczego stały się podstawą faktyczną zarzutów odwołania.

5 lipca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty:

„Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

- 1.Oferta jest niespójna w zakresie danych dotyczących pracy kotła z minimalnym obciążeniem. Prosimy o jednoznaczne określenie tego parametru. W opisie podana jest wartość 8 MWt dla paliwa gazowego, 10 MWt dla oleju lekkiego, natomiast w innym miejscu oferty jest mowa o możliwości pracy na jednym palniku i mocy minimalnej od 8 do 12 MW (...).
- 3.Prosimy o wyjaśnienie dla jakiej wielkości mocy kotła podana została sprawność kotła podana jako ≥ 95%. Zamawiający wymagał w PFU, aby sprawność wynosiła >95%.
- 4.Prosimy o wyjaśnienie do jakiej wielkości odnosi się podane w opisie zużycie gazu na poziomie 4385 Nm³/h? Zamawiający wymagał w PFU zużycie gazu poniżej 4000 Nm³/h w odniesieniu do wydajności nominalnej.
- 5.Prosimy o sprecyzowanie, w którym miejscu dokładnie temperatura spalin będzie wynosić ≤ 110°C. Zamawiający wymagał w PFU, aby temperatura spalin wynosiła < 110°C.
- 6.Jaka jest gwarantowana wielkość emisji zanieczyszczeń w spalinach za kotłem dla oleju lekkiego? W ofercie podano dla pyłu <100 mg/m³. Z eksploatacji podobnych instalacji wynika, że wielkość ta jest wielokrotnie niższa (...)

W odpowiedzi z 7 lipca 2023 r. Przystępujący wyjaśnił m. in., że (Pyt. 1) zakładana jest praca jednopalnikowa (praca awaryjna kotła) dla wyd. ciepłych kotła:

- dla gazu 8 MW,
- dla oleju lekkiego 10 MW.

Przystępujący zadeklarował też sprawność cieplną dla gazu ziemnego i oleju opałowego dla wydajności 10-40 MW > 95, a temperatura spalin < 110 °C, zatem zgodnie z zgodnie z PFU. Przystępujący wyjaśnił też, że podane przez niego zużycie gazu ziemnego zostało podane dla mocy maksymalnej.

Co istotne wyjaśnienia Przystępującego z 7 lipca 2023 r. były w istocie jednozdaniowymi deklaracjami o zgodności określonych parametrów z PFU, nie sposób było przyjąć, by wykonawca cokolwiek wyjaśnił Zamawiającemu. Twierdzenia Przystępującego nie zawierały też żadnego uzasadnienia i na ich podstawie Zamawiający mógł powziąć co najwyżej wiarę w określoną treść oferty Przystępującego, a nie faktyczną wiedzę o tej treści. 10 lipca 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego kolejne wezwanie do wyjaśnień i wskazał w nim:

„Ponadto Zamawiający wzywa do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie doprecyzowania udzielonej odpowiedzi z dnia 07.07.2023 r. na pytanie nr 1:

W udzielonej odpowiedzi mowa jest o „pracy awaryjnej kotła” na wydajnościach 8 MWt dla paliwa gazowego oraz 10 MWt dla paliwa olejowego. Wykonawca powinien określić od jakiej minimalnej wielkości mocy cieplnej kotła będzie można go eksploatować w warunkach normalnej eksploatacji.

Ponadto prosimy o wyjaśnienie przyczyn zróżnicowania mocy minimalnej kotła w zależności od spalnego paliwa, w świetle zastosowania jednego typu palników gazowo-olejowych”.

W odpowiedzi z 11 lipca 2023 r. Przystępujący poinformował jedynie, że kocioł może być eksploatowany od minimalnej wielkości mocy cieplnej kotła 8 MW, zarówno przy spalaniu paliwa gazowego i olejowego.

12 lipca 2023 r. Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji m. in. Przystępującego. Aukcja elektroniczna doszła do skutku 17 lipca 2023 r.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że zaproszenie Przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej było czynnością nieprawidłową, ponieważ oferta Przystępującego, jako niespełniająca warunków postępowaniu podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W ocenie Izby oferta Przystępującego nie spełniała następujących wymogów Zamawiającego:

- 1.pracy kotła z minimalnym obciążeniem na poziomie 20% - 8MW,
- 2.sprawności cieplna przy wydajności nominalnej > 95%,
- 3.temperatury spalin (za ekonomizerem) < 110°C,
- 4.zużycia gazu ziemnego typ E < 4000 Nm³/h.

Ad. 1

Zgodnie z treścią oferty Przystępujący zadeklarował pracę kotła z wydajnością cieplną minimalną dla paliwa gazowego oraz oleju lekkiego z mocą odpowiednio 8 i 10 MWt.

Było to wprost sprzeczne z wymogiem wynikającym z przytoczonej wyżej odpowiedzi na pytanie nr 71, gdzie Zamawiający określił, że wymaga mocy 8 MWt niezależnie od zastosowanego paliwa.

Zamawiający miał świadomość, że taki sposób sporządzenia oferty wydawał się nieprawidłowy, stąd dwukrotne wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia tej kwestii - Zamawiający w pierwszym wezwaniu wskazał na niespójność oferty z wymogami postępowania oraz zróżnicowanie mocy w zależności od zastosowanego paliwa.

Odpowiedź Przystępującego wprost potwierdziła, że zakładana wydajność cieplna kotła (praca jednopalnikowa - awaryjna) wynosi:

- dla gazu 8 MW,
- dla oleju lekkiego 10 MW.

W konsekwencji Przystępujący potwierdził, że oferta jest niezgodna z wymogami Zamawiającego. Przystępujący zmienił natomiast swoje stanowisko po powtórny wezwaniu do wyjaśnień - 11 lipca 2023 r. Przystępujący zadeklarował, że kocioł może być eksploatowany od minimalnej wielkości mocy cieplnej kotła 8 MW, zarówno przy spalaniu paliwa gazowego

i olejowego. Na potwierdzenie tego twierdzenia Przystępujący nie podał żadnego uzasadnienia. Zamawiający uznał zatem, że oferta Przystępującego była prawidłowa, mimo, że Przystępujący nie podjął choćby próby wyjaśnienia z jakich powodów jej pierwotna treść nie spełniała wymogu pracy dla paliwa olejowego.

Istotne jest też to, że w wezwaniu z 10 lipca 2023 r. Zamawiający wskazał: "W udzielonej odpowiedzi mowa jest o „pracy awaryjnej kotła” na wydajnościach 8 MWt dla paliwa gazowego oraz 10 MWt dla paliwa olejowego. Wykonawca powinien określić od jakiej minimalnej wielkości mocy cieplnej kotła będzie można go eksploatować w warunkach normalnej eksploatacji”. Podkreślenia wymaga, że w pierwszych wyjaśnieniach Przystępujący wprost twierdził, że praca kotła z mocą 8-10 MWt to praca w trybie awaryjnym. W odpowiedzi

na drugie wezwanie do wyjaśnień Przystępujący w ogóle nie odniósł się do tej kwestii. Obowiązkiem Zamawiającego było zatem odrzucenie oferty Przystępującego.

Ad. 2 i 3

W wyjaśnieniach z 7 lipca 2023 r. Przystępujący bez jakiegokolwiek uzasadnienia stwierdził, że jego oferta dotyczy kotła o sprawności cieplnej dla gazu ziemnego i oleju opałowego

dla wydajności 10-40 MW > 95 i temperaturze spalin < 110 °C. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający stanął na stanowisku, że nie ma różnicy między „> 95” a „≥95” oraz „< 110 °C” a „≤ 110 °C”. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził: „Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, że podając wartość >95% miał na uwadze warunek, aby sprawność nie była mniejsza niż 95 %, w związku z tym wielkość większe, równe (≥), uważa za spełnione. Na takie rozumienie zapisu wskazuje również fakt, że zweryfikowanie warunku >95% bez podania dokładności pomiaru sprawności nie jest praktycznie możliwe do zweryfikowania”.

Zamawiający był w tej sytuacji obciążony ciężarem dowodu w zakresie wykazania,

że na gruncie tego postępowania z przyczyn technicznych nie było możliwe wykrycie różnicy między „> 95” a „≥95” oraz „< 110 °C” a „≤ 110 °C”, bądź była ona pozbawiona realnego znaczenia. Zamawiający nie podjął jednak żadnej próby dowiedzenia prawdziwości swojego twierdzenia. Z tego względu Izba uznała, że znaki >, ≥, < i ≤ należy traktować zgodnie

z zasadami matematyki. Zamawiający wymagał więc, by kocioł osiągał sprawność powyżej 95% i temperaturę spalin poniżej 110 °C. Złożenie oferty dotyczącej kotła, który będzie mógł osiągać sprawność równą 95% i temperaturę spalin równą 110 °C nie było zatem prawidłowe. Skoro Zamawiający ustanowił w PFU parametry graniczne, to każda oferta nie osiągnąca tych parametrów podlegała odrzuceniu. Nie ma przy tym znaczenia stopień niezgodności z tymi parametrami – oferta mogła być z nimi zgodna albo niezgodna, opcja pośrednia nie mogła tu wystąpić, ponieważ w SWZ i innych dokumentach postępowania Zamawiający nie określił dopuszczalnych warunków odstępstw od parametrów granicznych.

Ad. 4

W PFU Zamawiający wskazał, że maksymalne zużycie gazu ziemnego typ E ma być niższe niż 4000 Nm³/h. Zamawiający nie doprecyzował dla jakiego trybu pracy odnosił

się ten parametr, zatem w ocenie Izby należało go traktować jako najwyższe możliwe

zużycie paliwa, niezależnie od sposobu pracy kotła – wobec braku dodatkowych wytycznych w SWZ i PFU inna wykładnia językowa zwrotu „maksymalne zużycie gazu ziemnego” nie może zostać uznana za prawidłową.

W wezwaniu do wyjaśnień z 5 lipca 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego pytanie: „Prosimy o wyjaśnienie do jakiej wielkości odnosi się podane w opisie zużycie gazu na poziomie 4385 Nm³/h? Zamawiający wymagał w PFU zużycie gazu poniżej 4000 Nm³/h

w odniesieniu do wydajności nominalnej”. Drugie zdanie tego pytanie nie miało jednak oparcia w dokumentacji postępowania. Dlatego też stanowisko Zamawiającego i Przystępującego oparte na twierdzeniu, że przedmiotowy wymóg dotyczył wydajności nominalnej nie mogło zostać uznane przez Izbę za prawidłowe – w przeciwnym wypadku doszłoby

do doprecyzowania treści PFU po upływie terminu składania ofert.

W konsekwencji Izba uznała, że oferta Przystępującego nie odpowiadała wymogom PFU również pod tym względem.

Z kolei twierdzenie Odwołującego, że oferta Przystępującego była również niezgodna z PFU pod względem zakładanego poziomu emisji pyłu było zdaniem Izby chybione. Przystępujący

w załączniku nr 3 do oferty faktycznie wskazał dla oleju opałowego lekkiego, że emisja zanieczyszczeń pyłem będzie niższa niż 100 mg/m³, przy wymogu z PFU wynoszącym

< 10 mg/m³, ale w ocenie Izby było to efektem oczywistej omyłki. Dlatego Izba uznała,

że w tym zakresie zarzut odwołania podlega oddaleniu.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty nr 1, 3 i 4 odwołania.

Nie potwierdził się natomiast zarzut nr 2 - zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp przez wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, co faktycznie doprowadziło do przeprowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym, a tym Wykonawcą oraz doprowadziło do zmiany treści złożonej przez Przystępującego oferty.

Istotą negocjacji jest doprowadzenie do zmiany treści oferty w stosunku do jej pierwotnej treści.

O ile w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący faktycznie podał parametry techniczne kotłów inne niż w złożonej ofercie, to zdaniem Izby nie było to działanie obliczone na zmianę oferty, a wytworzenie u Zamawiającego przeświadczenia, że pierwotna oferta odpowiada treści SWZ i PFU. Z tego względu zarzut nr 2 został oddalony.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....