

WYROK
z dnia 6 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2012 r. przez wykonawcę

Probiko Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 38A, 62-020 Swarzędz

w postępowaniu prowadzonym przez

Eko Dolina Sp. z o.o. al. Parku Krajobrazowego 99, Łężyce, 84-207 Koleczkowo

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Probiko Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 38A, 62-020 Swarzędz i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Probiko Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 38A, 62-020 Swarzędz tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Probiko Sp. z o.o. ul. Paderewskiego 38A, 62-020 Swarzędz na rzecz Eko Dolina Sp. z o.o. al. Parku Krajobrazowego 99, Łężyce, 84-207 Koleczkowo kwotę 496 zł 00 gr (słownie: czterysta dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Eko Dolina sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę wraz z montażem instalacji odwróconej osmozy (RO) przeznaczonej do oczyszczania odcieku z kwater składowych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 marca 2012 r. w Dzienniku Urzędowym UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

21 maja 2012 r. odwołujący – PROBIKO Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta jako złożona przez wykluczonego wykonawcę podlega odrzuceniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny ofert i błędne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, a w konsekwencji poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,

3. art. 92 ust. 1 pkt 2 poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego z przyczyn niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie rozwiązań technologicznych umożliwiających niezależną pracę dwóch instalacji RO (starej i nowej) i związanych z czyszczeniem instalacji oraz odnoszących się do złożonego wraz z tą ofertą załącznika nr 8 – „Koszty eksploatacji w okresie 5 lat”, co miało wpływ na możliwość złożenia środka ochrony prawnej, a w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik postępowania,

4. art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 poprzez niepodanie uzasadnienia prawnego wykluczenia z postępowania wykonawcy Wehrle Umwelt GmbH oraz poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy Ortocal s.a. z postępowania i odrzucenia ofert tych wykonawców, co miało wpływ na możliwość złożenia środka ochrony prawnej, a w konsekwencji mogło mieć wpływ na wynik postępowania,

3

5. art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie dodatkowych wyjaśnień, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowej oceny ofert i błędnego przyjęcia, że treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

6. art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty odwołującego,

7. art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez błędne przyjęcie, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w postaci niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,

8. art. 7 ust. 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców polegające na braku oceny ofert konkurencyjnych, a w przypadku, gdy zamawiający dokonał jednak badania i oceny ofert konkurencyjnych – polegające na nieodrzuconiu ofert konkurencyjnych (w szczególności oferty Wehrle Umwelt GmbH), w tym z uwagi na brak podania w ofercie kosztów eksploatacji kwasu siarkowego, podczas gdy zamawiający odrzucił ofertę odwołującego ze względu na brak oszacowania kosztów eksploatacji kwasu siarkowego,

9. art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w treści oferty odwołującego niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz poprzez zaniechanie niezwłocznego poinformowania o powyższym odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności: unieważnienia postępowania, oceny spełniania warunków udziału odwołującego w postępowaniu, wykluczenia odwołującego, badania i oceny oferty odwołującego, odrzucenia oferty odwołującego,

2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz czynności badania i oceny oferty odwołującego i: dopuszczenia odwołującego do udziału w postępowaniu, dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, uzupełnienia informacji o wynikach postępowania poprzez podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie wynikającym z przepisów prawa, ewentualnie poprzedzenie wyboru oferty wezwaniem odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści oferty odwołującego, a dotyczących załączonej do oferty „Koncepcji technologicznej” oraz „Kosztów eksploatacji w okresie 5 lat”, ewentualnie – w przypadku uznania, że oferta odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przy czym niezgodność nie powoduje istotnych zmian w treści oferty – poprawienie przez zamawiającego omyłek w treści oferty odwołującego.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje odwołanie.

4

Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazał, że zgodnie z rozdziałem VIII ust. 2 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia odwołujący musiał wykazać, że posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie w serwisowaniu instalacji odwróconej osmozy (RO) o wydajności minimum 100 m³ permeatu na dobę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy – w tym okresie.

Na podstawie przedstawionego przez odwołującego wykazu wykonanych usług oraz załączonych listów referencyjnych, a także po analizie wyjaśnień odwołującego zamawiający doszedł do przekonania, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku posiadania ww. doświadczenia, co zdaniem odwołującego, jest oceną nieprawidłową.

Odwołujący został wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego i tym samym rozpoczął działalność w sierpniu 2009 r., czyli okres pomiędzy rozpoczęciem działalności przez odwołującego a upływem terminu składania ofert jest krótszy niż trzy lata, w związku z czym odwołujący powinien był wykazać spełnienie spornego warunku w tymże okresie, tj. w całym okresie prowadzenia działalności.

Na potwierdzenie powyższego odwołujący złożył dokument w postaci „Bezusterkowego Protokołu Odbioru Końcowego z wykonania umowy nr 508020/63/2010” z 18 maja 2011 r., zgodnie z którym odwołujący pełnił dzienny nadzór nad pracą podczyszczalni w trakcie trwania próby końcowej w okresie od 18 listopada 2010 r. do 18 maja 2011 r., czego zamawiający nie kwestionuje. Odwołujący złożył też list referencyjny wystawiony przez Hydrobudowę Polska S.A., z którego wynika, że odwołujący był współrealizatorem projektu związanego z oczyszczaniem odcieków z wysypiska odpadów w zakresie zaprojektowania, dostawy, uruchomienia, serwisowania i próbnej eksploatacji instalacji odwróconej osmozy (RO) dla obróbki odcieków z Zakładu Utylizacji Odpadów w Gdańsku Szadółkach. Instalacja pracuje od 15 grudnia 2009 r. Zgodnie z listem referencyjnym wystawionym przez HAASE Energietechnik AiG & Co. odwołujący od 25 sierpnia 2009 r. brał udział w uruchomieniu, pracach montażowych, serwisowych i eksploatacyjnych instalacji RO o wydajności 180m³ na dobę w Zakładzie Utylizacyjnym w Gdańsku.

Zdaniem zamawiającego powyższe informacje (w szczególności serwisowanie w dacie 25 sierpnia 2009 r. i 15 grudnia 2009 r.) są rozbieżne i jako takie nieprawdopodobne, w związku z czym zamawiający dał wiarę wyłącznie temu oświadczeniu odwołującego, zgodnie z którym czynności serwisowe na podczyszczalni odcieków na terenie ZUO Szadółki były wykonywane przez odwołującego nie wcześniej niż od 18 listopada 2010 r.

Odwołujący nie zgadza się z tą opinią. Instalacja odwróconej osmozy ma zindywidualizowany charakter i przeznaczenie, udział wyspecjalizowanej i przeszkolonej firmy jest niezbędny nie tylko po zainstalowaniu urządzenia, ale także na wcześniejszych etapach procesu eksploatacyjnego, jeszcze przed oddaniem instalacji/urządzenia do pełnej

5

eksploatacji w celu dostosowania konkretnej instalacji/urządzenia do potrzeb danego podmiotu. Tym samym nie jest technicznie możliwe zainstalowanie nowego, dedykowanego na potrzeby konkretnego projektu urządzenia do odwróconej osmozy bez uprzedniego przeprowadzenia szeregu czynności dostosowawczych, serwisowych, zapewniających możliwość skutecznego uruchomienia i dalszej eksploatacji wyprodukowanego urządzenia. Zamawiający błędnie przyjął, że aktywność odwołującego w procesie eksploatacji instalacji do odwróconej osmozy mogła rozpocząć się dopiero poprzez sprawowanie dziennego nadzoru nad pracą podczyszczalni w trakcie trwania próby końcowej.

Zamawiający nie sprecyzował pojęcia „serwisu”, w związku z czym jego rozumienie przez wykonawców mogło być dowolnie szerokie, z uwzględnieniem specyfiki przedmiotu zamówienia i poprzez „serwis” wykonawcy mogli rozumieć zarówno serwis powykonawczy, jak i serwis pogwarancyjny, serwis gwarancyjny i wykonywany w trakcie montowania instalacji, serwis związany z naprawianiem, uzgadnianiem, monitorowaniem itp.

Odwołujący z ostrożności uzupełnił swoją ofertę o referencje serwisowe spółki Centrum Badawczo – Wdrożeniowego UNITEX Sp. z o.o., która udostępniła odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie na potrzeby przedmiotowego postępowania. Zamawiający uznał jednak, że doświadczenie ww. spółki nie spełnia spornego warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu, albowiem referencje i doświadczenie spółki UNITEX dotyczą serwisowania urządzeń odwróconej osmozy w stacji uzdatniania wody, podczas gdy przedmiotowe zamówienie dotyczy oczyszczalni ścieków i nie jest tożsame z zakresem przedmiotowego zamówienia. Warunek taki nie wynika jednak z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym proces odwróconej osmozy ma szerokie praktyczne zastosowanie w różnych dziedzinach życia i nie jest tak, że jest on typowy dla oczyszczalni ścieków, a nietypowy dla stacji uzdatniania wody.

Co do przyczyn odrzucenia oferty odwołującego – w ocenie zamawiającego oferta ta nie

spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którymi nowa instalacja RO ma pracować w sposób umożliwiający niezależną pracę dwóch instalacji RO (starej i nowej), ich niezależne sterowanie i serwisowanie. Zamawiający nie sprecyzował jednak, dlaczego doszedł do takiego przekonania, więc odwołujący nie mógł odnieść się do zarzutów w tym zakresie. Jednakże załączone do oferty rysunki „Schemat technologiczny instalacji RO” oraz „Rzut pomieszczeń z rozmieszczeniem urządzeń” obrazują zakres i ułożenie nowej instalacji RO, która to instalacja nie modyfikuje i nie zakłóca pracy istniejącej instalacji RO. Zgodnie z projektem umowy to właśnie przedmiotem umowy miało być m.in. zaprojektowanie technologii procesu podczyszczania ścieków i odcieków, która będzie pracować równolegle z istniejącą instalacją oczyszczoną osmozy (§ 1 ust. 2 pkt A lit. a) i § 17 lit. a), w związku z czym szczegółowe rozwiązania w tym zakresie nie mogły być

6

przedmiotem oferty. Odwołujący stoi na stanowisku, że nowa instalacja RO może pracować w sposób umożliwiający niezależną pracę dwóch instalacji RO (starej i nowej), ich niezależne sterowanie i serwisowanie.

Zamawiający wskazał też, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem nie przewiduje automatycznego czyszczenia membran 2-go stopnia. Według odwołującego oferta odpowiada w ww. zakresie treści specyfikacji. Zgodnie z pytaniami zamawiającego odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia w piśmie z 23 kwietnia 2012 r. – na pytanie nr 9 dotyczące sposobu czyszczenia membran odwołujący odpowiedział, że membrany 2. stopnia z założenia nie wymagają czyszczenia, a czyszczenie tych membran jest czynnością serwisową i odbywa się z udziałem autoryzowanego serwisu lub przeszkolonego personelu. Wyjaśnił też, że wbrew zarzutowi zamawiającego, pompa 2. stopnia jest oznaczona na schemacie technologicznym. Z kolei na pytanie nr 16 dotyczące automatycznego sterowania pracy urządzenia odwołujący potwierdził, że oferowana instalacja posiada układ sterowania automatycznego (bez ingerencji obsługi) dla pracy RO, a zatem jest zgodna z oczekiwaniami zamawiającego. Wyjaśnienia te są spójne i nie powinny budzić wątpliwości zamawiającego – odpowiadając na pytanie nr 9 odwołujący przedstawił możliwości i sytuacje, w jakich takie czyszczenie będzie miało miejsce, tj. w trybie normalnej pracy instalacji RO czyszczenie membran 2. stopnia następuje w okresie od roku do 5 lat, w zależności od kondycji membran, dlatego podano, że „membrany stopnia drugiego z założenia nie wymagają czyszczenia” (membrany 1. stopnia czyści się co kilka dni). Jeśli membrany 2. stopnia wymagają częstszego czyszczenia, oznacza to, że instalacja nie pracuje poprawnie i należy wezwać serwis. Odwołujący nie przyznał ani nie zasugerował, że membrany stopnia 2. nie będą czyszczone automatycznie. Gdyby jednak zamawiający powziął wątpliwości, powinien był raz jeszcze wezwać odwołującego do udzielenia wyjaśnień.

Według zamawiającego w ofercie odwołującego nie oszacowano również kosztów eksploatacyjnych związanych z dozowaniem kwasu siarkowego. Odwołujący jednak oszacował powyższe koszty, co znalazło odzwierciedlenie w tabeli załącznika nr 8. W 1. roku eksploatacja kwasu siarkowego miałaby wynosić 105.300,00 zł, a od 2. do 5 roku po 150.562,50 zł, łącznie 707.550,00 zł. Zamawiający zwrócił się do odwołującego z pytaniami dotyczącymi obliczeń technologicznych i eksploatacyjnych kwasu (pytanie nr 11), na które odwołujący odpowiedział. Należy też zwrócić uwagę, iż według wiedzy odwołującego w ofertach konkurencyjnych nie podano kosztów eksploatacji kwasu siarkowego, w szczególności w ofercie spółki Wehrle Umwelt GmbH.

„Z ostrożności” odwołujący podniósł, że nawet gdyby uznać, że oferta była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to omyłki te nie powodowały istotnych

7

zmian w treści oferty i podlegały poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego zamawiający zaniechał.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania – kosztem dojazdu na rozprawę. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, iż wykonawca nie spełnia wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca wskazuje, że skoro zamawiający nie zdefiniował pojęcia „serwisu”, jego

rozumienie przez wykonawców mogło być dowolnie szerokie, w tym obejmujące etap przed dostawą i instalacją urządzenia – jest to bezpodstawne, gdyż zgodnie z powszechnym rozumieniem tego pojęcia w języku polskim „serwis” obejmuje czynności w zakresie napraw lub konserwacji sprzętu albo zespół osób wykonujących usługi w tym zakresie (definicja zawarta w „Słowniku języka polskiego” PWN dostępna na stronie internetowej). Zatem wymagane doświadczenie w serwisowaniu w potocznym rozumieniu obejmuje: czynności związane z wykonywaniem okresowych przeglądów gwarancyjnych i pogwarancyjnych instalacji, czynności związane z naprawą gwarancyjną i pogwarancyjną uszkodzonych urządzeń i podzespołów instalacji, czynności związane z przeprowadzaniem bieżącej wymiany elementów i części zużywających się objętych i nieobjętych gwarancją – w okresie gwarancyjnym i pogwarancyjnym, czynności związane z analizą poprawności działania procesu technologicznego realizowanego przez instalację w trakcie jej eksploatacji, czynności związane z modyfikowaniem procesu technologicznego realizowanego przez instalację w trakcie jego eksploatacji tak, aby dostosować proces technologiczny do ewentualnych zmian parametrów pracy obiektu lub oczekiwanego przez użytkownika efektu technologicznego.

Ponieważ zamawiający nie przewidywał, aby prace serwisowe obejmowały jakieś dodatkowe, specyficzne i nietypowe prace, które miałyby być realizowane lub uwzględnione w zakresie prac serwisowych, nie było potrzeby stosowania specjalnej definicji do określenia czegoś, co jest dobrze znane i rozumiane. Przyjęcie innej definicji, tj. obejmującej fazę budowy, jest trudne do zdefiniowania i rozróżnienia, które prace są pracami wykonawczymi, a które serwisowymi i czy w ogóle są to prace serwisowe, co wyklucza możliwość przeprowadzenia ich weryfikacji co do zakresu i dat wykonanych prac. Za datę rozpoczęcia serwisowania instalacji należy przyjąć datę zakończenia prac montażowych i przekazania obiektu użytkownikowi jako ukończonego i sprawnego. Określanie prac wykonawczych w trakcie budowy obiektu lub instalacji, a tym bardziej doradztwa technicznego na etapie projektowym mianem „prac serwisowych” wykracza poza potoczne rozumienie pojęć „serwis” i „prace serwisowe”.

Załączone do oferty dokumenty w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzają, że odwołujący nie spełnia wymogu posiadania odpowiednio długiego doświadczenia w serwisowaniu instalacji odwróconej osmozy.

Błędne jest też stanowisko odwołującego, iż procesy technologiczne odwróconej osmozy i problemy związane z bezpiecznym zagospodarowaniem jej produktów są identyczne lub zbliżone w instalacjach RO przeznaczonych dla oczyszczania odcieków z kwater składowych i przeznaczonych do uzdatniania wody. Sam odwołujący wskazuje, że każdorazowo zastosowanie instalacji odwróconej osmozy musi uwzględniać zadanie, do którego została ona zastosowana, w tym specyficzne warunki eksploatacyjne obiektu i procesy technologiczne, z którymi instalacja RO zostanie zintegrowana i które będą wpływać na jej sprawność eksploatacyjną i bezawaryjną pracę, a także na konieczność udziału wyspecjalizowanej i przeszkolonej firmy w procesie projektowania, wykonawstwa i serwisowania instalacji RO dla konkretnego zastosowania i użytkownika. Taka też była intencja zamawiającego przy formułowaniu warunku o 3-letnim doświadczeniu w serwisowaniu instalacji odwróconej osmozy – aby wykonawca, który będzie realizował inwestycję, znał nie tylko ogólny mechanizm procesu odwróconej osmozy, ale również specyfikę procesów technologicznych m.in.: proces oczyszczania odcieku z kwater składowych, występujące zaburzenia procesów technologicznych w cyklu rocznym i wieloletnim, procesy technologiczne realizowane w obiekcie użytkownika, które będą miały wpływ na eksploatację i bezawaryjną pracę użytkowanej instalacji.

Skoro w przedmiotowym postępowaniu przedmiotem zamówienia była dostawa wraz z montażem instalacji odwróconej osmozy przeznaczonej do oczyszczania odcieku z kwater składowych o określonych cechach technicznych, to niezbędną wiedzą i doświadczeniem potencjalnego wykonawcy jest wiedza i doświadczenie właśnie w serwisowaniu takich instalacji odwróconej osmozy, jak określone w zamówieniu, a nie w serwisowaniu jakichkolwiek instalacji odwróconej osmozy. W okolicznościach niniejszej sprawy wykazanie się niezbędnym doświadczeniem i wiedzą do wykonania przedmiotu zamówienia, to wykazanie się przez potencjalnego wykonawcę właśnie serwisowaniem instalacji odwróconej osmozy przeznaczonej do oczyszczania odcieku z kwater składowych, gdyż tylko takie

usługi będą potwierdzały niezbędną praktykę odpowiadającą rodzajowo przedmiotowi zamówienia.

W piśmie dotyczącym unieważnienia postępowania zamawiający wskazał, iż analiza oferowanego przez odwołującego rozwiązania technologicznego wykazała, że oferta nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którymi nowa instalacja RO ma pracować w sposób umożliwiający niezależną pracę dwóch instalacji RO (starej i nowej), ich niezależne sterowanie i serwisowanie. Brak spełnienia przez

9

zaproponowane rozwiązanie technologiczne wymogów specyfikacji był tak oczywisty, iż zamawiający uznał za zbędne przedstawianie dokładnej przeprowadzonej analizy. Na podstawie analizy technologicznej oferty, w tym „Schematu technologicznego instalacji RO” zamawiający stwierdził, że nowa instalacja zostanie podłączona do istniejącej za istniejącym „Zbiornikiem buforowym” o pojemności 3 m³ („zbiornik wyrównawczy”, ZW). Takie rozwiązanie oznacza, iż do doprowadzenia odcieku surowego do nowej instalacji zostaną wykorzystane instalacje i urządzenia znajdujące się w procesie technologicznym pomiędzy zbiornikiem KZ i zbiornikiem ZW, a do prowadzenia procesu technologicznego oczyszczania odcieku w nowej instalacji zostaną wykorzystane następujące istniejące urządzenia i instalacje: komora zakwaszania (KZ), wstępny filtr piaskowy (WFP), rurociąg tłoczny pomiędzy WFP i ZW, zbiornik wyrównawczy i instalacja dozowania kwasu siarkowego do KZ. Rozwiązanie technologiczne oferowane przez odwołującego będzie wiązać się z ingerencją w konstrukcję, pracę i eksploatację tych elementów (odpowiedź na pytanie 12.1.).

Komora zakwaszania jest wykorzystywana w procesie technologicznym istniejącej RO do zakwaszenia odcieku kwasem siarkowym w ilości 6,67 dm³/m³. Przy równoległej pracy istniejącej i nowej instalacji RO nie ma możliwości zakwaszenia w KZ odcieku w innym stężeniu dla istniejącej RO i w innym stężeniu dla nowej RO, więc odciek musi być w całej objętości wpływającej do KZ zakwaszony co najmniej do stężenia wymaganego przez parametry technologiczne istniejącej RO. Zatem wymagania technologiczne dotyczące zakwaszenia odcieku dla istniejącej instalacji będą wpływały na parametry eksploatacyjne nowej RO, równocześnie dostosowanie stężenia kwasu do wymagań technologicznych nowej instalacji RO (podwyższenie lub obniżenie stężenia) wpłynie na parametry eksploatacyjne istniejącej instalacji RO. Rozwiązanie wykorzystujące KZ bez żadnych modyfikacji konstrukcyjnych lub technologicznych musi prowadzić do wniosku, że równoczesna i równoległa eksploatacja istniejącej i nowej instalacji RO możliwa jest jedynie wtedy, gdy obie instalacje będą oczyszczają odciek zakwaszony taką samą dawką kwasu w komorze KZ. Tym samym istniejąca i nowa instalacja RO będą od siebie uzależnione poziomem stężenia kwasu wymaganego do zakwaszenia odcieku poprzez wykorzystanie komory KZ.

Filtr WFP wykorzystywany w prowadzonym obecnie procesie technologicznym oczyszczania odcieku pracuje z prędkością filtracji ok. 7-10 m/h. Obciążenie filtra WFP dodatkową porcją odcieku przeznaczoną do oczyszczenia w nowej instalacji RO spowoduje zwiększenie prędkości filtracji do ok. 22,9-25,5 m/h. Tak duża prędkość filtracji będzie miała bezpośredni i negatywny wpływ na parametry odcieku kierowanego do oczyszczenia w istniejącej instalacji RO, co w konsekwencji wpłynie na obniżenie jej parametrów eksploatacyjnych. Wykorzystanie filtra WFP w instalacji doprowadzającej odciek surowy do oczyszczenia

10

w nowej instalacji bez ingerencji w jego konstrukcję lub eksploatację uzależni pracę istniejącej instalacji od pracy nowej instalacji i doprowadzi do konieczności pracy filtra WFP w przeciążeniu hydraulicznym i technologicznym, co będzie miało bezpośredni wpływ na funkcjonowanie i efekty technologiczne uzyskiwane przez istniejącą instalację RO.

Rurociąg tłoczny tranzytowy pomiędzy filtrem WFP i zbiornikiem ZW pracuje obecnie z prędkością przepływu ok. 2,6 m/s. Obciążenie tego rurociągu dodatkową porcją odcieku przeznaczoną do oczyszczenia w nowej instalacji RO spowoduje zwiększenie prędkości przepływu do ok. 6,9 m/s. Tak duża prędkość przepływu odcieku w rurociągu spowoduje wzrost oporów hydraulicznych liniowych na długości rurociągu i miejscowych na tym odcinku rurociągu, uniemożliwi skuteczną filtrację w filtrze WFP i doprowadzi do konieczności

częstszego czyszczenia filtra piaskowego RO i wymiany wkładów filtracyjnych. Wzrost oporów przepływu spowoduje zmniejszenie wydajności odcieku przepływającego przez ten rurociąg (zgodnie z wykresem jego charakterystyki pracy). Wykorzystanie istniejącego rurociągu tranzytowego pomiędzy WFP i ZW bez zwiększenia jego przepustowości spowoduje, że ilość odcieku doprowadzana do zbiornika ZW nie będzie wystarczająca dla zapewnienia zakładanych wydajności eksploatacyjnych obu instalacji pracujących równolegle i jednocześnie, więc praca obu instalacji musiałaby się odbywać naprzemiennie lub z niepełną wydajnością eksploatacyjną. Wykorzystanie istniejącego zbiornika ZW bez ingerencji w jego konstrukcję lub pojemność spowoduje, że pojemność robocza ZW będzie zbyt mała, aby mogła pokryć deficyt odcieku spowodowany zbyt małą przepustowością rurociągu tranzytowego w czasie równoległej pracy obu instalacji.

Bez ingerencji w proces płukania filtra WFP i sterowania pracą istniejącej instalacji RO rozwiązanie technologiczne odwołującego powoduje, że uruchomienie procesu płukania filtra WFP doprowadzi do jednoczesnego zatrzymania istniejącej i nowej instalacji RO (pojemność robocza zbiornika ZW wystarczy maksymalnie na ok. 6 minut pracy obu instalacji RO jednocześnie z pełną wydajnością, płukanie automatyczne filtra żwirowego wynosi 15 minut – spowoduje to częste przestoje obu instalacji).

Obliczenie zużywanego kwasu solnego przez oferowaną instalację RO zostało w ofercie odwołującego znacząco niedoszacowane (co najmniej o 821.250 kg na rok, co w ciągu 5-ciu lat daje kwotę 2.463.750 zł wobec przewidywanych w ofercie 752.812,50 zł), co zwiększyłoby przedstawione koszty eksploatacyjne o 69,4%. Poza tym w ofercie w 5. roku nie wykazano zużycia kwasu.

Na etapie przygotowania ofert zamawiający poinformował o aktualnym zużyciu kwasu siarkowego w ilości 6,67dm³/m³ odcieku, czyli 5-krotnie przewyższającej dawkę przyjętą w ofercie. Zaniżona ilość zużycia kwasu może wynikać z przyjęcia założenia, iż odciek surowy będzie wstępnie zakwaszany przez zamawiającego w zbiorniku KZ przez istniejącą instalację. Zatem w przypadku wyłączenia istniejącej instalacji z użytkowania, nowa

11

instalacja nie będzie w stanie zakwaszyć odcieku, co oznacza, że nowa instalacja nie będzie w stanie pracować niezależnie od starego istniejącego układu.

Dokonując analizy oferty odwołującego i odpowiedzi odwołującego nr 9.1, 16.1, 21.1, 21.2, 21.3. zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnił wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczącego automatycznego czyszczenia membran 2. stopnia.

Odpowiedź 9.1.: „Czyszczenie membran stopnia drugiego jest czynnością serwisową i odbywa się z udziałem autoryzowanego serwisu lub przeszkolonego personelu.

Spodziewany interwał czasowy pomiędzy ewentualnym myciem membran stopnia drugiego od 1 do 5 lat w zależności od kondycji membran...”, odpowiedź 16.1.: „Oferent potwierdza, że oferowana instalacja RO posiada układ sterowania automatycznego (w rozumieniu: bez ingerencji obsługi) dla pracy RO w trybie produkcji permeatu oraz dla zalecenia trybu czyszczenia chemicznego membran...”, odpowiedź 21.1.: „Różnica w cenie serwisów wynika z faktu, iż w okresie gwarancyjnym producent instalacji RO firma HAASE wymaga regularnego autoryzowanego nadzoru serwisowego nad pracą instalacji. W celu realizacji tego warunku zamierzamy zatrudnić osobę dedykowaną do nadzoru nad tą instalacją, pracownika z doświadczeniem w serwisowaniu tego typu instalacji (...) Dodatkowo w cenę wliczone są przyjazdy techników z Niemiec. Po tym okresie możliwe będzie zredukowanie naszego zaangażowania, a z drugiej strony także Państwa personel będzie całkowicie wdrożony do obsługi i nie będzie obaw co do bezpiecznej obsługi instalacji.”, odpowiedź 21.2. „Obowiązkowy przegląd serwisowy trwa 5 dni roboczych wliczając w to dojazd na miejsce instalacji ~ ok. 3,5 dnia pracy przy instalacji.”, odpowiedź 21.3. „Z uwagi na odpowiedzialność gwarancyjną producenta nie jest on skłonny do rezygnacji z tych przeglądów.”

Czyszczenie membran 2. stopnia jest czynnością cykliczną i przeprowadzaną w zależności od kondycji membran. Spodziewana częstotliwość czyszczenia membran jest nieprecyzyjnie określona, ponieważ zależy m.in. od jakości oczyszczanego odcieku i od warunków eksploatacyjnych instalacji RO. Czyszczenie membran 2. stopnia jest czynnością serwisową i odbywa się z udziałem autoryzowanego serwisu lub przeszkolonego personelu, a nie automatycznie. W okresie gwarancyjnym producent instalacji wymaga regularnego autoryzowanego nadzoru serwisowego nad pracą instalacji, a oferowana instalacja będzie serwisowana systematycznie (co 3 miesiące) przez techników z Niemiec. W 3. roku

eksploatacji instalacji wszystkie membrany zostaną wymienione. Odwołujący zakłada więc istotny udział wykwalifikowanego i przeszkolonego personelu dla prowadzenia prac serwisowych, nadzoru i monitorowania instalacji RO w celu utrzymania jej w ruchu. Może oferowana instalacja RO jest sterowana automatycznie, ale wymaga dużo uwagi i kwalifikacji ze strony obsługującego ją personelu dla zapewnienia jej bezawaryjnej i wydajnej eksploatacji.

12

Chybionym jest także zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten ma zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, do którego w postępowaniu nie doszło. Obowiązki informacyjne zamawiającego w przypadku unieważnienia postępowania określa art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek poinformować wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, o unieważnieniu postępowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania podał jego przyczynę oraz w stosunku do każdego wykonawcy konkretne okoliczności, które wywołały wystąpienie owej przesłanki i zmusiły zamawiającego do odrzucenia oferty danego wykonawcy. Zamawiający podał, iż wykluczył Wehrle Umwelt GmbH z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie wniósł on wadium do upływu terminu składania ofert oraz wykluczył Ortocal s.c. A. Matlak B. Adamczak na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakłada na zamawiającego obowiązku podania wykonawcy przyczyn wykluczenia pozostałych wykonawców. Niezasadny jest również zarzut odwołującego, iż zamawiający potraktował go w sposób dyskryminacyjny tylko jemu zarzucając nieoszacowanie kosztów eksploatacji kwasu siarkowego, podczas gdy oferta spółki Wehrle Umwelt również nie zawierała tego szacunku. Wehrle Umwelt GmbH został wykluczony z powodu braku wniesienia wadium, co jest brakiem formalnym powodującym bezwzględnie wykluczenie wykonawcy z postępowania, z tego też względu w informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania tej przesłanki. Odwołujący nie może zatem czynić zarzutu z faktu, iż zamawiający rzetelnie ocenił jego ofertę wskazując wszelkie uchybienia, zaś w stosunku do Wehrle Umwelt GmbH ograniczył się do wskazania braku wniesienia wadium w przepisany terminie. Takie postępowanie zamawiającego nie ma charakteru dyskryminacyjnego i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wyjaśnienia te nie mogą jednak prowadzić do zmiany treści oferty, a mogą się jedynie ograniczać do jej wykładni. Zamawiający pismami z 18 kwietnia 2012 r. i 26 kwietnia 2012 r. zwrócił się do odwołującego z prośbą o wyjaśnienie treści oferty. Uzyskane od odwołującego odpowiedzi w sposób nie budzący dalszych wątpliwości zamawiającego potwierdziły fakt niespełniania przez odwołującego wymogów specyfikacji, zatem nie był on zobligowany do stawiania odwołującemu dalszych pytań.

13

Nie można zgodzić się również z twierdzeniem odwołującego, iż skoro jego oferta i załączone do niej dokumenty były niezgodne z treścią SIWZ, zamawiający powinien je poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek poprawić jedynie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe i inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych może dotyczyć różnych elementów złożonej przez wykonawcę oferty oraz omyłki te powinny mieć taki charakter, aby zamawiający mógł dokonać ich poprawy samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W przypadku, gdyby zamawiający poprawił „omyłki” odwołującego w niniejszym postępowaniu np. nieoszacowanie kosztów eksploatacyjnych, które stanowiły kryterium oceny ofert oraz pozostałe, na podstawie których oferta

odwołującego została odrzucona, doprowadziłoby to do zmiany oferty, co jest niedopuszczalne.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych przez strony Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stan faktyczny zaprezentowany w odwołaniu nie jest sporny i został wyczerpująco opisany w stanowiskach stron, w związku z powyższym zbędne jest jego powtarzanie.

W kwestii dotyczącej spełnienia przez odwołującego opisanego w punkcie VIII ust. 2 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym ubiegający się o uzyskanie zamówienia wykonawcy musieli wykazać, że posiadają co najmniej 3-letnie doświadczenie w serwisowaniu instalacji odwróconej osmozy (RO) o wydajności minimum 100 m³ permeatu na dobę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Izba stwierdziła, co następuje.

14

W zakresie okresu doświadczenia zamawiający postawił dwa wymogi: po pierwsze wykonawcy muszą posiadać doświadczenie co najmniej 3-letnie oraz po drugie – doświadczenie to musiało zostać uzyskane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (co jest bezpośrednim przywołaniem okresu wskazanego w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Na wstępie należy stwierdzić, że warunek ten jest nieprawidłowo sformułowany pod względem logicznym (na co ani zamawiający, ani wykonawcy nie zwrócili uwagi na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia), gdyż nie da się uzyskać doświadczenia dłuższego niż 3-letnie w okresie trzech lat oraz doświadczenia 3-letniego w okresie krótszym niż 3 lata (pomijając już nawet fakt, że gdyby ów „krótszy okres” prowadzenia działalności wynosił np. 3 miesiące, byłoby on zupełnie nieporównywalny z okresem 3-letnim, a zatem i doświadczenie wykonawców byłoby nieporównywalne).

Tym samym w praktyce warunek ten (część pierwszą i drugą wymogu czasowego) mógł spełnić jedynie wykonawca, który serwisował instalację odwróconej osmozy o wymaganych parametrach dokładnie co do dnia przez 3 lata liczone wstecz od upływu terminu składania ofert (lub oczywiście dłużej, jeśli umowę na obsługę serwisową zawarł wcześniej), a nie mógł go spełnić wykonawca prowadzący działalność gospodarczą krócej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert (nie spełnia bowiem części warunku dotyczącej posiadania 3 lat doświadczenia). Tym samym warunku tego już z założenia nie mógł samodzielnie spełnić odwołujący, który działalność taką prowadzi krócej niż 3 lata (od sierpnia 2009 r.).

Poza tym nawet gdyby zaakceptować taką możliwość i odnieść się do samego okresu prowadzenia działalności przez odwołującego krótszego niż trzy lata – odpowiednio musiałby wykazać on, że posiada doświadczenie w serwisowaniu obejmujące co do dnia okres od rozpoczęcia prowadzenia przez siebie działalności do dnia składania ofert, czego nie wykazał i którego to okresu doświadczenia nie posiada.

Co zaś do zakresu przedmiotowego owego doświadczenia, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w części dotyczącej pojęcia „serwisowania” oraz stanowisko odwołującego w części dotyczącej serwisowania stacji uzdatniania wody/oczyszczalni ścieków.

Izba nie zgadza się ze stwierdzeniem, że skoro zamawiający nie sprecyzował pojęcia „serwisu”, to jego rozumienie przez wykonawców mogło być niemal dowolnie szerokie. Pojęcie to mogło być bowiem rozumiane nie w sposób dowolny, lecz zgodnie z jego „normalnym” językowym i profesjonalnym znaczeniem. Jest to zgodne również z zasadą

oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zgodnie zaś z definicją językową, słownikową, słowo „serwis” obejmuje czynności w zakresie napraw lub konserwacji sprzętu albo zespół osób wykonujących usługi w tym zakresie – jak przywołał zamawiający – i takie samo znaczenie ma także w języku potocznym i profesjonalnym. Również Izba, pomimo wielu spraw, w których używano pojęcia „serwisu” i „usług serwisowych”, w różnych branżach, nie spotkała się z przyjmowaniem innego znaczenia tego pojęcia. Tym samym za „serwis” można uznać dopiero usługi świadczone po zainstalowaniu i oddaniu do użytku instalacji, a nie jej projektowanie i montaż/installację. Za doświadczenia wykonawcy w serwisowaniu, co oczywiste, nie można też uznać okresu szkolenia jego pracowników prowadzonego przez producenta oferowanych urządzeń – nie świadczył on bowiem usług serwisowych (co najwyżej świadczył je producent urządzeń i to tylko, jeśli szkolenie odbywało się z wykorzystaniem realnie pracującej u jakiegoś podmiotu instalacji).

Czy jednak doświadczenie w serwisowaniu dotyczyło instalacji zainstalowanej w stacji uzdatniania wody, oczyszczalni ścieków, czy też innym miejscu, na gruncie brzmienia przywołanego warunku udziału w postępowaniu nie ma znaczenia. Jeżeli zamawiający uważa, że jest to istotna różnica, powinien był takie zastrzeżenie zawrzeć w treści warunku. Zasada ta obowiązuje niezależnie od tego, czy odnieść się do § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, czy też jego odpowiednika w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z roku 2006 (różnica opisów: „w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia” i „usług i dostaw rodzajem i wartością odpowiadających dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia”). W obu bowiem przypadkach zamawiający, aby wymagać, musiałby w warunku określić przeznaczenie instalacji odwróconej osmozy. Zamawiający dla potrzeb niniejszego postępowania za usługi rodzajem i wartością odpowiadające usługom stanowiącym przedmiot zamówienia mógł bowiem uznać usługi serwisowe dotyczące jakiegokolwiek instalacji odwróconej osmozy, a nie tylko oczyszczalni ścieków.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Izba stwierdziła, co następuje.

Izba uznaje za przekonującą argumentację zamawiającego co do powodów, z jakich uznał on, że przewidziany w ofercie sposób realizacji nowej instalacji RO nie gwarantuje, iż nowa

instalacja odwróconej osmozy będzie pracować w sposób umożliwiający niezależną pracę dwóch instalacji (starej i nowej), ich niezależne sterowanie i serwisowanie. Jakkolwiek bowiem odwołujący niewątpliwie dołożył staranności przy opracowaniu koncepcji realizacji instalacji, nie posiada on o jej funkcjonowaniu wszystkich tych informacji, które uzyskał zamawiający jako jej użytkownik, np. z jakiego powodu zamawiający zużywa takie ilości kwasu siarkowego. Prawdopodobne jest (nie stanowi to jednak przedmiotu sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym), iż stan ten wynika z faktu, że przygotowany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie zawiera wszystkich informacji, które powinien on przekazać wykonawcom w celu prawidłowego przygotowania koncepcji budowy nowej instalacji i połączenia jej z funkcjonującą.

Należy też zwrócić uwagę, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidział możliwości zmiany umowy w zakresie zaoferowanej koncepcji budowy instalacji RO (por. § 31 ust. 3 wzoru umowy), a odwołujący w ofercie nie przewidział ogólnej przebudowy „starej” (funkcjonującej u zamawiającego) instalacji RO, tym samym, w przypadku wystąpienia takiej konieczności w trakcie realizacji zamówienia, strony miałyby formalne problemy z realizacją umowy, bowiem nie mogą rozszerzyć świadczenia wykonawcy poza zakres zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ofercie

(art. 140 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Nie bez znaczenia jest również fakt, że zamawiający nie wybrał oferty innego wykonawcy, lecz unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zatem przygotowując kolejne postępowanie będzie on miał okazję uzupełnić owe braki i niedociągnięcia m.in. opisu przedmiotu zamówienia, a odwołujący złożyć ofertę zapewniającą działanie instalacji zgodnie z potrzebami zamawiającego.

Co do wymogu dotyczącego samoczyszczących się membran 2. stopnia – rzeczywiście, odwołujący w odpowiedzi 9.1. z 23 kwietnia 2012 r. w ramach wyjaśnienia treści oferty wskazał, że „Membrany stopnia drugiego z założenia nie wymagają czyszczenia. Czyszczenie membran stopnia drugiego jest czynnością serwisową i odbywa się z udziałem autoryzowanego serwisu lub przeszkolonego personelu. Spodziewany interwał czasowy pomiędzy ewentualnym myciem membran stopnia drugiego od 1 do 5 lat w zależności od kondycji membran.” W odpowiedzi na pytanie 16. potwierdził z kolei, że oferowana instalacja RO posiada układ sterowania automatycznego (w rozumieniu: bez ingerencji obsługi) dla pracy RO w trybie produkcji permeatu oraz dla załączenia trybu czyszczenia chemicznego membran oraz dla powrotu instalacji RO do trybu produkcji permeatu po procesie czyszczenia membran.

Z jednej więc strony odwołujący rzeczywiście wskazał, że „czyszczenie membran stopnia drugiego jest czynnością serwisową i odbywa się z udziałem autoryzowanego serwisu lub

17

przeszkolonego personelu”, co mogło wywołać u zamawiającego przekonanie, że oferowane urządzenia nie posiadają wymaganej funkcjonalności. Jednak z drugiej strony, zdaniem Izby, porównanie tych informacji mogłoby skutkować koniecznością zwrócenia się do wykonawcy o dalsze wyjaśnienia (doprecyzowanie informacji), choć być może zrezygnował z tych wyjaśnień ze względu na to, iż znalazł inne podstawy do odrzucenia oferty i wyjaśnienia te i tak byłyby niecelowe. Zamawiający co prawda w odpowiedzi stwierdził, że wyjaśnienia te były dla niego „jasne”, lecz, zdaniem Izby, jeśli uznać, że nie potwierdzają one automatycznego czyszczenia się membran 2. stopnia, to są one sprzeczne (raz podano, że czyszczą się automatycznie, innym razem, że wymagają czyszczenia przez serwis). Zdaniem Izby należy je jednak interpretować w ten sposób, jak podał odwołujący, czyli że wykonawca w odpowiedzi 9.1., pomimo zacytowanego zdania, prawdopodobnie miał na myśli nie „zwykłe” oczyszczanie membran, lecz okresowe. Nie jest bowiem niczym niezwykłym i dotyczy to różnych urządzeń i różnych branż, że urządzenia działające „automatycznie” nie stanowią absolutnej *perpetuum mobile*, lecz wymagają co jakiś czas ingerencji człowieka lub wymiany.

Jeżeli więc zamawiający miał w tym zakresie konkretne wymagania, powinien był opisać je w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do obliczeń odwołującego dotyczących przewidywanej ilości zużywanego kwasu siarkowego Izba stwierdziła, że odwołujący przewidział zakup kwasu również w piątym roku działania nowej instalacji RO, a przesunięcie tego wersu do roku czwartego należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską (czy też raczej „graficzną”, gdyż odnosi się do linii podziału tabeli). Co do przyjętej do wyliczeń ceny jednostkowej kwasu siarkowego – również w tym przypadku, jeśli zamawiający nie podał danych cenowych do obliczeń, nie może czynić wykonawcy zarzutu, że zastosował on cenę, za którą to wykonawca, a nie zamawiający dokonuje zakupu kwasu.

Co do ilości przewidzianego przez odwołującego zużycia kwasu siarkowego – zamawiający w załączniku nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Koszty eksploatacji w okresie 5 lat” w założeniach do wyliczeń podał m.in. średnie parametry odcieku surowego z kwatery B1 i parametry ścieków oczyszczonych (przez odesłanie do punktu III opisu przedmiotu zamówienia). Zatem jasne jest, że te parametry wykonawca powinien był przyjąć do symulacji wyliczeń.

Ze względu zaś na brak informacji w zakresie realnej jakości odcieku w poszczególnych okresach roku, na którą powoływał się zamawiający podczas rozprawy, trudno przyznać rację którejś ze stron (zwłaszcza że zamawiający nie podał tych danych wykonawcom oczekując, że sami je uzyskają, o których to oczekiwaniach zresztą wykonawców nie poinformował).

18

Na marginesie warto też zwrócić zamawiającemu uwagę, że jeśli owo wyliczenie ma stanowić podstawę oceny ofert w jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej (koszty eksploatacji), to zamawiający powinien podać istotne dane wyjściowe do obliczeń, które wykonawca powinien przyjąć w symulacji, w szczególności ową cenę jednostkową, przeliczenie tej ceny wg stężenia kwasu (jeśli mogą być one różne w różnych koncepcjach wykonania instalacji) oraz jakości odcieku, aby obliczenia te były porównywalne. Co zaś do ww. parametrów podanych w opisie przedmiotu zamówienia oraz innych braków lub nieprecyzyjnych informacji – zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych to zamawiający zobowiązany jest opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zatem niedopuszczalne jest na etapie „po złożeniu ofert” zarzucanie wykonawcy, iż nie dokonał on własnych pomiarów parametrów odcieku/ścieków (czy to do opracowania koncepcji instalacji, czy do wyliczeń kosztów eksploatacji), zwłaszcza w braku takiego wymogu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednak w obecnej sytuacji istniejącej w postępowaniu (jego unieważnienie przez zamawiającego), nawet gdyby uchybienia zamawiającego w przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia były tak duże, że powodowałyby stwierdzenie konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma to wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (które, niezależnie od podstawy unieważnienia postępowania, i tak zostało unieważnione).

Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że charakter zarzuconych odwołującemu niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powoduje, że nie są to „omyłki”, które zamawiający mógłby poprawić – poprawienie to musiałoby bowiem polegać na opracowaniu nowej koncepcji realizacji instalacji i dokonaniu nowych wyliczeń kosztów eksploatacji.

Co do naruszenia przez zamawiającego obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – zamawiający ma rację, że przepis ten bezpośrednio odnosi się do sytuacji, w której zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą („Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców...”), co nie miało miejsca w niniejszym postępowaniu, a w przypadku unieważnienia postępowania zastosowanie ma art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym o unieważnieniu postępowania zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy odpowiednio ubiegali się o udzielenie

19

zamówienia lub złożyli oferty podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Jednak należy zwrócić uwagę, że, jeśli podstawą unieważnienia postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to powód, dla którego zamawiający uznał, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (dlaczego wykluczył wykonawców lub odrzucił ich oferty), stanowi część stanu faktycznego sprawy i powinien znaleźć się w uzasadnieniu faktycznym.

W piśmie z 10 maja 2012 r. o unieważnieniu postępowania zamawiający takie uzasadnienie zawarł, choć zdaniem odwołującego było ono zbyt lakoniczne. Rzeczywiście, zamawiający argumentację zawarł w odpowiedzi na odwołanie w zakresie odrzucenia oferty odwołującego powinien był zawrzeć już w informacji o unieważnieniu postępowania, co pozwoliłoby odwołującemu w pełniejszy sposób ocenić poprawność działania zamawiającego, a tym samym, czy konieczne jest złożenie odwołania od tej decyzji. Co do braku wskazania w stosunku do Wehrle Umwelt GmbH okoliczności, które oprócz wykluczenia tego wykonawcy skutkowałyby także odrzuceniem jego oferty – w informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. Zaistnienie takiej okoliczności powoduje, że zamawiający może uznać, że oferta i tak nie może być „skuteczna”, więc jej badanie jest nieekonomiczne z punktu widzenia włożonego w jej badanie merytoryczne czasu i wysiłku.

Jednak w przypadku, gdyby owa podstawa wykluczenia odpadła, tj. okazałoby się, że wykonawca jednak wniósł wadium prawidłowo, zamawiający musiałby tych czynności dokonać w terminie późniejszym, co przedłużyłoby postępowanie przetargowe, a dodatkowo mogłoby spowodować poniesienie przez zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego – dlatego decyzję o zakresie badania oferty (wykazania wszystkich czy tylko niektórych przyczyn wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty) podejmuje zamawiający. Z punktu widzenia wpływu na wynik postępowania niepodanie wszystkich przyczyn wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, gdy pozostałe są bezsporne i „skuteczne”, nie ma to istotnego znaczenia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

20

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

21