

WYROK

z dnia 26 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Siedmiogrodzkiej 9 (01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.** z siedzibą w przy Placu Starynkiewicza 5 (02-015 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **Inżynieria Rzeszów S.A.** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Podkarpackiej 59A (35-082 Rzeszów), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów oznaczonych: w pkt I.2 poz. 1 uzasadnienia odwołania tj. części zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) dotyczącego jednej z usług wskazanych w ramach kryterium oceny ofert odnoszącego się do doświadczenia Projektanta automatyka – Eksperta nr 6 oraz w pkt II uzasadnienia odwołania tj. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ww. ustawy w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) z uwagi na ich cofnięcie przez odwołującego;
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BUDIMEX S.A.** z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawcy **BUDIMEX S.A.** z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.**, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Zadanie II. 2 Modernizacja oczyszczalni ścieków Południe w zakresie gospodarki ściekowej i osadowej* (numer referencyjny: 01746/WS/PW/JRP-DNP/B/2019), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 listopada 2020 r., pod numerem 2019/S 213-524160.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 17 kwietnia 2020 r. wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (zwanego dalej: „Inżynierią”);
 - zaniechaniu wykluczenia Inżynierii z postępowania wobec przedstawienia zamawiającemu informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, odnoszących się do personelu wykonawcy - osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do IDW) w celu przyznania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3 i 13.1.4 IDW – kryterium nr 3 i 4, a to: Pana W.P. (Eksperta nr 3) oraz Pana M.P. (Eksperta nr 6);
 - zaniechaniu wykluczenia Inżynierii z postępowania wobec przedstawienia zamawiającemu informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, odnoszących się do gwarantowanego przez wykonawcę parametru ocenianego w ramach kryterium nr 5 podkryterium 3;
- ewentualnie,
- przyznaniu Inżynierii 10 pkt w ramach kryteriów oceny ofert nr 3 i 4 – Doświadczenie Projektanta technologia – Eksperta nr 3 oraz Doświadczenie Projektanta automatyka –

Eksperta nr 6, choć osoby wyznaczone do realizacji zamówienia nie posiadają deklarowanego przez Inżynierię punktowanego doświadczenia dodatkowego;

- zaniechaniu odrzucenia oferty Inżynierii jako niezgodnej z SIWZ, w sytuacji gdy parametr wskazany przez tego wykonawcę w ofercie w ramach kryterium oceny ofert nr 5 podkryterium 3 nie jest rozwiązaniem sprawdzonym w warunkach przemysłowych i posiadającym referencje;

- przyznaniu Inżynierii 5 pkt w ramach kryterium oceny ofert nr 5 podkryterium 3, mimo że parametr wskazany przez tego wykonawcę w ofercie nie jest możliwy do osiągnięcia przy uwzględnieniu wymagań SIWZ co do doboru rozwiązań sprawdzonych w warunkach przemysłowych i posiadających referencje, względnie;

- zaniechaniu wezwania Inżynierii do złożenia, uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów złożonych przez tego wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonanych usług – dowodów określających, że usługa została wykonana należycie;

- zaniechaniu wezwania Inżynierii do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie parametru gwarantowanego przez tego wykonawcę w ramach kryterium oceny ofert nr 5 podkryterium 3, o czym odwołujący dowiedział się dnia 7 kwietnia 2020 r. z Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Inżynierii wobec przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, poprzez przedstawienie w ofercie – Zał. Nr 3 (Zał.: Nr 4 do IDW) „Opis doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, składanym przez Inżynierię w celu przyznania dodatkowych punktów zgodnie z kryterium oceny ofert z pkt 13.1.3 i 13.1.4 IDW, informacji dotyczących punktowanego doświadczenia dodatkowego: Eksperta nr 3 – Projektant technolog (Pan W.P.) oraz Eksperta nr 6 – Projektant automatyk (Pan M.P.) w zakresie opisanym w odwołaniu;

- art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Inżynierii wobec przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, poprzez zagwarantowanie w ofercie w ramach kryterium nr 5 parametru technicznego Instalacji do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów przefermentowanych na poziomie <20 gP/kg s.m., co jednocześnie stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- zaniechanie wykluczenia Inżynierii i odrzucenia jego oferty oznacza także, że doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp;

ewentualnie,

- art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez zaniechanie dokonania prawidłowej oceny ofert na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 13.1 IDW, tj. przyznanie Inżynierii 10 pkt w ramach kryteriów oceny ofert nr 3 i nr 4: Doświadczenie Projektanta technologa – Eksperta nr 3 oraz Doświadczenie Projektanta automatyką – Eksperta nr 6, w sytuacji gdy osoby wyznaczone do realizacji zamówienia zgodnie z Zał. Nr 3 do oferty (Zał. Nr 4 do IDW) nie posiadają deklarowanego przez Inżynierię punktowanego doświadczenia dodatkowego, a także przyznanie Inżynierii 5 pkt w ramach kryterium nr 5 podkryterium nr 3, w sytuacji gdy niemożliwe jest osiągnięcie ilości fosforu ogólnego w osadzie po procesie odwadniania na poziomie <20 g P/kg s.m. i tym samym jest to rozwiązanie niesprawdzone w warunkach przemysłowych, nieposiadające referencji;

- art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126) w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Inżynierii do złożenia, uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi przez CDM Smith Sp. z o.o., tj. podmiot, na którego zasoby Inżynieria powołała się w celu wykazania spełniania warunku określonego w pkt 5.1.1.2 lit. a) IDW, pod rygorem skutków prawnych z art. 22a ust. 6 Pzp.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia Inżynierii z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy;

ewentualnie,

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy;

ewentualnie,

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz przeliczenia punktów przyznanych Inżynierii w kryterium nr 3 i 4 przez punktowanie doświadczenia dodatkowego z pominięciem doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia niespełniającego wymagania z pkt 13.1.3 i 13.1.4 IDW; oraz w kryterium nr 5 przez przyznanie 0 pkt w ramach podkryterium nr 3;

- wezwania Inżynierii do złożenia, uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi przez CDM pod rygorem skierowania do Inżynierii żądania w trybie art. 22a ust. 6 Pzp;
- wezwania Inżynierii do wyjaśnienia treści oferty w zakresie parametrów gwarantowanych w ramach kryterium nr 5 podkryterium nr 3.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. list rankingowej wykonawców, za ofertą Inżynierii. W przypadku wykluczenia Inżynierii z postępowania, odrzucenia oferty Inżynierii czy zmiany punktacji w ramach oceny oferty Inżynierii w zakresie wskazanym w odwołaniu, to oferta odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a odwołujący mógłby wykonać zamówienie, czerpiąc z tego korzyści (w szczególności w postaci założonego zysku). W wyniku naruszenia przez zamawiającego przywołanych wyżej przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Skutkiem zaskarżonych czynności zamawiającego był pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, w sytuacji, gdy wobec konieczności odrzucenia oferty Inżynierii, to oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Oferta odwołującego odpowiada wymogom SIWZ i zawiera cenę rynkową, a co za tym idzie jest ofertą najkorzystniejszą dla zamawiającego w rozumieniu SIWZ i przepisów prawa.

Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd co do punktowanego doświadczenia dodatkowego – Kryterium nr 3 i Kryterium nr 4 wskazał, że zgodnie z pkt 13.1 IDW przy ocenie ofert zamawiający ocenił 5 kryteriów:

- 1) Cena oferty;
- 2) Okres gwarancji i rękojmi;
- 3) Doświadczenie Projektanta technologa - Eksperta nr 3 (osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia);
- 4) Doświadczenie Projektanta .automatyka - Eksperta nr 6 (osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia);
- 5) Parametry techniczne.

W pkt 10.19 IDW zamawiający podkreślił:

Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składany jest (zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do IDW) wyłącznie w celu przyznania ewentualnych dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.2, 13.1.3 IDW.

W celu uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3, 13.1.4, IDW Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia powinien zawierać wymagane minimum określone odpowiednio w pkt: 5.1.1.3 c), 5.1.1.3 f) IDW oraz punktowane doświadczenie dodatkowe.

Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w związku z tym, że służy do uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3 lub 13.1.4 IDW, nie będzie podlegał uzupełnieniu w trybie właściwym dla dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Jak zauważył odwołujący, Inżynieria złożyła wraz z ofertą Zał. Nr 3 (Zał. Nr 4 do IDW) Opis doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, wskazując jako Eksperta nr 3 – pana W.P., jako Eksperta nr 6 – pana M.P.

Jeśli chodzi o zarzuty dotyczące Kryterium nr 3, tj. doświadczenia pana W.P., Eksperta nr 3 – Projektanta technologa, odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 13.1.3 IDW:

W kryterium przyznane zostaną punkty za większe niż wymagane minimalne doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia – Projektanta technologa, określone w pkt 5.1.1.3 c) IDW tj.: Wykonawca otrzyma:

5 pkt – jeśli wskazana osoba wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 (trzy) dokumentacje projektowe w branży technologia, dotyczące budowy lub rozbudowy lub przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM.

3 pkt. – jeśli wskazana osoba wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 2 (dwie) dokumentacje projektowe w branży technologia, dotyczące budowy lub rozbudowy lub przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM.

0 pkt – brak przedstawienia doświadczenia ponad wymagane w IDW minimum.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane na podstawie dokumentu, o którym mowa w pkt 10.5 IDW, w szczególności w celu uzyskania dodatkowych punktów, wypełniony załącznik Nr 4 do IDW powinien zawierać wymagane w warunku minimum oraz punktowane doświadczenie dodatkowe tzn. przykładowo dla uzyskania 3 pkt. Projektant technolog powinien posiadać doświadczenie na poziomie minimalnym określonym w pkt. 5.1.1.3 c) IDW oraz dodatkowo przy wykonaniu co najmniej jednej opisaney dokumentacji projektowej tj. łączne doświadczenie przy wykonaniu co najmniej dwóch dokumentacji projektowych.

W ocenie odwołującego wykładnia pkt 13.1.3, jak i pkt 5.1.1.3 c) IDW określającego minimalne doświadczenia tego Eksperta, nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający wymagał, aby doświadczenie Eksperta polegało na „wykonaniu” dokumentacji projektowej. Mając na względzie dyrektywy wykładni językowych oświadczeń woli (a takim oświadczeniem jest SIWZ), opisane w art. 65 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, w przypadku braku zdefiniowania pojęcia w danym dokumencie, należy odnieść się do definicji słownikowej. Zgodnie z Wielkim Słownikiem Języka Polskiego (www.wsip.pl) „wykonać” oznacza „zrobić”, a to pojęcie wyjaśniane jest jako „spowodować powstanie czegoś, wykonując określone czynności i wykorzystując określone materiały lub narzędzia”. W tym kontekście należy rozróżnić dwa pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę: „projektanta”, który wykonuje dokumentację, oraz „sprawdzającego”, który wydaje opinię co do wykonanej przez projektanta dokumentacji. Ustawodawca w art. 20 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r: Prawo budowlane (dalej: P. Bud.): wprowadził dwa niezależne od siebie etapy, za które odpowiedzialne są dwie różne osoby:

- wykonanie dokumentacji przez projektanta (zespół projektowy),
- sprawdzenie dokumentacji po jej wykonaniu przez innego projektanta, posiadającego odpowiednie uprawnienia (sprawdzającego).

Odwołujący zaznaczył, że osoba sprawdzająca nie może jednocześnie, pełnić funkcji projektanta.

W art. 20 ust. 1 P. Bud. wskazano podstawowe obowiązki projektanta, m.in.:

- opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z wymaganiami ustawy, ustaleniami określonymi w decyzjach administracyjnych dotyczących zamierzenia budowlanego, obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;
- zapewnienie, w razie potrzeby, udziału w opracowaniu projektu osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności oraz wzajemne skoordynowanie techniczne wykonanych przez te osoby opracowań projektowych, zapewniające uwzględnienie zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w procesie budowy, z uwzględnieniem, specyfiki, projektowanego obiektu budowlanego;
- sporządzenie informacji dotyczącej" bezpieczeństwa i ochrony zdrowia ze względu na specyfikę projektowanego obiektu budowlanego,' uwzględnianej w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia;
- uzyskanie wymaganych opinii, uzgodnień i sprawdzeń rozwiązań projektowych w zakresie wynikającym z przepisów;
- wyjaśnianie wątpliwości dotyczących projektu i zawartych w nim rozwiązań;

- sporządzanie lub uzgadnianie indywidualnej dokumentacji technicznej;
- sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie: stwierdzenia w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Natomiast wąskie obowiązki sprawdzającego określono w art. 20 ust. 2 i 4 P. Bud.:

2. Projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności.

4. Projektant, a także sprawdzający, o którym mowa w ust. 2, do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.

Z powyższego w opinii odwołującego wynika, że obowiązki projektanta związane z wykonaniem dokumentacji są znacznie szersze niż obowiązki sprawdzającego. Jako zewnętrzny podmiot, sprawdzający dokonuje formalnej weryfikacji gotowego projektu z przepisami prawa. Osoba, która tylko sprawdziła gotową dokumentację, nie posiada więc doświadczenia w „wykonaniu” dokumentacji. Odwołujący przywołał także treść wyroku Izby z 23 października 2014 r. sygn. akt KIO 2080/14 i wskazał, że Izba w przywołanym wyroku oddaliła odwołanie i potwierdziła prezentowaną tu argumentację. Co prawda, warunek w przywoływanym wyroku brzmiał nieco inaczej niż w niniejszym postępowaniu i wprost odwołał się do pełnienia funkcji architekta, jednak odnosi się do tej samej analizowanej kwestii – potwierdza, że doświadczenie przy sprawdzeniu dokumentacji nie spełnia warunku obejmującego, jej wykonanie.

Reasumując, w ocenie odwołującego nie może budzić wątpliwości, że zamawiający wyraźnie wskazał na wymóg nabywania doświadczenia przy wykonaniu dokumentacji (tj. projektowaniu), od którego należy odróżnić jej sprawdzenie.

Jak wyjaśnił odwołujący Inżynieria w załączniku nr 3 do oferty pn. „Opis doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” (wg Załącznika nr 4 do IDW) oświadczyła, że do realizacji przedmiotowego zamówienia skieruje pana W.P. jako Eksperta nr 3 (Projektant technolog), który „posiada uprawnienia określone w pkt 5.1.1.3 c) IDW” oraz doświadczenie:

- *Opracowanie dokumentacji na modernizację ciągu przeróbki osadów ściekowych oczyszczalni ścieków "Dębogórze"; zlecający: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji*

Sp. z o.o. w Gdyni, ul. Witomińska 29, 81-311 Gdynia; Funkcja: Członek zespołu projektowego (...);

- Prace projektowe dla robót budowlanych i inżynierskich dla Kontraktu „Modernizacja oczyszczalni ścieków” - kontrakt nr VII, w ramach Projektu „Modernizacja i Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Piotrkowie Trybunalskim zlecający: Miasto Piotrków Trybunalski, JRP, ul. Szkolna 26; 97-300 Piotrków Trybunalski; Funkcja: Członek zespołu projektowego (...);

- Budowa trzeciego reaktora biologicznego wraz z modernizacją dwóch reaktorów istniejących - Ostrowiec Świętokrzyski; zlecający: Miko-Tech Sp. z o.o., ul. Świerczewskiego 11B, 43-170 Łaziska Górne; Funkcja: Członek zespołu projektowego (...).

W ten sposób Inżynieria przedstawiła informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, ponieważ wbrew oświadczeniom tego wykonawcy, pan W.P. nie wykonał dokumentacji projektowych w ramach dwóch pierwszych projektów.

Jeśli chodzi o inwestycję „Dębogórze” – Gdynia odwołujący stwierdził, że w ślad za pkt 5.1.1.3 c) i 13.1.3 IDW Inżynieria oświadczyła, że pan W.P. był „Członkiem zespołu projektowego” przy opracowaniu przywołanej wyżej, dokumentacji oczyszczalni ścieków „Dębogórze”, gdy tymczasem pełnił on w ramach tego projektu funkcję „Sprawdzającego”. Pan W.P., zatem ani nie wykonał dokumentacji samodzielnie ani jako członek zespołu projektowego. Pan W.P. został wymieniony w treści projektu wprost jako Sprawdzający. Powyższa informacja wynika z tzw. metryki Projektu budowlanego – Załącznika nr 4/7 do decyzji nr AB/MJ-6740/15/17/K z dnia 2 lutego 2017 r. Z dokumentacji wynika, że członkami zespołu projektowego byli: mgr inż. J.S., mgr inż. A.M., mgr inż. P.K., mgr inż. P.P. – wszyscy oni pełnili funkcję projektantów. W przywołanej przez Inżynierię dokumentacji znajduje się także Oświadczenie Projektanta i Sprawdzającego, w którym pan W.P. podpisał się jako „sprawdzający”.

Odwołujący wskazał, że pan W.P. nie był „członkiem zespołu projektowego”. Pojęcia tego nie zdefiniowano w aktach prawnych, ale jest to określenie branżowe odnoszące się do *faktycznej pracy przy projektowaniu*, podlegające wykładni w trybie art. 65 k.c. w zw. z art. 14 Pzp. Powyższy zakres obowiązków pana W.P. jako „sprawdzającego” w rozumieniu art 20 ust. 2 P. Bud. nie odpowiada wymogowi zamawiającego z pkt 13.1.3 IDW, w którym zgłaszana osoba „wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego (...)) dokumentację projektową (...). Było zatem dla odwołującego oczywiste, że pan W.P. nie wykonał dokumentacji projektowej, nie wykonywał bowiem żadnych czynności przy jej powstawaniu. Jego udział w procesie budowlanym polegał wyłącznie na wydaniu opinii po sprawdzeniu gotowej, przygotowanej przez kogoś innego, dokumentacji. Pan W.P. nie został

przy tym wymieniony w treści projektu jako osoba wykonująca dokumentację (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego). Pan W.P. widnieje w treści projektu jako sprawdzający, obok członków zespołu projektowego.

Takie doświadczenie nie spełnia wymogu zamawiającego z pkt 13.1.3 ID W. co oznacza, że Inżynieria wprowadziła zamawiającego w błąd co do doświadczenia Eksperta nr 3 wykazanego w celu przyznania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3 IDW.

Co do inwestycji w Piotrkowie Trybunalskim odwołujący wskazał, że Inżyniera oświadczyła, że pan W.P. był „Członkiem zespołu projektowego” przy opracowaniu przywołanej wyżej dokumentacji oczyszczalni ścieków w Piotrkowie Trybunalskim, gdy tymczasem analogicznie jak w powyższym punkcie, pełnił on funkcję „Sprawdzającego”, a zatem ani nie wykonał dokumentacji samodzielnie ani jako członek zespołu projektowego. Powyższa informacja wynika z tzw. metryki Projektu budowlanego z sierpnia 2011 r. – pan W.P. był „sprawdzającym” wskazanym w jednym z tomów projektu branży technologicznej. Z dokumentacji wynika, że członkami zespołu projektowego byli: mgr inż. E.K., mgr inż. J.S. Tym samym wbrew oczekiwaniom zamawiającego, pan W.P. nie został wymieniony w treści projektu jako osoba wykonująca dokumentację projektową.

Zastosowanie znajduje tu w pełni argumentacja przedstawiona powyżej.

W zakresie zarzutów dotyczących Kryterium nr 4, tj. doświadczenia pana M.P., Eksperta nr 6 – Projektanta automatyka, odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 13.1.4 IDW:

Doświadczenie Projektanta automatyka – Eksperta nr 6:

W kryterium przyznane zostaną punkty za większe niż wymagane minimalne doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia – Projektanta automatyka, określone w pkt 5.1.1.3 f) IDW tj.: Wykonawca otrzyma:

5pkt – jeśli wskazana osoba wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) co najmniej 3 (trzy) dokumentacje w branży automatyki obejmujące zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM.

3 pkt – jeśli wskazana osoba wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) co najmniej 2 (dwie) dokumentacje w branży automatyki obejmujące zakresem m. in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM.

0 pkt – brak przedstawienia doświadczenia ponad wymagane w ID W minimum.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane na podstawie dokumentu, o którym mowa w pkt 10.5 IDW, w szczególności w celu uzyskania dodatkowych punktów wypełniony załącznik Nr 4 do IDW powinien zawierać wymagane warunki minimum oraz punktowane

doświadczenie dodatkowe tzn. przykładowo dla uzyskania 3 pkt. (Projektant automatyk powinien posiadać doświadczenie na poziomie minimalnym określonym w pkt. 5.1.1.3 j) IDW oraz dodatkowo, przy wykonaniu co najmniej jednej opisanej dokumentacji projektowej tj. łączne poświadczenie przy wykonaniu co najmniej dwóch dokumentacji projektowych.

Odwołujący wskazał, że Inżynieria w załączniku nr 3 do oferty pn. „Opis doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” (wg Załącznika nr 4 do IDW) oświadczyła, że do realizacji przedmiotowego zamówienia skieruje pana M.P. jako Eksperta nr 6 (Projektant automatyk), który posiada następujące doświadczenie:

Poz. 3: Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Otwocku – zadanie II, III i IV; zlecający: Otwockie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Karczewska 48, 05-400 Otwock; Funkcja: Członek zespołu projektowego.

W ocenie odwołującego wbrew oświadczeniu Inżynierii, pan M.P. w ogóle nie został wymieniony w treści projektu, z czego wynika, że w ogóle nie brał udziału w wykonaniu dokumentacji. Inżynieria zatem wprowadziła zamawiającego w błąd oświadczeniem dotyczącym dodatkowo punktowanego doświadczenia. Znajdowała tu zastosowanie argumentacja dotycząca zarzutów w zakresie doświadczenia pana W.P., tyle, że w sytuacji pana M.P. sytuacja była oczywista już na pierwszy rzut oka: wbrew wyraźnej treści IDW, o panu M.P. nie ma jakiegokolwiek wzmianki w treści projektu, czego wymagał zamawiający w pkt 13.1.4 IDW, co potwierdza, że pan M.P. nie wykonał dokumentacji, którą wskazała Inżynieria w Zał. Nr 3 do oferty (Zał. Nr 4 do IDW) pod poz. nr 3. Odwołujący postawił powyższe zarzuty w oparciu o metryki ww. projektu, gdzie w żadnym miejscu nie był wskazany pan M.P. Co przy tym istotne i co wymaga dodatkowego podkreślenia w odniesieniu do wszystkich omawianych pozycji wykazu doświadczenia obu Ekspertów, punktowane może być doświadczenie dodatkowe Eksperta w wykonywaniu dokumentacji projektowej, tylko gdy Ekspert został wymieniony w treści projektu. Na gruncie art. 65 k.c. w zw. z art. 14 Pzp nie może budzić wątpliwości, iż nie chodzi o jakąkolwiek wzmiankę w treści dokumentacji projektowej. Celem, spełnienia wymagań SIWZ z treści dokumentacji musi wynikać, że dany Ekspert wykonał konkretny, wymagany w pkt 13.1 IDW zakres dokumentacji jako projektant lub członek zespołu projektowego, przykładowo Ekspert nr 6 - dokumentację w branży automatyki obejmującą zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych. W braku takich informacji w treści projektu, brak podstaw do przyznania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert nr 3 i 4.

W podsumowaniu do tego zarzutu odwołujący wskazał, że na podstawie nieprawdziwych informacji zamawiający przyznał Inżynierii maksymalną liczbę punktów w ramach Kryterium nr 3 i 4, a w konsekwencji ocenił ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Z takim

stanem rzeczy nie sposób się zgodzić. Przywołane wyżej oświadczenia Inżynierii, w świetle przedstawionych faktów, są oczywiście nieprawdziwe, wprowadzające w błąd zamawiającego co do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Inżynierii można zarzucić co najmniej działanie lub zaniechanie nieumyślne, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jako że wykonawca ten nie dochował należytej staranności. Zgodnie z definicją zawartą w art. 355 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej: k.c.) należyta staranność to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Oznacza to, że dłużnik ma obowiązek zachowywać stosowną pilność, uwagę, ostrożność, zdrowy rozsądek oraz troskę o zrealizowanie swojego zamiaru. Staranność ta wyznacza zatem sposób, w jaki dłużnik powinien wykonać zobowiązanie.

Ponadto odwołujący stwierdził, że nawet gdyby Izba uznała, iż nie ma podstaw do wykluczenia Inżynierii na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, to odwołujący wniósł o nakazanie przeprowadzenia zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert oraz przyznania Inżynierii liczby punktów za dodatkowe doświadczenie Ekspertów spełniających wymagania z pkt 13.1.3 i 13.1.4 IDW: Doświadczenie Projektanta technologa – Eksperta nr 3 oraz Doświadczenie Projektanta automatyka – Eksperta nr 6. Ze względu na powyższe zarzuty brak podstaw do przyznania Inżynierii w ramach Kryterium nr 3 i Kryterium nr 4 łącznie 10 punktów.

Odwołujący wskazał, że zamawiający przyznał ofercie Inżynierii 100 pkt, a odwołującemu 97,58 pkt, co oznacza, że każdy ze wskazanych wyżej punktów ma istotny wpływ na wynik postępowania. Zdaniem odwołującego, biorąc pod uwagę powyższe, Inżynieria powinna ewentualnie uzyskać w Kryterium nr 3 - 0 pkt, zaś w Kryterium nr 4 - 3 pkt, .co prowadzi do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Przy takiej bowiem ocenie ofert ranking ofert (łącznie przyznana punktacja zgodnie z pkt 13 IDW) przedstawia się następująco:

Odwołujący - 97,58 pkt;

Inżynieria - 90 pkt;

WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o. - 95,87 pkt.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Od zamawiającego wymaga się zatem rzetelnej oceny okoliczności faktycznych, na podstawie których przyznawane są punkty, zwłaszcza po przedstawieniu tak dalece idących wątpliwości.

W zakresie zarzutów odnoszących się do Kryterium nr 5 odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 13.1 IDW jednym z kryteriów oceny ofert (oznaczonym nr 5) były Parametry

techniczne. W pkt 13.5 1DW zamawiający opisał trzy parametry techniczne, przy czym zarzut odwołania dotyczy jedynie parametru oznaczonego l.p. 3 (zwanym dalej „podkryterium nr 3”): instalacja do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów prefermentowanych. Zamawiający określił w pkt 13.5 w tabeli swoje wymagania i zasady oceny, jak następuje:

Wymagana wartość usuwania fosforu z odcieków oraz odzysku fosforu w postaci struwitu (struwit jest formą fosforu, będącą produktem, nawozem mineralnym - przyp. odwołującego) powinna zapewnić ograniczenie ilości fosforu w osadzie po II° odwadniania w zakresie:

Maksymalna ilość fosforu ogólnego w osadzie: 36 gP/kg s.m.

Zasady oceny:

Jeśli Wykonawca zaoferuje instalację do usuwania fosforu ogólnego z odcieków oraz do odzysku fosforu w postaci struwitu pozwalającą na ograniczenie zawartości fosforu w osadach po I° odwadniania, Wykonawca otrzyma:

- <20 gP/kg s.m. – 5p.
- >20 <24 gP/kg s.m. – 4 p.
- >24 <28 gP/kg s.m. – 3 p.
- >28 <32 gP/kg s.m. – 2 p.
- >32 <36 gP/kg s.m. – 1 p.
- =36 gP/kg s.m. – 0p.

Zamawiający przyzna w kryterium Instalacja do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów prefermentowanych maksymalnie 5 pkt.

Zamawiający podkreślił nadto w pkt 13.5 ID W, że *Przez parametry techniczne należy rozumieć wartości poniższych parametrów gwarantowanych, zaoferowanych przez Wykonawcę spełniających wymagania określone w SIWZ lub lepsze w stosunku do tych wymagań.*

Jak wyjaśnił odwołujący w zakresie przedmiotowego parametru zamawiający, tak w treści Programu Funkcjonalno-Użytkowego (vide Cz. III PFU Część opisowa Tom II pkt 3.2.3 w zw. z Cz. III PFU Część opisowa Tom 1 pkt 2.4.), jak i w treści wyjaśnień do treści SIWZ (vide np. odpowiedź na pytanie nr 101 z dnia 19 grudnia 2019 r., nr 157 i 158 z dnia 10 stycznia 2020 r.), podkreślał jego istotność i bezpośrednie przełożenie na etap realizacji, wskazując, że proponowane instalacje technologiczne (w tym również instalacja do odzysku fosforu) winny posiadać co najmniej 2 referencje, potwierdzające możliwość ich pracy w praktyce. Zamawiający bowiem wyraźnie wskazał w pkt 2.4-Cz. III PFU części opisowej Tom I, że: *Wykonawca ma swobodę w doborze rozwiązań podanych w PFU w granicach oraz pod warunkiem, że*

wybrane rozwiązania będą dobrze znane Zamawiającemu, będą sprawdzone, w warunkach przemysłowych i będą posiadały referencje dla obiektów o podobnej przepustowości.

Zamawiający co prawda w przywołanych odpowiedziach na pytania stwierdził, że będzie wymagał przedstawienia referencji na etapie składania ofert, ale wyraźnie należy odróżnić składanie przez wykonawcę referencji od spełnienia opisanego wyżej warunku, aby zaoferowane parametry spełniały wymagania SIWZ, tj. by były sprawdzone w warunkach przemysłowych, w obiektach o podobnej przepustowości. Odnosząc przytoczone wymaganie SIWZ do niniejszego zarzutu, nie może budzić wątpliwości, że zamawiający wymagał, aby gwarantowany przez wykonawców parametr ilości fosforu ogólnego w osadzie po procesie odwadniania był osiągnięty w warunkach przemysłowych, w instalacjach o podobnej przepustowości.

Inżynieria w pkt III oferty zagwarantowała osiągnięcie przedmiotowego parametru na poziomie <20 gP/kg s.m. Co istotne, wartość ta znacznie odbiega od parametrów zagwarantowanych przez pozostałych wykonawców: WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o. – 27,99 g P/kg s.m., odwołujący – 27 g P/kg s.m.

Te rozbieżności jednak nie wzbudziły u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości, chociaż powinny, w szczególności wobec pisma, jakie wystosował odwołujący do zamawiającego w dniu 16 marca 2020 r.

Tymczasem parametr , zagwarantowany przez wykonawcę na poziomie <20 gP/kg s.m. jest niemożliwy do osiągnięcia, w szczególności, biorąc pod uwagę opisane wyżej wymagania SIWZ.

Złożenie oświadczenia tej treści jak w pkt III oferty wykonawcy w zakresie parametru instalacji do usuwania fosforu stanowić, będzie także niezgodność z SIWZ - PFU cz. /II część opisowa Tom I rozdz. 2.4., jak wyżej cytowany.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący wskazał, że zadeklarowany przez Inżynierię stopień odzysku fosforu jest niemożliwy do osiągnięcia w warunkach normalnej eksploatacji instalacji. Dostępne na rynku rozwiązania technologiczne nie gwarantują tak wysokiego stopnia odzysku fosforu, szczególnie gdy osad przed fermentacją został poddany procesowi hydrolizy termicznej. Z informacji rynkowych wynika także, że tego typu instalacje, z uwagi na swój nowatorski charakter, nie mają możliwości legitymowania się co najmniej dwoma referencjami potwierdzającymi prawidłowość ich działania. Na rynku jest bowiem wiele metod odzysku fosforu z fazy płynnej, jednak odzysk fosforu w postaci struwitu (czego wymaga zamawiający w pkt 13.5 IDW), zapewniający ograniczenie ilości fosforu w osadzie po odwadnianiu do poziomu mniejszego niż 20 g P/kg s.m., nie jest

sprawdzone w warunkach przemysłowych, a tego zamawiający wymagał także w SIWZ.

W kontekście omawianego parametru, podkreślenia przy tym wymaga, że zamawiający wyraźnie wskazał na konieczność zagwarantowania odpowiedniego stopnia odzysku fosforu (w postaci produktu, struwitu), a nie redukcji fosforu, co oznacza, że strącanie chemiczne fosforanów w odcieku będzie skutkowało wiązaniem fosforu w komórkach, obniżając jednocześnie stopień odzysku fosforu. Innymi słowy, w ramach Kryterium nr 5 podkryterium nr 3 wymagania zamawiającego dotyczą wartości usuwania fosforu z odcieków oraz odzysku fosforu w postaci struwitu. Tym samym należy wyraźnie odróżnić parametr maksymalnej ilości fosforu w osadzie w związku z usuwaniem fosforu od tego parametru w związku z odzyskiem fosforu w postaci struwitu (parametr na poziomie <20 g P/kg s.m. w ofercie Inżynierii, niemożliwy obecnie do osiągnięcia w warunkach przemysłowych, w podobnych instalacjach). Ten wniosek wyraźnie odzwierciedlają oferty pozostałych wykonawców, konkurencyjnych do Inżynierii, posiadających bogate doświadczenie w analogicznych realizacjach do będącej przedmiotem niniejszego postępowania. Zadeklarowali oni poziom odzysku fosforu na analogicznym poziomie, oscylującym w granicach 27 gP/ kg s.m. Taka zbieżność parametru gwarantowanego przez obu wykonawców konkurencyjnych do Inżynierii nie jest przypadkiem, a odpowiedzią na rynkowe możliwości techniczne, w szczególności wobec wymagania zamawiającego z SIWZ, aby rozwiązania były sprawdzone w warunkach przemysłowych.

W konsekwencji, deklaracja Inżynierii o możliwości osiągnięcia stopnia odzysku osadu fosforu po procesie odwadniania na poziomie mniejszym niż 20 gP/kg s.m. stanowi wprowadzenie zamawiającego w błąd co do możliwości uzyskania takiego parametru przy dostępnych na rynku rozwiązaniach (wg PFU - sprawdzonych w warunkach przemysłowych, w obiektach o podobnej przepustowości), będąc tym samym działaniem sankcjonowanym wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 2 Pzp. Zaoferowanie przez Inżynierię parametru w Kryterium 5 podkryterium 3 na poziomie niemożliwym do osiągnięcia w świetle wymagań SIWZ prowadzi do sztucznego zawyżenia punktacji przyznanej ofercie tego wykonawcy, w konsekwencji do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Różnica pomiędzy ofertami jest niewielka w ujęciu przyznanych punktów (100 pkt Inżyniera, odwołujący - 97,58 pkt, WTE Wassertechnik (Polska), Sp. z o.o. - 95,87 pkt), zaś w

ramach przedmiotowego podkryterium wykonawca i otrzymał maks. 5 punktów. Tym samym zaofierowanie parametru niemożliwego do wykonania wpłynęło na ranking ofert i na decyzje zamawiającego. Spełnione więc zostały wszystkie przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, opisane szerzej powyżej i mające odniesienie także do tego zarzutu.

Jednocześnie złożenie oferty z parametrem gwarantowanym niemożliwym od osiągnięcia, w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów za ten parametr, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie zachowanie wykonawcy narusza bowiem dobre obyczaje, o czym stanowi art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i jednocześnie wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1 tej ustawy.

Zdaniem odwołującego co przy tym istotne, a na co zwróciła uwagę Izba w przytoczonym wyroku, zgodnie z Częścią II SIWZ „Projekt umowy” – II.3 Warunki Szczególne Kontraktu, zamawiający nie przewidział kar umownych za niedotrzymanie parametrów gwarantowanych przez wykonawcę. Zamawiający zastrzegł sobie jedynie prawo odstąpienia od umowy w przypadku nieosiągnięcia deklarowanych przez wykonawcę w ofercie parametrów instalacji ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert, jednak doświadczenie życiowe pokazuje, że po wybudowaniu instalacji (a dopiero wówczas będzie możliwa weryfikacja przedmiotowego parametru) zamawiający z prawa tego praktycznie nie korzystają. Tym samym Inżynierii „opłacało się” zaofierować parametr, którego żaden inny, rzetelny wykonawca nie zaofieruje, i uzyskać tym samym dodatkowe punkty, gwarantujące wybór oferty Inżynierii jako najkorzystniejszej.

Ponadto w ocenie odwołującego zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty oznacza także, że doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W niniejszej sprawie niemożliwość świadczenia dotyczy jedynie oferowanego parametru technicznego instalacji do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów przefermentowanych, co oznacza, że nie można mówić o nieważności całej oferty złożonej przez wykonawcę w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Jeżeli tylko część świadczenia o charakterze złożonym jest niemożliwa do spełnienia, należy zastosować przepis art. 58 § 3 k.c. (jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy, co do pozostałych części). To jednak oznacza, że w razie stwierdzenia braku podstawko wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 lub odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 albo ust. 2 Pzp, Wykonawca co najmniej nie powinien uzyskać punktów w ramach tego podkryterium. W przeciwnym bowiem razie dochodzi do

naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Przy taki ej. o cenie ofert ranking ofert (łącznie przyznana punktacja zgodnie z pkt 13 IDW, niezależnie od zarzutów dot. kryterium nr 3 i 4) przedstawia się następująco: odwołujący - 97,58 pkt, Inżynieria - 95 pkt, WTE Wassertechnik (Polska) Sp. z o.o. - 95,87 pkt.

Zamawiający, mimo tak wielu wątpliwości jak opisane w odwołaniu, w szczególności pojawiających się na tle porównania ofert wykonawców w, zakresie oferowanych parametrów, zaniechał wszczęcia postępowania wyjaśniającego dotyczącego oferty Inżynierii, czym co najmniej naruszył przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający jest uprawniony do zawarcia umowy jedynie z wykonawcą wybranym zgodnie z Pzp, tym samym za niezgodne z przepisami Pzp uznać należy zaniechanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty Inżynierii. Nie chodzi bowiem o wybór oferty jako takiej, ale o wybór oferty wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, w szczególności wykonawcy, który dotrzyma osiągnięcie parametrów gwarantowanych w ofercie i ocenianych przez zamawiającego w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Jako ostatecznie odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nierzetelne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, w wyniku którego dokonano wyboru oferty Inżynierii jako najkorzystniejszej, stanowi jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Zgłaszający przystąpienie w dniu 19 czerwca 2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej przesłał pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Do pisma procesowego załączył dowody na potwierdzenie twierdzeń w nim zawartych.

Odwołujący w dniu 23 czerwca 2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej złożył pismo procesowe stanowiące *de facto* spis dowodów. Do pisma zostały dołączone wnioskowane przez niego dowody.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt I.2 poz. 1

(dotyczącego Kryterium nr 4 i usługi świadczonej w ramach projektu oczyszczalni ścieków Czajka) oraz w pkt II uzasadnienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów przez odwołującego i przystępującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę – Inżyniera Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie (zwanego dalej: „przystępującym” lub nadal: „Inżynierią”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy w dniu 6 maja 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - oferty złożonej przez przystępującego wraz z załącznikami;
 - informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 kwietnia 2020 r.;
- 2) złożonych przez odwołującego:
 - metryki Projektu budowlanego – Załącznika nr 4/7 do decyzji nr AB/MJ-6740/15/17/K z dnia 2 lutego 2017 r.;
 - metryki Projektu budowlanego – nazwa opracowania: „Projekt budowlany modernizacji i rozbudowy Oczyszczalni Ścieków w Piotrkowie Trybunalskim”;
 - stanowiska Zachodniopomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa znak OKK-025/0017(2)/20 z dnia 17 kwietnia 2020 r.;
 - pytania skierowanego do Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w dniu 7 kwietnia 2020 r.;
 - stanowiska Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa znak MAZ/175/06/22 z dnia 17 kwietnia 2020 r.;

- artykułu pt.: *Sprawdzanie projektów i opracowań projektowych*, A. Krupa, opubl. Inżynier Budownictwa, nr 10/2007;
- metryki Projektu budowlanego – nazwa opracowania: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Otwocku – ZADANIE II”;
- metryki Projektu budowlanego – nazwa opracowania: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Otwocku – ZADANIE III”;
- metryki Projektu budowlanego – nazwa opracowania: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Otwocku – ZADANIE IV – Remont przepompowni ścieków „Ługi””;
- opinii dr M. Smol dotyczącej możliwego poziomu odzysku surowców fosforowych;
- życiorysu zawodowego dr. M. S.;
- zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, w którym znajdują się informacje dotyczące pana J.K.;

3) złożonych przez przystępującego:

- referencji wydanych przez EKOLOG Sp. z o.o. dla Przedsiębiorstwa Ochrony Środowiska EKOCOMP Sp. z o.o. dotyczących zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Otwocku – zadanie II, III i IV”;
- schematu „Połączenie systemu NSS na reaktorze biologicznym” OŚ w Otwocku;
- Instrukcji Bezpiecznej Eksploatacji oczyszczalni ścieków w Otwocku, system RTC (NSS) (strony 1 i 6);
- referencji z dnia 20 kwietnia 2020 r. wydane przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni dla CDM Smith Sp. z o.o.;
- opinii z dnia 23 czerwca 2020 r. sporządzonej przez mgr inż. R. Z. dotyczącej parametru wskazanego przez przystępującego w zakresie Kryterium nr 5;
- wyciągu z dokumentacji wykonawczej i powykonawczej sporządzonej w ramach inwestycji dotyczącej Oczyszczalni Czajka, w której sporządzeniu uczestniczył pan M.P.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego złożonych przez przystępującego dokumentów dotyczących osoby pana J.K., na które przystępujący powołał się w swoim piśmie procesowym oraz załączył do tego pisma z uwagi na wycofanie tych wniosków dowodowych na rozprawie przez przystępującego.

Ponadto Izba odmówiła zaliczenia na poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 25 czerwca 2020 r. przez odwołującego wraz z wnioskiem o otwarcie rozprawy. Były to:

- korespondencja e-mail między panią T.K. a panem C.S. z dni 24-25 czerwca 2020 r.;
- tłumaczenie na język polski korespondencji e-mail panią T.K. a panem C.S. z dni 24-25 czerwca 2020 r.

Dokumenty ten odnosiły się do dowodu złożonego przez przystępującego w postaci opinii z dnia 23 czerwca 2020 r. sporządzonej przez mgr inż. R. Z., dotyczącej parametru wskazanego przez przystępującego w zakresie Kryterium nr 5. Odwołujący złożył te dokumenty po zamknięciu rozprawy. Na podstawie art. 190 ust. 1 zd. 2 Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do końca rozprawy. W związku z tym, że przedmiotowe dokumenty zostały złożone po zamknięciu rozprawy, Izba uznała jak na wstępie przedmiotowego akapitu.

Jak zasygnalizowano powyżej odwołujący w dniu 25 czerwca 2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej, złożył wniosek o otwarcie rozprawy. Izba nie uwzględniła przedmiotowego wniosku, podtrzymując wcześniejsze ustalenie, że zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwoli jej na merytoryczne rozpoznanie odwołania. Szczegółowa argumentacja związana z powyższym wnioskiem zostanie przedstawiona w dalszej części uzasadnienia, przy omówieniu dowodu, do którego odnosił się ten wniosek.

W związku z cofnięciem odwołania w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt I.2 poz. 1 (dotyczącego Kryterium nr 4 i usługi świadczonej w ramach projektu oczyszczalni ścieków Czajka) oraz w pkt II uzasadnienia odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie jednej z usług wskazanych w ramach kryterium oceny ofert odnoszącego się do doświadczenia Projektanta automatyka – Eksperta nr 6 oraz zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z pkt 13.1 IDW przy ocenie ofert zamawiający oceniał 5 kryteriów:

- 1) Cena oferty – waga 60%;
- 2) Okres gwarancji i rękojmi – 10%;
- 3) Doświadczenie Projektanta technologa - Eksperta nr 3 (osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia) – waga 5%;
- 4) Doświadczenie Projektanta .automatyka - Eksperta nr 6 (osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia) – waga 5%;
- 5) Parametry techniczne – waga 20%.

W pkt 10.19 IDW zamawiający podkreślił:

Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składany jest (zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do IDW) wyłącznie w celu przyznania ewentualnych dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.2, 13.1.3 IDW.

W celu uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3, 13.1.4, IDW Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia powinien zawierać wymagane minimum określone odpowiednio w pkt: 5.1.1.3 c), 5.1.1.3 f) IDW oraz punktowane doświadczenie dodatkowe.

Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w związku z tym, że służy do uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3 lub 13.1.4 IDW, nie będzie podlegał uzupełnieniu w trybie właściwym dla dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 13.1.3 IDW:

Doświadczenie Projektanta technologa – Eksperta nr 3:

W kryterium przyznane zostaną punkty za większe niż wymagane minimalne doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia – Projektanta technologa, określone w pkt 5.1.1.3 c) IDW tj.: Wykonawca otrzyma:

5 pkt – jeśli wskazana osoba wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 (trzy) dokumentacje projektowe w branży technologia, dotyczące budowy lub rozbudowy lub przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM.

3 pkt – jeśli wskazana osoba wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 2 (dwie) dokumentacje projektowe w branży technologia, dotyczące budowy lub rozbudowy lub przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM.

0 pkt – brak przedstawienia doświadczenia ponad wymagane w IDW minimum.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane na podstawie dokumentu, o którym mowa w pkt 10.5 IDW, w szczególności w celu uzyskania dodatkowych punktów, wypełniony załącznik Nr 4 do IDW powinien zawierać wymagane w warunku minimum oraz punktowane doświadczenie dodatkowe tzn. przykładowo dla uzyskania 3 pkt. Projektant technolog powinien posiadać doświadczenie na poziomie minimalnym określonym w pkt. 5.1.1.3 c) IDW oraz dodatkowo przy wykonaniu co najmniej jednej opisaney dokumentacji projektowej tj. łączne doświadczenie przy wykonaniu co najmniej dwóch dokumentacji projektowych.

Zgodnie z pkt 13.1.4 IDW:

Doświadczenie Projektanta automatyka – Eksperta nr 6:

W kryterium przyznane zostaną punkty za większe niż wymagane minimalne doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia – Projektanta automatyka, określone w pkt 5.1.1.3 f) IDW tj.: Wykonawca otrzyma:

5 pkt – jeśli wskazana osoba wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) co najmniej 3 (trzy) dokumentacje w branży automatyki obejmujące zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM.

3 pkt – jeśli wskazana osoba wykonała (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego - osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) co najmniej 2 (dwie) dokumentacje w branży automatyki obejmujące zakresem m. in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM.

0 pkt – brak przedstawienia doświadczenia ponad wymagane w ID W minimum.

Punkty w niniejszym kryterium zostaną przyznane na podstawie dokumentu, o którym mowa w pkt 10.5 IDW, w szczególności w celu uzyskania dodatkowych punktów wypełniony załącznik Nr 4 do IDW powinien zawierać wymagane warunki minimum oraz punktowane doświadczenie dodatkowe tzn. przykładowo dla uzyskania 3 pkt. Projektant automatyk powinien posiadać doświadczenie na poziomie minimalnym określonym w pkt. 5.1.1.3 f) IDW oraz dodatkowo, przy wykonaniu co najmniej jednej opisanej dokumentacji projektowej tj. łączne poświadczenie przy wykonaniu co najmniej dwóch dokumentacji projektowych.

Zgodnie z pkt 13.1.5 ppkt 3 IDW zamawiający w ramach Kryterium nr 5 – Parametry techniczne zastosował podkryterium Instalacja do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów przefermentowanych.

Wymagania zamawiającego w ramach tego kryterium kształtowały się następująco:

Wymagana wartość usuwania fosforu z odcieków oraz odzysku fosforu w postaci struwitu powinna zapewnić ograniczenie ilości fosforu w osadzie po II° odwadniania w zakresie:

- Minimalna ilość fosforu ogólnego osadzie: 20 gP/kg s.m.*
- Maksymalna ilość fosforu ogólnego osadzie: 36 gP/kg s.m.*

Zasady oceny tego podkryterium:

Jeśli Wykonawca zaoferuje instalację do usuwania fosforu ogólnego z odcieków oraz do odzysku fosforu w postaci struwitu pozwalającą na ograniczenie zawartości fosforu w osadach po II° odwadniania, Wykonawca otrzyma:

- <20 gP/kg s.m. – 5p.*
- >20 <24 gP/kg s.m. – 4 p.*
- >24 <28 gP/kg s.m. – 3 p.*

- >28 <32 gP/kg s.m. – 2 p.
- >32 <36 gP/kg s.m. – 1 p.
- =36 gP/kg s.m. – 0p.

Zamawiający przyzna w kryterium Instalacja do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów przefermentowanych maksymalnie 5 pkt.

Treść pytań i odpowiedzi do treści SIWZ nr 83, 101, 140, 157, 158 i 172 z dnia 9 grudnia, 19 grudnia 2019 r. i 10 stycznia 2020 r.:

Pytanie nr 83

W związku z podanymi w SIWZ (pkt. 13) kryteriami wyboru i oceny ofert prosimy o podanie aktualnych wyników badań zawartości fosforu w osadzie po II° odwadniania.

Odpowiedź:

Zamawiający w załączeniu udostępnia badania jakości osadów.

Pytanie nr 101

W PFU część III część opisowa Tom I w rozdziale 2.4. „Wymagania dotyczące procesów technologicznych” Zamawiający napisał „Wykonawca ma swobodę w doborze rozwiązań podanych w PFU w granicach oraz pod warunkiem, że wybrane rozwiązania będą dobrze znane Zamawiającemu, będą sprawdzone w warunkach przemysłowych i będą posiadały referencje, dla obiektów o podobnej przepustowości (min. 100 000 RLM), eksploatowanych w podobnych warunkach klimatycznych”. Jak Zamawiający zamierza zweryfikować na etapie składania ofert, że zaproponowane rozwiązania mają referencję i są sprawdzone w warunkach przemysłowych? Proponujemy, aby w celu weryfikacji tego warunku Wykonawca dołączył do oferty listę, na której umieści nazwę proponowanych głównych rozwiązań (ocenianych w kryteriach oceny ofert tzn. hydroliza osadów ściekowych, instalacja do usuwania azotu oraz odzysku fosforu z odcieków, nadrzędny system sterowania) wraz z podaniem przynajmniej jednej komunalnej oczyszczalni ścieków gdzie rozwiązanie zgodne z SIWZ jest zastosowane w danym układzie technologicznym.

Odpowiedź:

Zmawiający wymaga zainstalowania w nowo budowanym (projektowanym) układzie hydrolizy osadu kompletnego systemu opomiarowania, w tym urządzeń, które w jednoznaczny sposób pozwolą na weryfikację opisanych w PFU warunków eksploatacji.

Pytanie nr 140

W PFU Tom II Rozdział 14.3.11 str. 134 Zamawiający wymaga zagwarantowania redukcji związków fosforu ogólnego w odciekach z odwadniania i suszenia osadów na poziomie min. 80%. Doświadczenia poparte literaturą pokazują, że uzyskanie redukcji na takim poziomie możliwe jest jedynie dla fosforu w postaci ortofosforanowej, co wynika wprost z kinetyki

procesu wytrącania struwitu. Uzyskanie 80% redukcji fosforu ogólnego byłoby możliwe tylko w sytuacji, gdy fosfor ogólny w odciekach równy jest fosforowi ortofosforanowemu, natomiast doświadczenie pokazuje, że taka sytuacja w praktyce nie zachodzi. Sugerujemy zmianę sformułowania "fosfor ogólny" na "fosfor ortofosforanowy" w treści rozdziału.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy podane w PFU. Wymagania określone przez Zamawiającego zostały potwierdzone w ofertach przekazanych przez Uczestników (w tym Pytającego) w ramach Dialogu technicznego pt.: „Urządzenia i rozwiązania technologiczne możliwe do zastosowania podczas przebudowy i rozbudowy oczyszczalni ścieków „Południe” (ZPD) w zakresie gospodarki ściekowej i osadowej w ramach Fazy VI.” przeprowadzanego na przełomie września i października 2017 r. Zamawiający zwraca ponadto uwagę na fakt, iż zgodnie z wymaganymi określonymi w Tomie II PFU punkt 14.3.10 redukcja fosforu w instalacji do wytrącania struwitu będzie oceniona (w przesączu uzyskanym z osadu przefermentowanego przed odwadnianiem lub odcieków z odwadniania i suszenia osadu przefermentowanego).

Pytanie nr 157

W związku z ograniczeniem wymogów referencyjnych dla kluczowych, z punktu widzenia realizacji projektu, rozwiązań technologicznych w zakresie procesu deamonifikacji, tj. bez podobnego wymogu dla procesu hydrolizy termicznej oraz odzysku fosforu, prosimy o informację, czy w celu wyeliminowania zastosowania rozwiązań niesprawdzonych i awaryjnych (szczególnie biorąc pod uwagę doświadczenia MPWiK z dotychczasowych realizacji zawansowanych technologii przetwarzania osadów), Zamawiający będzie wymagać udokumentowania, na etapie opracowywania dokumentacji projektowej i jej zatwierdzania, że proponowane instalacje technologiczne stanowią rozwiązania sprawdzone, np. w oparciu o wskazanie 3-ech przykładów działających już instalacji z proponowanego typoszeregu dla wydajności odpowiadającej wielkości projektowanej dla oczyszczalni Warszawa Południe?

Odpowiedź:

Zamawiający potwierdza, że będzie wymagał udokumentowania, na etapie opracowywania dokumentacji projektowej i jej zatwierdzania, że proponowane instalacje technologiczne posiadają co najmniej 2 referencje.

Pytanie nr 158

W związku z planem wdrożenia nowatorskiego na rynku polskim procesu odzysku fosforu, i wobec braku doświadczeń z realizacji podobnych realizacji, zwracamy się z pytaniem, czy Zamawiający będzie wymagać na etapie opracowywania dokumentacji projektowej

przeprowadzenia badań pilotowych i przedstawienia wyników badań pilotowych, dokumentujących poprawność założeń projektowych, w oparciu o dobraną technologię? W związku z wykonywaniem już podobnych badań na terenie oczyszczalni przez jednego z dostawców technologii odzysku fosforu, wskazanym byłoby wprowadzenie takiego wymogu także dla innych potencjalnych dostawców technologii, w celu wyrównania zasad konkurencji z jednej strony, oraz potwierdzenia założeń projektowych z drugiej, co stanowić będzie oczywistą korzyść dla realizacji Projektu, i w połączeniu z wymogiem przedstawienia działających instalacji referencyjnych, ograniczy ryzyko zastosowania rozwiązań niesprawdzonych i niepowodzenie projektu.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że w ramach przedmiotowego zamówienia nie wymaga przeprowadzenia badań pilotowych. Jednocześnie Zamawiający będzie wymagał udokumentowania, na etapie opracowywania dokumentacji projektowej i jej zatwierdzenia, że proponowane instalacje technologiczne posiadają co najmniej 2 referencje.

Pytanie nr 172

W odniesieniu do wymagań Zamawiającego w zakresie ograniczenia ilości fosforu w osadzie po II° odwadniania, określonych w IDW Rozdział 13.1, wnioskujemy do Zamawiającego o wprowadzenie, w miejsce aktualnie występujących przedziałów o charakterze skokowym, progresywnej metody punktacji, pozwalającej na przyznawanie punktów w zakresie od 5 do 0, proporcjonalnie do gwarantowanej zawartości fosforu w osadach, odpowiednio w zakresie od 20 do 36 g P/kg s.m.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmiany SIWZ we wnioskowanym zakresie.

Przystępujący złożył wraz z ofertą Załącznik Nr 3 (Załącznik Nr 4 do IDW) Opis doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, wskazując jako Eksperta nr 3 – pana W.P., a jako Eksperta nr 6 – pana M.P.

Przystępujący wskazując doświadczenie osoby w ramach Kryterium nr 3 – Projektant technolog wskazał m.in.:

- Opracowanie dokumentacji na modernizację ciągu przeróbki osadów ściekowych oczyszczalni ścieków "Dębogórze"; zlecający: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni, ul. Witomińska 29, 81-311 Gdynia; Funkcja: Członek zespołu projektowego (...);

- Prace projektowe dla robót budowlanych i inżynierskich dla Kontraktu „Modernizacja oczyszczalni ścieków” - kontrakt nr VII, w ramach Projektu „Modernizacja i Rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Piotrkowie Trybunalskim zlecający: Miasto Piotrków Trybunalski,

JRP, ul. Szkolna 26; 97-300 Piotrków Trybunalski; Funkcja: Członek zespołu projektowego (...).

Natomiast jeśli chodzi o doświadczenie osoby w ramach Kryterium nr 6 – Projektant automatyk przystępujący podał m.in.:

- Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Otwocku – zadanie II, III i IV; zlecający: Otwockie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Karczewska 48, 05-400 Otwock; Funkcja: Członek zespołu projektowego

Przystępujący w pkt III oferty wskazał w ramach podkryterium *Instalacja do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów przefermentowanych* osiągnięcie parametru na poziomie <20 gP/kg s.m.

Wraz z ofertą przystępujący złożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, sporządzone przez EKOCOMP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który oddał Inżynierii do dyspozycji zasoby co do osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tym m. in. pana M.P. W zobowiązaniu pan M.P. został wskazany jako Ekspert nr 6 – Projektant automatyk. Wśród kwalifikacji pana M.P. w zobowiązaniu podano:

Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Otwocku – zadanie II, III i IV

Inwestor: Otwockie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Karczewska 48, 05-400 Otwock

**wykonanie jako członek zespołu projektowego dokumentacji projektowej w branży automatyki obejmującą m in nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości 139 500 RLM*

**termin wykonania: 09.2016 r – 02.2017 r*

W dniu 7 kwietnia 2020 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępującego. Ranking ofert prezentował się następująco:

- przystępujący – 100 pkt;
- odwołujący – 97,58 pkt,
- WTE Wassertechnik (Polska), Sp. z o.o. – 95,87 pkt.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 24 ust. 1 pkt 17 – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutów dotyczących Kryterium nr 3, tj. doświadczenia pana W.P., Eksperta nr 3 – Projektanta technologa, w pierwszej kolejności należy wskazać, że nie było sporu pomiędzy stronami, odnośnie okoliczności wykonywania funkcji sprawdzającego przez pana W.P. na dwóch kwestionowanych w odwołaniu inwestycjach, podanych na okoliczność spełnienia wymogów opisanych w kryterium. Spór dotyczył możliwości wykazania się takim doświadczeniem w ramach Kryterium nr 3. Izba doszła do przekonania, że z treści ww. kryterium wynika, iż zamawiający nie dokonywał różnicowania funkcji w zespole projektowym. Wystarczającym było, aby wskazana osoba w tym zespole się znajdowała i wykonywała w ten sposób dokumentację projektową.

Zgodnie z art. 20 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 782):

2. Projektant ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności.

4. Projektant, a także sprawdzający, o którym mowa w ust. 2, do projektu budowlanego dołącza oświadczenie o sporządzeniu projektu budowlanego, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej.

Z przywołanych powyżej przepisów wynika, że zarówno projektant jak i sprawdzający, który określany jest niekiedy jako projektant sprawdzający, załączają oświadczenie do projektu budowlanego o sporządzeniu projektu budowlanego. W związku z tym sprawdzający (projektant sprawdzający) uczestniczy w sporządzeniu projektu budowlanego. To natomiast oznacza, że nie ma podstaw do niezaliczania sprawdzającego (projektanta sprawdzającego) jako członka zespołu projektowego szczególnie, że zarówno w przepisach ww. ustawy jak i w treści SIWZ próżno szukać definicji pojęcia „zespół projektowy”. W tym kontekście stanowisko przystępującego wskazujące, że za zespół projektowy można uznać zespół osób posiadających komplementarne umiejętności i kompetencje projektowe, zaangażowanych w realizację celów cząstkowych, jakimi jest sporządzenie dokumentacji projektowej w poszczególnych branżach, jej sprawdzenie i uzgodnienie oraz realizację wspólnego celu ogólnego, jakim jest sporządzenie kompletnego projektu budowlanego, wymaganego dla uzyskania decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę, a także opracowanie projektów wykonawczych, na potrzeby przedmiotowego postępowania było adekwatne i odzwierciedlało treść wymogów postawionych w ramach przedmiotowego kryterium.

W kontekście przedmiotowej sprawy warto zwrócić uwagę na wyrok Izby z 25 sierpnia 2017 sygn. akt KIO 1657/17, który odnosił się do powyżej wskazanej kwestii. W przedmiotowym orzeczeniu Izba stwierdziła m. in., że *Odwołujący wywodził, iż osoba (...) pełniła jedynie funkcję projektanta sprawdzającego. W ocenie Izby z powyższego faktu nie można wywodzić, iż taka osoba nie mogła być członkiem zespołu projektowego. Jak wynika z zapisów SIWZ Zamawiający dopuścił potwierdzenie spełniania warunku przez wykazanie doświadczenia zdobytego jako projektant samodzielnie lub jako projektant w zespole projektowym, który wykonał dokumentację projektową o określonych parametrach. Abstrahując od całej argumentacji, czy możliwe jest łączenie funkcji projektanta i projektanta sprawdzającego przy wykonywaniu tej samej dokumentacji projektowej, nie sposób odmówić osobie, która pełniła funkcję projektanta sprawdzającego przynależności do zespołu projektowego, który wykonał określoną dokumentację projektową. Z pewnością projektantowi dokumentacji i projektantowi sprawdzającemu przypisane są inne zadania, nie można jednak w sposób kategoriyczny zaprzeczyć, iż projektant sprawdzający nie uczestniczy czynnie w pracach zespołu projektowego przy tworzeniu danej dokumentacji. Na taką okoliczność Odwołujący, którego obciążał ciężar dowodu, nie przedstawił żadnych materiałów. (...) Branie udziału w opracowaniu założeń projektowych czy konsultacjach także należy do zakresu czynności wykonywanych przez projektanta. Funkcja weryfikacyjna bowiem polega niejednokrotnie na wprowadzaniu poprawek do projektu. Ostatecznie także dostrzeżenia*

wymaga, iż Zamawiający nie wykluczył, iż możliwe jest wykazanie warunku przez wskazanie osoby, która pełniła funkcję projektanta sprawdzającego. Literalnie odczytując warunek udziału należałoby stwierdzić, że osoba pełniąca funkcję projektanta sprawdzającego jest także projektantem. Podobne stanowisko zostało zawarte także w wyrokach z 1 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2427/17 oraz z 22 października 2019 r. sygn. akt KIO 1988/19.

Z treści dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż zamawiający nie wykluczył możliwości wykazania się doświadczeniem w ramach Kryterium nr 3 w związku z pełnieniem funkcji sprawdzającego, a sam zarzut odnośnie pana W.P. ograniczał się wyłącznie do wskazania, że co prawda figuruje on w treści projektu, jednak jako „Sprawdzający”, przy czym odwołujący nie podważył samego uczestnictwa w procesie projektowania, istnienia w treści projektów zapisów wskazujących na udział pana W.P., ani zakresu merytorycznego wskazanych projektów.

Tym samym Izba uznała, że dokonana przez odwołującego zawężająca wykładnia wymagań Kryterium nr 3, „Doświadczenie Projektanta technologa – Eksperta nr 3” (osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia) nie stanowiła podstawy dla uznania niezgodności przedstawionych przez przystępującego informacji z wymaganiami zamawiającego. Taka wykładnia prowadzić mogła co najwyżej do wniosku, że postanowienia SIWZ w zakresie objętym zarzutem były na tyle niejednoznaczne, iż na obecnym etapie można formułować rozbieżne wnioski co ich treści ze skutkiem dla wyniku postępowania i oceny działania wykonawców w postępowaniu. Zgodnie z jednolitym orzecznictwem Izby i sądów powszechnych ewentualne wątpliwości interpretacyjne powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Skoro zatem w treści SIWZ zamawiający uznał za wystarczające uczestnictwo w wykonywaniu dokumentacji projektowej przez stwierdzenie „osoba wymieniona w treści projektu”, prowadzenie przez odwołującego argumentacji zawężającej na niekorzyść przystępującego, było bezskuteczne w odniesieniu do stawianych zarzutów.

Izba pominęła dowody złożone przez odwołującego w zakresie tego zarzutu. Metryki projektów budowlanych dotyczących inwestycji „Dębogórze”-Gdynia oraz w Piotrkowie Trybunalskim odnosiły się *de facto* do okoliczności bezspornej tj. wykonywania przez pana W.P. funkcji sprawdzającego na tych inwestycjach. Kolejne dwa dowody tj. stanowiska Mazowieckiej i Zachodniopomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w przedmiotowym postępowaniu miały charakter opinii prywatnych, będących odpowiedziami udzielonymi za zapytania odwołującego. Odwołujący nie wykazał, że podmioty udzielające odpowiedzi są uprawnione do dokonywania wiążącej interpretacji przepisów w zakresie objętym tymi odpowiedziami. W nawiązaniu do tego w cytowanym powyżej wyroku o sygn. akt KIO 1657/20 znajduje się fragment o treści *Jak słusznie zauważyła Przewodnicząca*

Rady Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, w opinii przedstawionej przez Przystępującego, projektanta sprawdzającego należy kwalifikować jako członka zespołu projektowego, który ponosi pełną odpowiedzialność za projekt na równi z innymi projektantami i dokonuje merytorycznej weryfikacji prawidłowości i zgodności z przepisami i normami zastosowanych rozwiązań technologicznych. Konfrontując powyżej zacytowaną argumentację z obiema złożonymi opiniami można wysnuć wniosek, że przedstawiciele Okręgowych Izb Inżynierów Budownictwa różnie interpretują zagadnienie związane z zarzutem, co oznacza, że nawet na polu branżowych specjalistów z tej dziedziny pojawiają się rozbieżne stanowiska, co nie mogło potwierdzić przydatności złożonych przez odwołującego dowodów. W przedmiotową argumentację wpisuje się także dowód w postaci artykułu pt.: *Sprawdzanie projektów i opracowań projektowych*, który Izba potraktowała jako prezentację poglądów i stanowiska autora na opisywane zagadnienie, natomiast w sprawie był on nieprzydatny. Izba nie wzięła pod uwagę także dokumentu złożonego na posiedzeniu przez odwołującego, gdyż odnosił się on do dokumentów złożonych przez przystępującego, które następnie zostały przez przystępującego wycofane.

W związku z powyższym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp jak i zarzutów ewentualnych w zakresie opisanego przez przystępującego Kryterium nr 3, tj. doświadczenia pana W.P., Eksperta nr 3 – Projektanta technologa.

Nie potwierdziły się także zarzuty odnoszące się do Kryterium nr 4, tj. doświadczenia pana M.P., Eksperta nr 6 – Projektanta automatyka.

Na wstępie należy wskazać, że okoliczności związane z przedmiotowym zarzutem są inne niż te dotyczące Kryterium nr 3. W ramach tego zarzutu odwołujący wskazał, że pan M.P. w ogóle nie został wymieniony w treści projektu, z czego wynika, że w ogóle nie brał udziału w wykonaniu dokumentacji, zatem przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd oświadczeniem dotyczącym dodatkowo punktowanego doświadczenia.

Podkreślenia wymaga także pewna różnica w treści obu kryteriów. Otóż, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów (5 pkt) w Kryterium nr 3 podana osoba miała wykonać (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego – osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) w okresie 10 lat przed upływem terminu składania ofert, co najmniej 3 (trzy) dokumentacje projektowe w branży technologia, dotyczące budowy lub rozbudowy lub przebudowy lub modernizacji oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM. Natomiast dla uzyskania maksymalnej liczby punktów (5 pkt) w Kryterium nr 4 podana osoba miała wykonać (samodzielnie lub jako członek zespołu projektowego – osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) co najmniej 3 (trzy)

dokumentacje w branży automatyki obejmujące zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM. Jak wynika z porównania obu kryteriów w Kryterium nr 3 osoba wskazana miała wykonać co najmniej trzy dokumentacje projektowe w określonym zakresie, natomiast w Kryterium nr 4 wskazana osoba miała wykonać co najmniej trzy dokumentacje we wskazanym zakresie. Ta różnica miała znaczenie ponieważ dla Kryterium nr 4 wystarczało legitymowanie się doświadczeniem w wykonaniu trzech dokumentacji, które nie musiały mieć charakteru dokumentacji projektowej. Łącząc to, ze stwierdzonym w ramach zarzutów dla Kryterium nr 3 brakiem określenia przez zamawiającego pojęcia „zespół projektowy”, musiało skutkować rozszerzeniem zakresu wymogu w ramach tego kryterium w stosunku do Kryterium nr 3 na dokumentacje, które nie miały charakteru projektowego. W związku z tym jako członek zespołu projektowego (osoba wymieniona co najmniej w treści projektu) w rozumieniu Kryterium nr 4 można było uznać także osobę będącą członkiem zespołu przygotowującą dokumentację w branży automatyki obejmujące zakresem m.in. nadrzędny system sterowania oczyszczalni ścieków komunalnych o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM (osoba wymieniona co najmniej w treści dokumentu).

W tym kontekście Izba przyjęła za wiarygodne twierdzenia przystępującego, że generalnym wykonawcą w zadaniu inwestycyjnym pn.: „Przebudowa i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Otwocku - zadanie II, III i IV” była firma EKOLOG Sp. z o.o. W toku realizacji robót wystąpiła między innymi konieczność wykonania dokumentacji zamiennej oraz powykonawczej. Prace te zostały wykonane przez Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska EKOCOMP Sp. z o.o. (zwane dalej: „EKOCOMP”), co potwierdzają, niepodważone lub zakwestionowane przez odwołującego referencje załączone do pisma procesowego. Z referencji tych wynika, że zadanie EKOCOMP obejmowało wykonanie prac branży elektroenergetycznej i AKPiA z systemem sterowania oraz udziałem w rozruchu technologicznym w tym Dokumentacje Wykonawcze i powykonawcze:

- dokumentacja zamienna branży AKPiA;
- kompleksowe wykonanie dokumentacji systemu NSS.

Z dalszej części referencji wynika, że EKOCOMP wdrożyła wspólnie z firmą Hach system NSS firmy Hach (moduł kontroli i optymalizacji procesu technologicznego).

Z kolejnych dowodów złożonego przez przystępującego tj.:

- schematu „Połączenie systemu NSS na reaktorze biologicznym” OŚ w Otwocku;
- Instrukcji Bezpiecznej Eksploatacji oczyszczalni ścieków w Otwocku, system RTC (NSS) (strony 1 i 6);

wynikało, że pan M.P. brał udział w wykonaniu Instrukcji Bezpiecznej Eksploatacji oczyszczalni ścieków w Otwocku, system RTC (NSS), stanowiącej część dokumentacji powykonawczej.

Warto przypomnieć, że pan M.P. został podany w załączonym do oferty przystępującego zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, udzielonym przez EKOCOMP, jako oddana do dyspozycji osoba zdolna do wykonania zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że usługa dotycząca inwestycji w Otwocku, wskazana wobec pana M.P. wypełniała wymogi zawarte w treści Kryterium nr 4, a odwołujący nie powążył tej okoliczności.

Nie miały wobec tego znaczenia dowody złożone przez odwołującego w zakresie tego zarzutu tj. metryki Projektu budowlanego dla zadania II, III i IV odnośnie inwestycji w Otwocku, ponieważ dotyczyły tylko projektu budowlanego. Jak ustaliła Izba powyżej, dopuszczalne było wskazanie w ramach Kryterium nr 4 doświadczenia podanej osoby w wykonaniu innej dokumentacji niż projekt budowlany.

Tym samym Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 i pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp jak i zarzuty ewentualne w zakresie określenia przez przystępującego Kryterium nr 4, tj. doświadczenia pana M.P., Eksperta nr 6 – Projektanta automatyka.

Kolejny zarzut dotyczył wprowadzenia zamawiającego w błąd co do możliwości zagwarantowania zamawiającemu w ramach Kryterium nr 5 parametru technicznego *Instalacji do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów prefermentowanych* na poziomie <20 gP/kg s.m., przez co złożenie oferty przez przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w pkt 13.1.5 ppkt 3 IDW określił granice możliwych wartości parametru technicznego *Instalacji do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów prefermentowanych*: od <20 gP/kg s.m. (najlepszy dopuszczony) do = 36 gP/kg s.m. (najgorszy dopuszczony).

Odwołujący przez ten zarzut *de facto* kwestionował treść ww. kryterium. W odwołaniu wyraźnie wskazano (...) *parametr zagwarantowany przez Wykonawcę na poziomie <20 gP/kg s.m. jest niemożliwy do osiągnięcia, w szczególności biorąc pod uwagę (...) wymagania SIWZ*. Przystępujący składając ofertę w tym podając informację w ramach przedmiotowego kryterium nie dokonał zawężenia parametrów w jego ramach, ani nie zadeklarował osiągnięcia parametru, który nie wynikał z konstrukcji samego kryterium. Wprost przeciwnie, przystępujący podał jedną z określonych przez zamawiającego

możliwości realizacji tego kryterium, która była wyraźnie wskazana w cytowanym powyżej pkt 13.1.5 ppkt 3 IDW. Stawianie zarzutu w konstrukcji przyjętej przez odwołującego na obecnym etapie tj. po wyborze najkorzystniejszej oferty, wobec wartości parametru, który został przyjęty i utrzymany w treści SIWZ przez zamawiającego, Izba uznała za niedające podstaw do uwzględnienia.

Tytułem wyjaśnienia należy wskazać, że w związku z przedmiotowym kryterium czy też wskazanymi w nim parametrami wykonawcy zadawali pytania do treści SIWZ. Treści tych pytań oraz udzielone na nie odpowiedzi zostały zaprezentowane powyżej i były to m. in. pytania nr 83, 101, 140, 157, 158 i 172. Z treści przedmiotowych pytań wynika, że wykonawcy zgłaszali postulaty i propozycje w ramach wymaganych parametrów i sposobu ich weryfikacji w ramach kwestionowanego kryterium. W treści pytania nr 158 jeden z wykonawców zwracał uwagę na nowatorski na rynku polskim plan wdrożenia procesu odzysku fosforu oraz brak doświadczeń z realizacji podobnych realizacji. Zamawiający jednak dokonał mniej lub bardziej dokładnych odpowiedzi na zadane pytania, które w ocenie Izby rozwiewały wątpliwości wykonawców lub przynajmniej w stopniu wystarczającym ich satysfakcjonowały. Stwierdzenie to wynika z faktu, że żaden z wykonawców nie zdecydował się na wniesienie odwołania w związku z ustalonymi w tym zakresie przez zamawiającego postanowieniami SIWZ. W związku z tym kwestionowanie zasadności tych postanowień w tym także możliwości ich realnego spełnienia na ten moment Izba uznała za spóźnione, a całą argumentację w tej materii potraktowała jako przygotowaną na potrzeby popierania odwołania. W tym zakresie warto podkreślić konstatację zawartą w wyroku z 22 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1238/19, w którym wskazano, że *Mając ponadto na uwadze możliwość wniesienia środków ochrony prawnej, w odniesieniu do regulacji SIWZ, Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie od dalszych czynności zamawiającego wszelkie zarzuty kierowane do treści SIWZ uznaje za spóźnione – nie jest bowiem możliwe obejście terminu na wniesienie odwołania, poprzez formułowanie zarzutów co do brzmienia SIWZ na etapie, na którym wykonawca uzna, że zarzuty, które mógł zgłosić wcześniej (i na których zgłoszenie we właściwym trybie termin upłynął) stały się w jego ocenie istotne.*

Ponadto skład orzekający wskazuje, że odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, dotyczącego konieczności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W okolicznościach przedmiotowej sprawy ewentualnie w kontekście tego przepisu skład orzekający mógł rozważyć zasadność twierdzeń odwołującego w zakresie niemożliwości spełnienia kryterium ustalonego przez zamawiającego.

Izba pominęła dowody przedłożone zarówno przez odwołującego jak i przystępującego na poparcie swoich argumentacji w ramach przedmiotowego zarzutu. Dowody te zarówno w przypadku odwołującego (opinia dotycząca możliwego poziomu odzysku surowców fosforowych) jak i przystępującego (opinia z dnia 23 czerwca 2020 r. dotycząca parametru wskazanego przez przystępującego w zakresie Kryterium nr 5), miały charakter dokumentów prywatnych sporządzonych na wniosek i w interesie obu podmiotów. Ponadto wnioski z tych opinii były rozbieżne i pokrywały się ze stanowiskami podmiotów, które je przedłożyły, a skład orzekający nie miał potrzeby oceny warstwy merytorycznej zawartej w tych dowodach, gdyż zebrany w sprawie materiał dowodowy był i tak wystarczający do rozpoznania sprawy. Dodatkowo w związku z pominięciem powyżej wskazanego dowodu złożonego przez przystępującego Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego z dnia 25 czerwca 2020 r. o otwarcie rozprawy. Wniosek ten był związany z nowym dowodem uzyskanym przez odwołującego, który miał stanowić dowód przeciwny wobec dokumentu złożonego przez przystępującego. Pominięcie tego dokumentu przez skład orzekający czyniło dowód złożony przez odwołującego po zamknięciu rozprawy bezprzedmiotowym, stąd Izba nie znalazła podstaw do ponownego otwarcia rozprawy.

Reasumując Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz wszelkie zarzuty ewentualne w tym zakresie uznając, że przystępujący nie przedstawił informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przez zagwarantowanie w ofercie w ramach kryterium nr 5 parametru technicznego *Instalacji do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów prefermentowanych* na poziomie <20 gP/kg s.m., a złożenie przez przystępującego oferty nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji oddalenia wszystkich powyżej wskazanych zarzutów nie mógł znaleźć potwierdzenia zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz 7 ust.1 Pzp, gdyż w ocenie Izby zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a przy tym nie zostały naruszone zasady systemu zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów

podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: