

Sygn. akt: KIO 2184/11

WYROK

z dnia 30 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Agata Dziuban**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 października 2011 r.** oraz w dniu **30 listopada 2011r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 października 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa; Veolia Water Systems Sp. z o.o. ul. Balicka 48, 30 -149 Kraków; adres do korespondencji: Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Siedlcach ul. Leśna 8, 08-110 Siedlce,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa; Veolia Water Systems Sp. z o.o. ul. Balicka 48, 30 -149 Kraków,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł,** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa; Veolia Water Systems Sp. z o.o. ul. Balicka 48, 30 -149 Kraków,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa; Veolia Water Systems Sp. z o.o. ul. Balicka 48, 30 - 149 Kraków** na rzecz zamawiającego **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Siedlcach ul. Leśna 8, 08-110 Siedlce** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Siedlcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie i wykonanie kompletnej suszarni osadów dla oczyszczalni ścieków w Siedlcach,” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3.08.2011 r. pod nr 2011/S 147-245036, w dniu 10 października 2011 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie i Veolia Water Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej zwany odwołującym lub konsorcjum Warbud), w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 30 września 2011 r. o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą Pzp, wykonawca: konsorcjum Warbud zarzuciło zamawiającemu: Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Siedlcach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.:

1. art. 7 ust. 1 ustawy, przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,
2. art. 26 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez odrzucenie oferty odwołującego,
4. art. 87 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty odwołującego,
5. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez unieważnienie postępowania pomimo złożenia przez odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu,
6. uchybienie innym przepisom wskazanym bądź wynikającym z treści odwołania.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

4. wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że w piśmie z dnia 30 września 2011 r. o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania, zamawiający uzasadnił podjęte czynności następująco:

1. W pkt 1.5.6 PFU (programu funkcjonalno-użytkowego) zawarty był wymóg, aby wskaźnik zapotrzebowania energii cieplnej na jeden kilogram odparowanej wody nie był większy niż 0,85 kW/h. Z danych zawartych w schemacie suszarni wynika, że wskaźnik ten wynosi 1,06 kW/h - jest więc wyższy od wymaganego, stąd też oferta nie spełnia wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia.

2. W pkt 1.5.7 PFU zawarty był wymóg dostarczenia dwóch sztuk agregatów kogeneracyjnych zasilanych biogazem o sprawności elektrycznej nie mniejszej niż 38,5% - wykonawca w ofercie zaproponował agregaty MTU GC 192 B5 MB 3066 L4. Z załączonej karty katalogowej tego typu agregatu wynika, że dla wyprodukowania 192 kW energii elektrycznej trzeba doprowadzić ciepło w ilości 499 kW, co daje sprawność agregatu 38,48%. Zaproponowane przez wykonawcę urządzenia nie spełniają wymogów zawartych w SIWZ.

3. W piśmie z dnia 30 września 2011 r. zamawiający poinformował też, że zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, gdyż oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Jednocześnie, w związku z brakiem ofert niepodlegających odrzuceniu zamawiający unieważnił prowadzone postępowanie.

Odwołujący nie zgodził się z postawionymi zarzutami, prezentując następujące stanowisko:

1. Wskaźnik zapotrzebowania energii cieplnej w oferowanej instalacji należało policzyć zgodnie ze wzorami podanymi w PFU w punkcie 2.3.8.2 Instalacja suszenia osadów w części „Obliczenie wskaźnika zużycia energii cieplnej na jednostkę odparowanej wody.” Odwołujący stwierdził, że zastosował się do instrukcji zamawiającego zawartej w SIWZ i policzył wskaźnik zużycia energii cieplnej zgodnie z podanym wzorem. Tak wyliczony wskaźnik wynosi 0,78 kW/kg odparowanej wody, a nie jak twierdzi zamawiający 1,06 kW/kg odparowanej wody. Zgodnie z PFU maksymalny wskaźnik odparowanej wody miał wynosić 0,85 kW/kg. Tym samym gwarantowany przez odwołującego wskaźnik jest niższy od wymaganego w punkcie 1.5.6 PFU, co w ocenie odwołującego, potwierdza zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Wskaźnik ten został jednoznacznie przedstawiony w ofercie w załączniku nr 7 – „Wykaz gwarancji (parametrów gwarantowanych przez wykonawcę”) na stronie 290 i tę wartość zamawiający

winien przyjąć do oceny oferty jako wartość wiążącą. Zatem oferta konsorcjum Warbud spełnia wymogi określone w punkcie 1.5.6. PFU, który określał maksymalną wartość tego wskaźnika na poziomie 0,85 kWh/kg odparowanej wody. Odwołujący zaznaczał, że załączony do oferty schemat suszarni przedstawia pełny bilans energetyczny i potwierdza poprawność wyliczenia wskaźnika zgodnie ze wzorem narzuconym przez zamawiającego. Natomiast zamawiający w swoich obliczeniach prawdopodobnie nie uwzględnił wszystkich składowych warunkujących wartość wskaźnika zapotrzebowania energii cieplnej, skoro otrzymany przez niego wynik wynosi 1,06 kW/kg odparowanej wody, a nie jak zaoferował odwołujący: 0,78 kW/kg. Odwołujący potwierdził, że zgodnie z załącznikiem 7 do oferty gwarantowany wskaźnik zapotrzebowania energii cieplnej nie będzie przekraczał 0,78 kW/kg odparowanej wody.

2. Zdaniem odwołującego zaoferowane agregaty kogeneracyjne zasilane biogazem MTU GC 192 B5 MB 3066 L4, zgodnie z oświadczeniem zawartym na stronie 291 oferty, posiadają sprawność elektryczną nie mniejszą niż 38,5%. W ocenie odwołującego, zamawiający wyciągnął nieprawidłowe wnioski z załączonej karty katalogowej, gdyż karta ta pełni rolę jedynie informacyjną i podaje sprawność elektryczną urządzeń dla zawartości metanu w biogazie 55%. Zwyczajowo na oczyszczalni ścieków zawartość metanu waha się w granicach 60-65%. Wartość metanu ma istotny wpływ na sprawność elektryczną urządzenia i tak np. dla oferowanego urządzenia typu MB3066L4 o zawartość metanu 65% w biogazie sprawność elektryczna wynosi 38,51 %. W przedmiotowym postępowaniu wartość metanu w biogazie jest jeszcze wyższa i zgodnie z informacjami podanymi przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, wynosi 65,24 %. Tym samym, jak przekonywał odwołujący, sprawność elektryczna oferowanego urządzenia wyniesie powyżej 38,5 %.

Z ostrożności podnosił, iż gdyby zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do prawidłowości oświadczeń zawartych w treści oferty, to winien był wyjaśnić te kwestie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W konkluzji, odwołujący uznał za wykazane, że złożona oferta nie podlega odrzuceniu, zatem podnosił, iż zamawiający miał obowiązek wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania. W odpowiedzi na odwołanie oraz do protokołu rozprawy zajął stanowisko, iż nie zachodziły podstawy do uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów odwołania. Odnosząc się do argumentacji odwołania, wskazał na następujące okoliczności.

W toku badania oferty konsorcjum Warbud S.A., zamawiający stwierdził, iż wykonawca nie przedłożył wymaganego pkt 9.3.5 SIWZ (IDW) oświadczenia, iż osoby, które

będą wykonywały zamówienie posiadają wymagane uprawnienia. Mając jednak na uwadze, iż uznał ofertę konsorcjum Warbud S.A. za podlegającą odrzuceniu, odstąpił od wezwania wykonawcy do uzupełnienia wymienionego oświadczenia, do czego upoważnia treść art. 26 ust.3 zdanie pierwsze *in fine* ustawy Pzp.

Przechodząc do podstaw odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający podkreślał, że w pkt 1.5. PFU opisał szczegółowo właściwości funkcjonalno-użytkowe poszczególnych instalacji i urządzeń składających się na projektowaną suszarnię osadów.

Ad. 1. W pkt 1.5.6. znalazły się wymagania dotyczące instalacji do suszenia osadu, wśród których zamawiający podał między innymi wskaźnik zapotrzebowania energii cieplnej wynoszący nie więcej niż 0,85 kWh/kg odparowanej wody (str. 23 PFU). Wskaźnik ten określa maksymalne zużycie energii cieplnej potrzebnej do odparowania 1 kg wody w instalacji suszarni. Jednocześnie wskazano, iż wyznaczenie wskaźników nastąpi poprzez obliczenie ilości odparowanej wody - M_{ow} (różnica masy osadów przed i za suszarką) oraz w oparciu o pomiar ciepła zawarty w paliwie dostarczonym do suszarki - Q_c , zaś szczegółową procedurę w tym zakresie opisano w pkt 2.3.8.2 PFU. Obowiązek dotrzymania ww. wskaźnika przez wykonawcę został powtórzony w pkt 1.2.5. PFU Spodziewane efekty inwestycji, pkt II.3 tabeli. W pkt 2.3.8.2. PFU w tabeli opisano wytyczne do przeprowadzenia pomiarów gwarancyjnych w trakcie ruchu 72-godzinnego suszarni, w których pkt 2 dotyczy właśnie wskaźnika zapotrzebowania energii cieplnej w przeliczeniu na jednostkę odparowanej wody. Zgodnie z wytycznymi (...) weryfikacji poddane zostaną następujące parametry: zawartość suchej masy w osadzie, zużycie gazu ziemnego przez palnik suszarki, zużycie paliwa (gazu ziemnego/biogazu) przez każdy agregat, produkcja energii elektrycznej przez każdy agregat oraz wartości opałowe gazu ziemnego i biogazu. Poniżej tabeli wskazano na sposób obliczenia wskaźnika zużycia energii cieplnej na jednostkę odparowanej wody, wykorzystując w tym celu następujący podany wzór:

$$Q_{odp} = Q_c \text{ dzielone przez } M_{ow} \times 3600 \text{ -[kWh/kg]}$$

gdzie: Q_{odp} - wskaźnik zużycia energii cieplnej w przeliczeniu na jednostkę odparowanej wody;

Q_c - ciepło całkowite zawarte w paliwie dostarczonym do suszarki;

M_{ow} - ilość odparowanej wody (w kg) liczona jako różnica masy osadu odwodnionego M_{o1} i osadu wysuszonego M_{o2} w ($M_{ow} = M_{o1} - M_{o2}$)

Z kolei, ciepło całkowite zawarte w paliwie dostarczonym do suszarki należy wyliczyć zgodnie ze wzorem:

$$Q_c = V_{gz} \times C_{gz} + [(V_g \times C_{gz}) - E_{gz}] + [(V_{bz} \times C_{bz}) - E_{bz}] - Q_{wo} \text{ (kJ/h)}$$

gdzie:

V_{gz} - Ilość zużytego gazu ziemnego przez palnik gazowy suszarki,

C_{gz} - wartość opałowa gazu ziemnego,

Vg - ilość gazu ziemnego zużyta przez agregat prądotwórczy,
 Egz - ilość energii wyprodukowanej przez agregat zasilany gazem ziemnym,
 Vbz - ilość biogazu zużyta przez agregat prądotwórczy,
 Cbz - wartość opałowa biogazu,
 Ebz - ilość energii wyprodukowanej przez agregat zasilany biogazem,
 Qwo - ilość ciepła odzyskana z wilgotnego powietrza odprowadzanego z suszarki i wykorzystana dla potrzeb grzewczych oczyszczalni ścieków i/lub ciepło z chłodzenia silników agregatów wykorzystane dla potrzeb cieplnych oczyszczalni ścieków (max 680 kW zgodnie z pkt 1.3.1.3.PFU).

Na etapie składania ofert, wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty załącznik nr 6 - Opis techniczno-technologiczny, zgodnie z którym zobowiązany był przedstawić opis pracy suszarki z określeniem bilansu cieplnego i masowego suszarki (podając między innymi następujące dane: ciepło zawarte w paliwie dostarczone do poszczególnych źródeł, ilość energii elektrycznej produkowanej przez każdy z agregatów, ilość ciepła odzyskiwanego z suszarki dla potrzeb oczyszczalni).

Konsorcjum Warbud S.A. wypełniło wymóg przedkładając schemat suszarki z określeniem bilansu cieplnego na stronie 198 swojej oferty. Jednocześnie, na stronie 290 oferty przedłożyło załącznik nr 7 (Wykaz gwarancji), w którym wskazano, że wskaźnik zużycia energii cieplnej wynosi 0,78 kWh/kg odparowanej wody.

Zamawiający stwierdził, że na etapie badania ofert dokonał sprawdzenia zadeklarowanego przez konsorcjum Warbud wskaźnika, poprzez podstawienie do ww. algorytmu wartości wynikających z przedstawionego bilansu cieplnego i masowego (schemat ze strony 198 oferty).

Według wyliczeń zamawiającego, z przedstawionego przez konsorcjum Warbud S.A. schematu wynikają następujące wartości:

Parametry	Wartość	Opis
(Vgz x Cgz)	736 kW	ciepło zawarte w gazie ziemnym dostarczane do palnika gazowego
(Vg x Cga)	1211 kW	ciepło zawarte w gazie ziemnym dostarczane do agregatu kogeneracyjnego zasilanego gazem ziemnym
Egz	500 kW	ilość energii elektrycznej wyprodukowanej przez agregat zasilany gazem ziemnym
(Vbz x Cbz)	2x499kW=998 kW	ciepło zawarte w biogazie dostarczanym do 2 szt, agregatów kogeneracyjnych zasilanych biogazem
Ebz	2x190kW=380kW	ilość energii elektrycznej wyprodukowanej przez 2 agregaty zasilane biogazem
Qwo	280kW+400kW=680kW	ciepło odzyskane z wilgotnego powietrza odprowadzanego z suszarki i ciepło z chłodzenia silników agregatów

Mow	$1720\text{kg} - 420\text{kg} = 1300\text{kg}$	Ilość odparow. wody
-----	--	---------------------

Podstawiając dane do ustalonego algorytmu, zamawiający uzyskał następujące wyniki:

- ciepło całkowite zawarte w paliwie dostarczanym do suszarki:

$$Q_c = 736 + [1211 - 500] + [998 - 380] - 680 = 1385 \text{ kW},$$

a następnie wskaźnik zużycia energii cieplnej:

$$Q_{odp} = Q_c / Mow = 1385 / 1300 = 1.06 \text{ kWh/kg}, \text{ nie zaś deklarowany } 0,78 \text{ kWh/kg}.$$

Zamawiający podnosił, że w treści odwołania nie wskazano sposobu liczenia wskaźnika zużycia energii cieplnej, ograniczając się jedynie do złożenia oświadczenia, iż „policzono ten wskaźnik zgodnie ze wzorem zawartym w pkt 2.3.8.2. PFU.” Tym samym w odwołaniu nie wskazano dowodu, a nawet argumentów przemawiających za prawidłowością złożonej oferty pod względem dotrzymania wymaganego przez zamawiającego wskaźnika zużycia energii cieplnej. W tej sytuacji, zamawiający uznał, że oferowany sposób wykonania zamówienia przez konsorcjum WARBUD nie spełnia postawionych w SIWZ wymagań co do gwarantowanych parametrów procesowych projektowanych urządzeń, o których mowa w pkt 1.3.1.1. PFU.

Ad. 2. Zgodnie z pkt 1.5.7 PFU (agregaty kogeneracyjne), sprawność elektryczna proponowanych agregatów zasilanych biogazem powinna wynosić nie mniej niż 38,5% (pkt 1.5.7. PFU). Wykonawca zobowiązany był potwierdzić zgodność parametrów oferowanych agregatów z wymaganiami PFU za pomocą kart katalogowych. Zamawiający wyjaśniał, że przez sprawność elektryczną urządzenia należy rozumieć stosunek energii przetworzonej do energii dostarczonej do tego urządzenia. Na stronie 211 oferty konsorcjum Warbud S.A. znajduje się karta katalogowa urządzenia GC 192 85 MB 3066 L4, w której wskazane zostały następujące wartości:

Pkt 1.1 Dane pracy ciągłej,

Praca w trybie równoległym,

Produkcja energii elektrycznej 192 kW,

Całkowita produkcja energii [powinno być: Całkowity pobór energii (Total energy input- wyjaśnienia zamawiającego)] 499 kW,

Stosunek obydwu wartości wynosi 38,47 %, jest zatem mniejszy niż 38,5% wymagane przez zamawiającego.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, że dane zamieszczone w karcie katalogowej dotyczą biogazu o zawartości 55% metanu, z uwzględnieniem prawidłowości, iż wraz ze wzrostem zawartości metanu w paliwie, sprawność urządzenia również wzrasta, i tak dla 65 % zawartości metanu sprawność urządzenia wyniesie 38,51%, zamawiający podnosił brak przedstawienia dowodów na poparcie takich twierdzeń.

Zamawiający podkreślał, że na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia spoczywał obowiązek wykazania w sposób przewidziany postanowieniami PFU, iż oferowane urządzenia spełniają postawione w SIWZ wymagania. Skoro informacje zawarte w karcie katalogowej nie pozwalały na potwierdzenie spełnienia wymogu sprawności elektrycznej, gdyż dane w nich zawarte nie odpowiadały okolicznościom/warunkom toczącego się postępowania, wykonawca zobowiązany był na etapie składania ofert odpowiednio udokumentować spełnienie postawionych wymagań, np. poprzez oświadczenie producenta sprzętu. Zamawiający nie uznał się za uprawnionego, by samodzielnie dokonywać jakichkolwiek przeliczeń, zmieniając tym samym treść złożonej oferty. Podkreślał, że w toku badania i oceny ofert oceniał urządzenia zaoferowane przez wykonawcę na podstawie podanych informacji oraz pośrednio przez producenta sprzętu, który przygotował kartę katalogową. Z oferty nie wynika, że zmiana ilości metanu w biogazie wpływa na zmianę (zwiększenie lub zmniejszenie) sprawności elektrycznej, która zależy od budowy danego silnika. Dodał, iż został podany skład biogazu (odpowiedź na pytanie nr 39) i wszyscy oferenci mieli możliwość przedstawienia dowodów na sprawność proponowanych urządzeń. W świetle dokumentów złożonych wraz z ofertą, zamawiający przyjął, iż konsorcjum Warbud nie wykazało w sposób należyty spełnienia wymogu sprawności elektrycznej oferowanego agregatu zasilanego biogazem.

Mając na uwadze zaistnienie podstaw do odrzucenia oferty, zamawiający przyjął, że unieważnienie postępowania zostało dokonane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z załącznikami i wyjaśnieniami (w tym PFU), protokołu postępowania, oferty odwołującego. Nadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach (wraz z załącznikami) oraz do protokołu rozprawy.

Z uwagi na okoliczność, iż ustalenie stanu faktycznego sprawy (w tym poprawności wyliczeń) wymagało wiadomości specjalnych, Izba dopuściła z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp dowód z opinii biegłego oraz powołała biegłego z listy biegłych sądowych, prowadzonej przez Prezesa Sądu Okręgowego Warszawa – Praga, z dziedziny instalacje, urządzenia, sieci sanitarne, na tezy dowodowe określone postanowieniem Izby z dnia 26 października 2011 r. z uwzględnieniem dodatkowych pytań sformułowanych przez strony.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia obejmuje „Zaprojektowanie i wykonanie kompletnej suszarni osadów dla oczyszczalni ścieków w Siedlcach.”

Z protokołu postępowania wynika, że oferty złożyło trzech wykonawców:

- 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych POLAQUA S.A. – cena 30 727 475,94 zł brutto,
- 2) CADAQUA S.A. – cena 29 997 805,38 zł brutto.
- 3) konsorcjum Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie i Veolia Water Systems Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – cena 33 197 700,00 zł brutto.

Oprócz ceny z wagą – 80%, zamawiający ustanowił dalsze kryteriów oceny ofert w postaci:

- wskaźnika zużycia energii cieplnej waga 17,
- wskaźnika zużycia energii elektrycznej waga 3.

W odniesieniu do podnoszonych zarzutów odwołania, SIWZ część III program funkcjonalno użytkowy (PFU) wymagał:

W pkt 1.5.6, aby wskaźnik zapotrzebowania energii cieplnej na jeden kilogram odparowanej wody nie był większy niż 0,85 kW/h.

W pkt 1.5.7 PFU zawarty był wymóg dostarczenia dwóch sztuk agregatów kogeneracyjnych zasilanych biogazem o sprawności elektrycznej nie mniejszej niż 38,5%.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ część I (IDW), wykonawcy byli zobowiązani opracować i złożyć w dokumentach oferty:

Opis techniczno-technologiczny – propozycja wykonawcy, według załącznika nr 6 do SIWZ, zawierającego wszelkie informacje potwierdzające spełnienie wymogów określonych w PFU wraz z załącznikami, które muszą zawierać co najmniej:

- a) karty katalogowe producentów urządzeń,
- b) wykonanie materiałowe,
- c) dane techniczne proponowanych urządzeń.

Wykaz (gwarancji) parametrów procesowych i eksploatacyjnych prasy do odwadniania osadów oraz suszarni osadu gwarantowanych przez wykonawcę według wzoru załącznika nr 7 do SIWZ.

Odwołujący wymieniony opis załączył, gdzie w punkcie 5.2. zaproponował agregaty prądotwórcze (kogeneratory) MTU GC 192 B5 MB 3066 L4 zasilane biogazem, w odniesieniu do których zadeklarował sprawność elektryczną wynoszącą 38,5% i przedstawił karty katalogowe producenta.

W opisie do schematu na stronie 198 oferty odwołującego podano – 2 kogeneratory na biogaz

zużycie paliwa 2X499 kW – produkcja energii elektrycznej - 2X 190 kW.

Odwołujący w opisie techniczno – technologicznym oraz w wykazie parametrów gwarantowanych zaferował sporne parametry, tzn. zużycie energii cieplnej na jednostkę odparowanej wody na poziomie 0,78kW/h/kg i sprawność elektryczną agregatu zasilanego biogazem na poziomie 38,5% - mieszczące się w granicach parametrów wymaganych. Do protokołu rozprawy przedłożył wyliczenie, z którego wynikało, że wskaźnik zużycia energii cieplnej według przyjętych założeń techniczno - technologicznych wynosi 0,69 kWh/kg odparowanej wody.

W wyjaśnieniach z dnia 7 września 2011 r. (odpowiedź nr 39) zamawiający podał, że „analiza biogazu zamieszczona w pliku PDF jest to ten sam dokument, który był zamieszczony w poprzednim postępowaniu przetargowym na ten sam przedmiot zamówienia wraz z załącznikiem analiza oznaczeń podstawowych składników biogazu, gdzie w tabeli podano, biogaz oczyszczony, metan 65,24.”

Pismem z dnia 30 września 2011 r. zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego z następujących przyczyn.

1. W pkt 1.5.6 PFU (programu funkcjonalno-użytkowego) zawarty był wymóg, aby wskaźnik zapotrzebowania energii cieplnej na jeden kilogram odparowanej wody nie był większy niż 0,85 kW/h. Z danych zawartych w schemacie suszarni wynika, że wskaźnik ten wynosi 1,06 kW/h - jest więc wyższy od wymaganego, stąd też oferta nie spełnia wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia.

2. W pkt 1.5.7 PFU zawarty był wymóg dostarczenia dwóch sztuk agregatów kogeneracyjnych zasilanych biogazem o sprawności elektrycznej nie mniejszej niż 38,5%. Wykonawca w ofercie zaproponował agregaty MTU GC 192 B5 MB 3066 L4. Z załączonej karty katalogowej tego typu agregatu wynika, że dla wyprodukowania 192 kW energii elektrycznej trzeba doprowadzić ciepło w ilości 499 kW, co daje sprawność agregatu 38,48%. Zaproponowane przez wykonawcę urządzenia nie spełniają wymogów zawartych w SIWZ.

Jednocześnie zamawiający informował, że zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia oświadczenia, iż osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, gdyż oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

Odrębnym pismem z 30 września 2011 r. zamawiający poinformował, że odrzucił wszystkie złożone oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że ich treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaproponowanych rozwiązań technicznych. W związku z powyższym unieważnił prowadzone postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba zważyła co następuje.

Odwolujący złożył ofertę w postępowaniu przetargowym, zatem wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, legitymujący do korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro dowodził, że bezpodstawne czynności i zaniechania zamawiającego powodują, iż może ponieść szkodę przez nieuzyskanie zamówienia - będącą wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Na tle wyżej przytoczonych postanowień SIWZ i oferty konsorcjum firm: Warbud S.A., Veolia Water Systems Sp. z o.o. oraz całości zgromadzonego materiału dowodowego sprawy, przypomnienia wymagała definicja treści oferty, za którą poczytuje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w SIWZ świadczenia, w sposób opisany w warunkach przetargu i za oferowaną cenę. Zobowiązanie takie z mocy art. 66 § 1 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp ma postać oświadczenia złożonego w formie pisemnej, gdyż szczególną formę dla ważności tej czynności wyznacza art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, jednocześnie stanowiąc w ust. 3 tej normy, iż treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozumianej jako opis potrzeb i wymagań zamawiającego.

Treść oferty, na gruncie przedmiotowego postępowania, w ocenie Izby, wyznaczają zatem:

- formularz ofertowy – ogólny z tabelą cen,
- opis techniczno – technologiczny, zawierający wszelkie informacje potwierdzające spełnienie wymogów określonych w programie funkcjonalno-użytkowym i przyjętych przez wykonawcę rozwiązań techniczno-technologicznych, według załącznika nr 6,
- wykaz oferowanych parametrów gwarantowanych i podlegających ocenie w kryterium parametrów technicznych, według załącznika nr 7.

Zamawiający bezsprzecznie wyznaczył parametry graniczne dla przedmiotu zamówienia, tj. zaprojektowania i wykonania kompletnej suszarni osadów dla oczyszczalni ścieków w Siedlcach, za które zgodnie z utrwalonym znaczeniem tego terminu, uznaje się konieczne do spełnienia z punktu widzenia istotnych postanowień SIWZ parametry i właściwości oferowanych dostaw, robót i usług, których brak skutkuje odrzuceniem oferty bez możliwości jej konwalidacji. Odwołujący jako konsorcjum firm: Warbud S.A., Veolia Water Systems Sp. z o.o. złożył podpis pod formularzem „Wykaz gwarancji” - wykaz parametrów procesowych i eksploatacyjnych prasy do odwadniania osadów oraz suszarni osadu gwarantowanych przez wykonawcę i zadeklarował ich spełnienie w podanych wielkościach, tym samym objął zobowiązanie spełnienia tych wymagań treścią swojej oferty.

Z przytoczonych w materiale dowodowym sprawy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynika że dla wykazania, iż oferowane urządzenia spełniają wszelkie wymagania, zamawiający żądał kart katalogowych producentów urządzeń, (specyfikacji danych technicznych) - na potwierdzenie, iż oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom postawionym w PFU i wyznaczonym w załączniku nr 7 do SIWZ. Zatem zgodnie z warunkami przetargu, od których zamawiający nie mógł czynić odstępstw, przy ocenie ofert nie można było poprzestać na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż musiały one jeszcze znaleźć potwierdzenie w materiałach producenta urządzeń.

Jednakże, zdaniem Izby, zamawiający w odniesieniu do stawianych zarzutów, bezzasadnie utożsamiał treść oferty z ogólną jej zawartością, to jest wszystkimi wymaganymi dokumentami. Tego rodzaju dokumenty jak: katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy, certyfikaty, nie tworzą *sensu stricte* treści oferty, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Kategorię tych dokumentów wymienia § 5 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). W przeciwieństwie do zakazu uzupełniania treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, statutowanego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 tej normy, dokumenty na wykazanie, iż oferowane (objęte treścią oferty) dostawy czy roboty budowlane, spełniają wymagania określone przez zamawiającego - podlegają uzupełnieniu na obligatoryjne wezwanie zamawiającego z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty (...) powinny potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy (...) wymagań określonych przez zamawiającego. W odmiennym przypadku, gdyby dokumenty na potwierdzenie spełnienia deklarowanych właściwości uznawać za ścisłą treść oferty, jak postulował zamawiający, ustawodawca nie dopuściłby do ich uzupełniania, gdyż pozostawałoby to w kolizji ze wskazaniami art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, problem niezgodności treści oferty odwołującego nie polegał jedynie na braku potwierdzenia deklarowanych parametrów w materiałach producenta. Sprowadzał się bowiem do poprawności dokonanych wyliczeń wskaźników: maksymalnego zużycia energii cieplnej na odparowanie 1 kilograma wody i sprawności elektrycznej agregatów na biogaz, podanych przez odwołującego i przyjętych do ich ustalenia założeń. Jak również rozbieżności z danymi zawartymi w karcie katalogowej agregatu kogeneracyjnego GC 192B5 MB3066L4 na biogaz, których nie wyeliminował złożony na rozprawie dowód w postaci oświadczenia producenta firmy MTU GmbH z dnia 29.11.2011 r. - deklarującego wydajność elektryczną tego agregatu na stałym poziomie 38,5%, niezależnie od stężenia metanu w

biogazie w zakresie od 55% do 65%. Dane te pozostają niespójne z kartą katalogową, z której wynika, że przy stężeniu metanu w biogazie na poziomie 55% sprawność elektryczna urządzenia wynosi 38,48%. Wielkość taką podał sam odwołujący, utrzymując jednocześnie, że wzrost zawartości metanu w biogazie przekłada się wprost na podwyższenie wskaźnika sprawności elektrycznej oferowanego urządzenia. Z tych względów postulowane przez odwołującego dopuszczenie uzupełnienia zawartości jego oferty o dodatkowe dokumenty, nie mogło doprowadzić do wykazania zgodności tej oferty z wymaganiami zamawiającego.

Zdaniem Izby, zamawiający wypełnił obowiązek określony w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, to jest dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób na tyle jasny, z podaniem wszystkich wymagań co koniecznej zawartości treści oferty, jak i wszelkich wymaganych dokumentów, a opis ten nie był przedmiotem zapytań ani zastrzeżeń ze strony wykonawców. Opis zamieszczony w programie funkcjonalno-użytkowym nie ograniczał się wyłącznie do określenia funkcji jakie mają realizować zaprojektowane i wykonane urządzenia i instalacje kompletnej suszarni osadów dla oczyszczalni ścieków w Siedlcach, ale zawierał także wskazanie konkretnych (gwarancji) parametrów procesowych i eksploatacyjnych prasy do odwadniania osadów oraz suszarni osadu, gwarantowanych przez wykonawcę. Oprócz parametrów gwarantowanych, które samodzielnie podawał wykonawca, stanowiących podstawę oceny w wyznaczonym kryterium, inne parametry zostały wprost wyznaczone przez zamawiającego w konkretnych nie mniejszych lub nie większych wielkościach, i podlegały akceptacji przez wykonawcę stanowiąc treść jego oferty.

SIWZ część III program funkcjonalno-użytkowy wymagał:

- pkt 1.5.6, aby wskaźnik zapotrzebowania energii cieplnej na jeden kilogram odparowanej wody nie był większy niż 0,85 kW/h,
- pkt 1.5.7 dostarczenia dwóch sztuk agregatów kogeneracyjnych zasilanych biogazem o sprawności elektrycznej nie mniejszej niż 38,5%.

Wystarczający charakter tych wytycznych, zawartych w SIWZ – część III PFU pkt 2.3.8.2 str. 48, w odniesieniu do wzoru wyliczenia nieprzekraczalnego wskaźnika zużycia energii cieplnej do osuszania osadów potwierdził biegły w swojej opinii.

Spełnienie powyższych wymagań, stanowiło okoliczność sporną między stronami. Mimo zadeklarowania przez odwołującego spełnienia obydwu parametrów na wymaganym poziomie, załączone w dokumentacji oferty karty katalogowe producenta agregatów kogeneracyjnych i dane techniczne proponowanych rozwiązań i urządzeń, nie potwierdziły wprost w spornym zakresie parametrów gwarantowanych przez odwołującego. W ofercie odwołujący nie przedstawił sposobu wyliczeń podanych wskaźników. Wskaźnik zużycia energii cieplnej na jeden kilogram odparowanej wody w załączniku 7 do oferty określił jako 0,78 kWh/kg, natomiast w wyliczeniu złożonym do akt sprawy podał jako 0,69 kWh/kg odparowanej wody.

Z wniosków opinii biegłego Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w zakresie inżynierii sanitarnej i ochrony środowiska mgr inż. Jana Z. z dnia 23 listopada 2011 r., opracowanej w oparciu o całość dokumentacji akt sprawy, odnoszącej się do zarzutów odwołania, wynika co następuje.

Do ad 1. Wskaźnik zużycia energii cieplnej na jednostkę odparowanej wody zgodnie z danymi konsorcjum Warbud nie jest prawidłowy, wynosi 1,06 kWh tak, jak wyliczył zamawiający. Został on błędnie obliczony przez odwołującego, gdyż od ogólnej ilości ciepła dostarczanego do suszenia osadów odjął on ilość ciepła uzyskaną z chłodzenia spalin, które następnie wykorzystał do suszenia osadów. Dlatego wskaźnik ten wynikowo jest wyższy od określonego w PFU (str. 23), który powinien być nie większy niż - 0,85 kWh. Algorytm tego wyliczenia podany na stronie 48 PFU jest poprawny i pozwala na ocenę składanych ofert z punktu widzenia efektywności energetycznej.

Biegły potwierdził, że skoro odwołujący, zgodnie z przedstawionym schematem na stronie 198 (załącznik nr 6) oferty, przyjął rozwiązanie technologiczne skierowania ciepła z chłodzenia spalin silnika do suszenia osadu, w konsekwencji winien to uwzględnić przy wyliczeniu wymienionego wskaźnika.

Do ad 2. Według danych z katalogu dostawcy (karta oferty 211), w którym odniesiono się iż całkowita produkcja energii odnosi się do całkowitej podaży energii z zawartością metanu 55% w biogazie. Przy takim założeniu sprawność elektryczna agregatu wynosi 38,48%. Zwiększenie zawartości metanu do 65,24% nie musi przełożyć się na zwiększenie sprawności elektrycznej, tak aby była ona równa lub wyższa od założonej w PFU 38,5%. Taką zależność (pomiędzy % zawartością metanu, a sprawnością elektryczną) powinien potwierdzić i gwarantować dostawca agregatu.

Izba przyjęła wnioski opinii biegłego wraz z ustaleniem faktów i oceną oraz odpowiedziami na pytania stron, za dowód w pełni wiarygodny, znajdujący oparcie w wymaganiach programu funkcjonalno użytkowego oraz w dokumentacji oferty odwołującego, z dodatkowymi wyliczeniami i wyjaśnieniami stron, załączonymi do protokołu rozprawy.

W oparciu o przeprowadzone dowody, Izba uznała, że treść oferty konsorcjum Warbud S.A. i Veolia Water Systems Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozumianej jako zestawienie potrzeb i wymagań zamawiającego przedstawionych w SIWZ, którym została nadana ranga *essentialia negotii* przyszłej umowy, odnoszącym się do przedmiotu zamówienia, z braku wymaganego potwierdzenia deklarowanych wskaźników w złożonych dokumentach oraz nieprawidłowości wyliczeń tych wskaźników.

Argumenty odwołującego nie mogły zatem stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Biorąc pod uwagę dyspozycje zamawiającego co do sposobu przedstawienia

opisu urządzeń suszarni osadów, Izba uznała, że nie ma podstaw aby przypisać zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych przez czynność odrzucenia oferty odwołującego. Jeżeli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy. W takim przypadku zbędne i niedopuszczalne jest żądanie od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż aby doprowadzić do zgodności z wymaganiami zamawiającego, wykonawca musiałby zmienić zaoferowane rozwiązania techniczne i urządzenia, co nie jest dozwolone po upływie terminu składania ofert.

Z wymienionych wyżej względów, skoro oferta odwołującego podlegała odrzuceniu, zamawiający z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwolniony był z obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia.

Podważanie czynności zamawiającego w odniesieniu do unieważnienia postępowania przetargowego, nie znajduje uzasadnienia. Skoro nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu obowiązkiem zamawiającego wynikającym z treści art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp było unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, przez odrzucenie oferty odwołującego,
2. art. 87 ust. 1, przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty odwołującego,
3. art. 26 ust. 3, przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia,
4. art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez unieważnienie postępowania pomimo złożenia przez odwołującego oferty niepodlegającej odrzuceniu,
5. oraz art. 7 ust. 1 ustawy, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
– nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na poczet kosztów postępowania zaliczeniu podlegał uiszczony wpis stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w

sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....