

**WYROK**  
**z dnia 29 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Allied Solutions Poland Sp. z o.o., ul. Łyżwiarska 1/11, 02-505 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni, ul. Witomińska 29, 81-311 Gdynia**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Allied Solutions Poland Sp. z o.o., ul. Łyżwiarska 1/11, 02-505 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Allied Solutions Poland Sp. z o.o., ul. Łyżwiarska 1/11, 02-505 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Allied Solutions Poland Sp. z o.o., ul. Łyżwiarska 1/11, 02-505 Warszawa** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni, ul. Witomińska 29, 81-311 Gdynia** kwotę **767 zł 48 gr** (słownie: siedemset sześćdziesiąt siedem złotych czterdzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed KIO, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są dostawy flokulantów (polielektrolitów) do stacji odwadniania przefermentowanego osadu ściekowego w obiektach technologicznych Zamawiającego.

W dniu 12 grudnia 2014 roku odwołujący – Allied Solutions Poland Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu w zakresie części dotyczącej „Pakiet I - flokulant do odwadniania osadu w instalacji pras komorowych” polegających na:

1. dopuszczeniu do udziału w postępowaniu KEMIPOL Sp. z o.o. ul. Kuźnicka 6, 72-010 Police , którego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp,
2. wyborze oferty złożonej przez KEMIPOL Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 i ust.2 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą pomimo, że powinna być odrzucona co stanowi, że Zamawiający nie zapewnił i nie zachował zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty złożonej „w Pakiecie I - flokulant do odwadniania osadu w instalacji pras komorowych” przez KEMIPOL Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, oraz odrzucenia oferty wymienionego wyżej wykonawcy;
2. powtórzenia czynności badania i ponownej oceny ofert, oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. obciążenia kosztami postępowania zamawiającego na rzecz Odwołującego, przez zasądzenie kwoty 15.000,00 PLN, stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący, powołując się na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawarte w Rozdziale I pkt 9 oraz Rozdziale II pkt 3 i Rozdziale XIV pkt 5.2 a także warunki graniczne określone w Załączniku nr 7 Pakiet I lit. A jak również parametry dostarczanego polielektrolitu, wskazał, że zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wykonania testu – oceny technicznej oferowanych polielektrolitów w czterech cyklach, z zachowaniem określonych warunków, w tym warunków granicznych, które musiały być spełnione przez wykonawców. Uzyskane w trakcie testów wyniki zostały zaprotokołowane w Załączniku nr 8A – protokół z testu technologicznego do odwadniania osadu w instalacji pras komorowych. Załącznik ten zawierał także warunki graniczne będące podstawowym kryterium decydującym o prawidłowości dobranego polielektrolitu. Do oferty wykonawca Kemipol Sp. z o.o. dołączył wynik jedynie jednego pozytywnego cyklu w ramach wykonanego testu, co wskazuje, w ocenie odwołującego na jego dokonanie i obliczenie w sposób sprzeczny z postanowieniami siwz. Oferowany polielektrolit musi zapewnić wszystkie bezwzględnie wymagane wartości graniczne w każdym cyklu odwadniania. Tymczasem trzy cykle z czterech wymaganych są nieważne i nie spełniają warunków technicznych a tym samym warunków siwz. Stosownie to treści siwz „ oferty złożone na dostawę polielektrolitu z wynikami gorszymi niż wymagane zostaną odrzucone jako nie spełniające warunków udziału w postępowaniu”. Zdaniem odwołującego, w tym stanie rzeczy, zamawiający dokonał oceny oferty wykonawcy Kemipol Sp. z o.o. niezgodnie z wymaganiami siwz, nierzetelnie przyjął wyniki testu oceny technicznej polielektrolitu, co narusza wymagania siwz.

W konsekwencji, w ocenie odwołującego, zamawiający dokonał wyboru oferty niezgodnie z zapisami SIWZ, nierzetelnie, nie zapewniając i nie przestrzegając zasady bezstronności i obiektywizmu, z rażącym naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2, w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ustawy Pzp.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy, w tym treści ogłoszenia o zamówieniu oraz biorąc po uwagę stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

Przedmiotem zamówienia publicznego w pakiecie I była dostawa flokulantu do odwadniania osadu w instalacji pras komorowych. Zgodnie z wymaganiem rozdziału XIII pkt 4 lp. 7 do oferty należało dołączyć: protokół z testów (załącznik nr 8A i/ lub 8B) podpisany przez upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy i Zamawiającego, zawierający wyniki testów przeprowadzonych na obiektach Zamawiającego dla oferowanego flokulantu, potwierdzający uzyskanie wymaganych parametrów technicznych. W rozdziale I pkt 9 zamawiający wskazał, że „treść oferty musi odpowiadać treści siwz. Złożenie oferty niezgodnej z obowiązującym prawem lub siwz spowoduje odrzucenie oferty”.

W załączniku nr 7 Wymagania techniczne Pakiet I zamawiający podał szacowane zużycie polielektrolitu oraz dane technologiczne i wymagania techniczne (wartości graniczne), wskazując, że dostarczany polielektrolit musi zapewniać uzyskanie następujących parametrów: minimalna zawartość 26% s.m. w osadzie odwodnionym (po fermentacji metanowej); maksymalna zawartość zawiesiny w odcieku równa 300 mg/dm<sup>3</sup>; maksymalna dawka polielektrolitu nie może przekraczać 11kg/t s.m. W lit C określono „Warunki przeprowadzenia testów na prasie komorowej”, wskazując, że przed rozpoczęciem właściwego testu technologicznego każdy z wykonawców zobowiązany jest przeprowadzić badania laboratoryjne pod kątem doboru właściwego rodzaju oraz optymalnej dawki polielektrolitu. Zamawiający dostarczy osad do badań oraz umożliwi ich przeprowadzenie w laboratorium PEWIK Gdynia Sp.z o.o. na terenie GOŚ „Dębogórze”. W pkt 4 podano, że wszelkie koszty materiałowe związane z przeprowadzeniem testów poniesienie wykonawca przeprowadzający testy. Ponadto wskazano, że „z uwagi na konieczność zapewnienia ciągłości pracy obiektu i możliwość wykorzystywania tylko jednego rodzaju flokulantu, przewidywana jego ilość musi umożliwić wykonanie 4 cykli odwadniania (tzn. odwodnienie ok. 400- 500 m<sup>3</sup> osadu w ciągu 24 godzin). W pkt 14 podano, że kryterium decydującym o prawidłowości dobranego polielektrolitu będzie uzyskanie zawartości minimum 26% s.m. w osadzie odwodnionym przy zawartości zawiesiny w odcieku nie przekraczającej 300 mg/dm<sup>3</sup> i dawce polielektrolitu nie przekraczającej 10 kg/ t s.m. W pkt 15 podano, że po zakończeniu testów i otrzymaniu wyników oznaczeń laboratoryjnych wykonawca sporządzi protokół z badań technicznych zawierający wyniki przeprowadzonych testów. Protokół winien zawierać wyniki testów w zakresie umożliwiającym Zamawiającemu dokonanie oceny, czy testowany produkt spełnia wymogi techniczne (wartości graniczne) określone w pkt A załącznika. W pkt 16 podano, że „nieosiągnięcie wartości określonych w pkt 14 jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ (w przypadku jej złożenia)”.

Zamawiający ustalił dwa kryteria wyboru oferty: cena o wadze 40%, ocena techniczna – 60%. Na ocenę techniczną składa się: zużycie jednostkowe polielektrolitu (kg/t suchej masy) – 30%, sucha masa odwodnionego osadu – 25%, zawartość zawiesiny w odcieku z pras komorowych (mg/dm<sup>3</sup>) – 5%. W pierwszym etapie oceny technicznej każdej ofert ustalony zostanie najkorzystniejszy test tj. taki, w którym dany wykonawca uzyskał maksymalną ilość punktów według wskazanych wzorów. Punktacja wyliczana będzie dla każdego z 4 przeprowadzonych testów. Etap II oceny technicznej polegać będzie na porównaniu wyników i przyznaniu punktów każdemu wykonawcy według wzorów podanych w siwz. Otrzymane punkty za poszczególne wskaźniki będą podlegały zsumowaniu i będą stanowiły łączną ocenę techniczną oferty w ramach kryterium ocena techniczna w pakiecie I.

## **Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:**

Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, niewątpliwie legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania. Ponadto na skutek niezgodnych, w jego ocenie, działań zamawiającego, może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Celem potwierdzenia spełniania wymagań wskazanych wyżej przez zamawiającego, wykonawca Kempiol Sp. z o.o. załączył do oferty protokół z testu technologicznego doboru polielektrolitu wg załącznika nr 8a, wskazując na uzyskane wyniki czterech testów. Niespornym jest, że trzy spośród czterech przeprowadzonych testów nie odpowiadają wartościom granicznym w zakresie: zawartości s.m. w osadzie odwodnionym – max. 26,0 % (test 1, 3 i 4), dodatkowo test nr 3 nie spełnia wymogu dotyczącego max. dawki polielektrolitu – max. 11,0 kg/t s.m.

Zamawiający, przyznając punktację w kryterium ocena techniczna dla wykonawcy Kemipol Sp.z o.o., poddał ocenie wyniki wszystkich czterech testów. W wyniku tak dokonanej oceny, zgodnie z kartami oceny ofert sporządzonymi przez zamawiającego dnia 2 grudnia 2014 roku, wykonawca Kemipol Sp. z o.o. uzyskał łącznie 92, 71 pkt, w tym w kryterium cena - 40 pkt, w kryterium ocena techniczna - 52,71 pkt, natomiast odwołujący - łącznie uzyskał 92,40 pkt, w tym w kryterium cena - 34, 23 pkt, w kryterium ocena techniczna - 58,17 pkt.

W ocenie Izby nieuprawnione jest stanowisko odwołującego, który twierdzi, że z uwagi na niespełnienie warunków granicznych we wszystkich czterech przeprowadzonych przez wykonawcę Kemipol Sp. z o.o. testach (badaniach) oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadająca treści siwz.

Z treści przywołanych przez odwołującego postanowień siwz nie wynika, wbrew twierdzeniu odwołującego, że każdy z czterech wyników testów ma spełniać podane przez zamawiającego warunki graniczne w zakresie dawki polielektrolitu, zawartości s.m. w osadzie odwodnionym i zawartości zawiesin w odcieku. Przeciwnie - postanowienia siwz wskazują, że punktacja w kryterium ocena techniczna wyliczana będzie dla każdego z czterech przeprowadzonych testów, niezależnie od tego czy test ten spełnia warunki graniczne. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że wymagania techniczne (warunki graniczne) opisane w załączniku 7 Pakiet I lit. A odnoszą się do "dostarczanego polielektrolitu" a nie polielektrolitu poddanego czterem testom. Wynika z tego, że istotne dla zamawiającego było jedynie to, aby dostarczany polielektrolit spełniał wyniki nie gorsze niż wymagane przez zamawiającego. Oznacza to, że dla spełnienia tego celu – wykazania ich oferowany

polielektrolit spełnia wymagania - wystarczającym było uzyskanie w wyniku przeprowadzonych czterech testów (prób) co najmniej jednego wyniku pozytywnego, spełniającego warunki graniczne wskazane przez zamawiającego. Twierdzenie takie jest uzasadnione, mając dodatkowo na uwadze proces przeprowadzania testów, czas pomiędzy przeprowadzonymi badaniami laboratoryjnymi a właściwym testem oraz zmienną w czasie jakość odwadnianego osadu, na co wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Wskazane okoliczności uzasadniają twierdzenie zamawiającego iż dał on wykonawcom prawo wykonania czterech cykli - prób odwadniania, spośród których wystarczającym było uzyskanie wyniku pozytywnego w co najmniej jednym teście. Za wynik pozytywny należy uznać wynik, w którym przy dawce nie przekraczającej 11kg/t s.m. zawartość suchej masy w osadzie odwodnionym wynosiła minimum 26%, natomiast zawartość zawiesin w odcieku z odwadniania nie przekroczyła 300 mg/l.

W konsekwencji, wybór oferty Kemipol Sp. z o.o. w Pakiecie I został dokonany zgodnie z kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej, ustalonymi przez zamawiającego.

W świetle powyższego, nie zasługują na uznanie zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. Z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 i 2 i art. 7 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....