

WYROK

z dnia 19 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2018 r. przez wykonawcę **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. Świerże Górne, Aleja Józefa Zielińskiego 1, 26-900 Kozenice,**

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie** w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1.2., 1.3., 1.4., 1.5., 1.6. i 1.8. i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum: Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska „EKOPOMIAR” H. L., ul. Wolności 10, 41-800 Zabrze, Śląskie Centrum Ochrony Pracy Sp. z o.o., ul. Wojkowicka 21, 41-250 Czeladź, Centralne Laboratorium Pomiarowo-Badawcze Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój oraz PHU SBB B. C. Laboratorium Badań i Ekspertyz, ul. Zamenhofa 40, 41-408 Mysłowice, odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. **oddala odwołanie** w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1.7.
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. Świerże Górne, Aleja Józefa Zielińskiego 1, 26-900 Kozenice,** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o., ul. Gen.**

- J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice**, tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od zamawiającego: **ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. Świerże Górne, Aleja Józefa Zielińskiego 1, 26-900 Kozienice**, na rzecz odwołującego **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice**, kwotę **15 624 zł 00 gr** (piętnaście tysięcy sześćset dwadzieścia cztery złote, zero groszy) tytułem zwrotu kosztu uiszczanego wpisu od odwołania i kosztów zakwaterowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 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 Radomiu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1827/18

UZASADNIENIE

Zamawiający – ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o., Świerże Górne, Aleja Józefa Zielińskiego 1, 26-900 Kozienice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza, kalibracja i sprawdzenie systemów pomiarów emisji zanieczyszczeń oraz sprawdzenie pyłomierzy w Enea Wytwarzanie Sp. z o.o.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 czerwca 2018 r., nr 2018/S 111-253774. Oferty w postępowaniu złożyli: wykonawca Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „Energopomiar” Sp. z o.o., ul. Gen. J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice (dalej: „Energopomiar” lub „odwołujący”) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska „EKOPOMIAR” H. L., ul. Wolności 10, 41-800 Zabrze, Śląskie Centrum Ochrony Pracy Sp. z o.o., ul. Wojkowicka 21, 41-250 Czeladź, Centralne Laboratorium Pomiarowo-Badawcze Sp. z o.o., ul. Rybnicka 6, 44-335 Jastrzębie Zdrój oraz PHU SBB B. C. Laboratorium Badań i Ekspertyz, ul. Zamenhofska 40, 41-408 Mysłowice (dalej: „Ekopomiar”). Pismem z dnia 2 października 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Ekopomiar.

W dniu 4 października 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło

odwołanie wniesione przez wykonawcę Energopomiar, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ekopomiar, mimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”), tj. zaoferował on przedmiot usługi, który nie odpowiada opisanemu w siwz przedmiotowi zamówienia. Zamawiający poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców naruszył przepisy ustawy Pzp i nie odrzucił oferty wykonawcy Ekopomiar będąc do tego zobligowanym przepisami;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art.22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wybranego wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

W szczególności odwołujący podniósł, że:

„1.1 Wykonawca (łącznie dla wszystkich firm w konsorcjum) posiada następujące akredytacje Polskiego Centrum Akredytacyjnego (PCA) : AB300, AB719, AB886 i AB1078.

1.2 Zamawiający w Części II SIWZ str. 5/27 pkt V 8 wymaga wykonania pomiarów kalibracyjnych (QAL2) systemu pomiarowego do rozliczenia emisji zanieczyszczeń gazowych spalin na kominie nr 3 (rozruchowy), składający się z:

- Analizator gazowy O₂, SO₂, NO_x, CO, CO₂,
- Termometr oporowy,
- Przetwornik ciśnienia,
- Przepływomierz FLOWSICK 100,
- Pyłomierz DURAG,
- Amoniak (NH₃).

Natomiast na str. 6/27 pkt III Zamawiający wymaga wykonania pomiarów sprawdzających (AST) system pomiarowy do rozliczania emisji zanieczyszczeń gazowo- pyłowych spalin na kominie nr 2, składający się z:

- Analizator gazowy SO₂, O₂, CO, NO_x,
- Analizator NH₃, H₂O neomonitors 100042,

- Przepływomierz CODEL VCEM5110-347 TUV (szt. 2),
- Termometr oporowy PT 100,
- Przetwornik ciśnienia,
- Pyłomierz CODEL DCEM2100-1019-TUV TR.

Analogiczne wymagania Zamawiający postawił w SIWZ Część 2w latach 2019 oraz 2020.

W związku z faktem, że zgodnie z SIWZ oraz przepisami prawa pomiary kalibracyjne oraz pomiary sprawdzające mają być wykonane według normy PN-EN 14181:2015-02 oraz zgodnie z art. 147 a ust. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska z dnia 27.04.2001 r., w/w pomiary oraz badania muszą być wykonane przez akredytowane laboratoria. W/w badania dotyczące analizatorów NH₃ powinny być wykonywane metodą SRM (Standard Reference Method) i zgodnie z pkt. 5.4 normy PN-EN 14181:2015-02 muszą być wykonywane przez akredytowane laboratorium. Wykonawca nie posiada odpowiednich akredytacji dotyczących wykonywania kalibracji ani też pomiarów sprawdzających w zakresie amoniaku (NH₃) dla Automatycznych Systemów Monitoringu (AMS). W związku z powyższym oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ.

1.3. Zamawiający w Części II SIWZ str. 1/27 w Tabeli nr 1 wymagał wykonania badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. blok nr 11: wylot spalin za IOS (5) i dwa emitory (dwuprzewodowe) kotłowni rozruchowej (cztery kotły) dla potrzeb opracowania rocznego raportu uwalniania i transferu zanieczyszczeń PRTR zgodnie z Rozporządzeniem WE nr 166/2006r. z dnia 18.01.2006 r. wraz z określeniem wskaźników emisji między innymi dla:

- (80) Chlor i jego związki nieorganiczne (jako HCl)
- (84) Fluor i jego związki nieorganiczne jako (HF) w gazie.

Dodatkowo w Części II SIWZ str. 2/27 pkt II Zamawiający wymaga wykonanie badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z emitorów K4, K6 (bl.9), K5 (bl.10), K6, blok nr 11 za IOS 5 w zakresie: Pomiary: rtęci, HCL, HF, NH₃, skorelowane z analizą węgla na zawartość: C, H, N, O, Ar, Wc, Wu, S, CL, F, B, Hg.

W Części II SIWZ str. 6/27 (Rok 2018 Białystok, I) Zamawiający wymaga wykonania pomiaru stężenia i emisji zanieczyszczeń do powietrza z kotłów OFB-105 nr 5 i 6 oraz komina nr 2 wraz z wyznaczeniem wskaźników emisji na potrzeby PRTR w zakresie:

- chlor jako HCl,
- fluor jako HF.

Analogiczne wymagania Zamawiający stawia w ramach pomiarów i kalibracji na lata 2019 i 2020.

Zgodnie z SIWZ Część II str. 23/27 Zamawiający wymaga, aby pomiary CH₄, NVOC, HCl, HF, NH₃ ze względu na nierównomierność procesu technologicznego i zmienność procesu spalania wykonać metodą pomiarów ciągłych w okresie nie krótszym jak 4 godziny. Wymagane jest, aby w sprawozdaniu przedstawić pełne przebiegi wartości chwilowych, jednodominutowych oraz średni wynik z całego pomiaru. Zgodnie z art. 147a POŚ (ustawa Prawo Ochrony Środowiska) Wykonawca musi zapewnić wykonanie pomiarów emisji przez akredytowane laboratorium.

Wykonawca nie posiada akredytacji na wykonywanie ciągłego pomiaru HCl i HF. W związku z powyższym oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ.

1.4. Zamawiający w części II SIWZ str. 1/27 (rok 2018 El. Kozienice) pkt I wymaga wykonania badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. blok nr 11: wylot spalin za IOS (5) i dwa emitory (dwuprzewodowe) kotłowni rozruchowej (cztery kotły) dla potrzeb opracowania rocznego raportu uwalniania i transferu zanieczyszczeń PRTR zgodnie z Rozporządzeniem WE nr 166/2006r. z dnia 18.01.2006 r. wraz z określeniem wskaźników emisji (tabela nr 1) między innymi dla:

- (1) Metan(CH₄)

Zgodnie z Część II SIWZ str. 5/27 {Rok 2018 Białystok) pkt I Zamawiający wymaga wykonania pomiaru stężenia i emisji zanieczyszczeń do powietrza z kotłów OFB-105 nr 5 i 6 oraz komina nr 2 wraz z wyznaczeniem wskaźników emisji na potrzeby PRTR w zakresie:

- metan.

Analogiczne wymagania Zamawiający przedstawił w SIWZ Część II dla badań i pomiarów na lata 2019 i 2020.

Zgodnie z SIWZ Część II str. 23/27 Zamawiający wymaga, aby pomiary CH₄, NVOC, HCl, HF, NH₃ ze względu na nierównomierność procesu technologicznego i zmienność procesu spalania wykonać metodą pomiarów ciągłych w okresie nie krótszym jak 4 godziny. Wymagane jest, aby w sprawozdaniu przedstawić pełne przebiegi wartości chwilowych, jednodominutowych oraz średni wynik z całego pomiaru. Dodatkowo Zamawiający (część II SIWZ str. 24) wymaga aby pomiary należy wykonać z uwzględnieniem metod referencyjnych przewidzianych obowiązującym stanem prawnym i wskazać je w składanych ofertach. Metoda referencyjna powinna być dobrana spośród metodyk znormalizowanych. Zgodnie z art. 147a POŚ (ustawa Prawo Ochrony Środowiska) Wykonawca musi zapewnić wykonanie pomiarów emisji przez akredytowane laboratorium.

Wykonawca nie posiada w zakresie akredytacji znormalizowanego ciągłego pomiaru metanu CH₄. Tylko jedna firma z konsorcjum Wykonawcy tj. Przedsiębiorstwo Ochrony Środowiska „EKOPOMIAR” H. L. (akredytacja AB1078t posiada w zakresie akredytacji metan CH₄, lecz jest to metoda FTIR, która to nie jest metodą znormalizowaną ciągłego

pomiaru metanu CH₄, bowiem w kolumnie „Dokumenty odniesienia” zakresu akredytacji AB1078. dla badanej cechy „metan” podano własną procedurę badawczą laboratorium nr „PB-2/2016 wydanie Az dnia 01.06.2016” (str. 5/6 akredytacji AB1078). W związku z powyższym oferta Wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. (...)

1.5. Zamawiający w części II SIWZ str. 1/27 (Rok 2018 El. Kozienice) pkt I wymaga wykonania badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. blok nr 11: wylot spalin za IOS (5) i dwa emitory (dwuprzewodowe) kotłowni rozruchowej (cztery kotły) dla potrzeb opracowania rocznego raportu uwalniania i transferu zanieczyszczeń PRTR zgodnie z Rozporządzeniem WE nr 166/2006r. z dnia 18.01.2006 r. wraz z określeniem wskaźników emisji (tabela nr 1) między innymi dla

- (7) Niemetanowe lotne związki organiczne (NMVOC)

Natomiast w części II SIWZ str. 5/27 (Rok 2018 Białystok) pkt I, Zamawiający wymaga wykonania pomiaru stężenia i emisji zanieczyszczeń do powietrza z kotłów OFB-105 nr 5 i 6 oraz komina nr 2 wraz z wyznaczeniem wskaźników emisji na potrzeby PRTR w zakresie:

- niemetanowe lotne związki organiczne (NMVOC).

Analogiczne wymagania Zamawiający przedstawił w SIWZ Część II dla badań i pomiarów na lata 2019 i 2020.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ i zgodnie z art. 147 a ust. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska z dnia 27.04.2001 r (Dz. U. 2013 poz. 1232, z późniejszymi zmianami) przedmiotowe pomiary i analizy tj. badania niemetanowych lotnych związków organicznych (NMVOC) muszą być wykonane przez akredytowane laboratorium.

Wykonawca nie posiada akredytacji na pomiar niemetanowych lotnych związków organicznych (NMVOC). W związku z powyższym oferta Wykonawcy jest niezgodna z SIWZ.

1.6. Zamawiający w części II SIWZ str. 2/27 (Rok 2018 El. Kozienice) pkt II wymaga wykonania badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z emitorów K4, K5 (bl.9), K5 (bl.10), K6, blok nr 11 za IOS 5 w zakresie:

- Pomiary: rtęci, HCL, HF, NH₃, skorelowane z analizą węgla na zawartość: C, H, N, O, Ar, Wct Wu, S, CL, F, B, Hg.

Analogiczne wymagania Zamawiający przedstawił w SIWZ Część II dla badań i pomiarów na lata 2019 i 2020.

Zgodnie z art. 147a POŚ Wykonawca musi zapewnić wykonanie wszystkich badań w zakresie prób, transportu, przechowywania i oznaczeń przez akredytowane laboratorium.

Wykonawca nie posiada akredytacji na oznaczanie boru (B) w węglu. W związku z powyższym oferta Wykonawcy jest niezgodna z SIWZ.

1.7. Zgodnie z zapisami Część II SIWZ, Strona 23 z 27, Warunki podmiotowe, które musi spełnić Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- Pomiar kalibracyjny mają być wykonane według normy PN-EN 14181:2015-02 „Emisja ze źródeł stacjonarnych - Zapewnienie jakości automatycznych systemów pomiarowych”, według punktu nr 6 normy (Zapewnienie jakości instalacji (QAL 2)).
- Pomiar sprawdzający mają być wykonane według normy PN-EN 14181:2015-02 „Emisja ze źródeł stacjonarnych - Zapewnienie jakości automatycznych systemów pomiarowych”, według punktu nr 8 normy (Roczna kontrola sprawności).

Zgodnie z normą PN-EN 14181:2015-02 nieodłącznym elementem procedury kalibracji i walidacji (QAL2), jak również procedury rocznej kontroli sprawności (AST) poprzedzającym właściwe pomiary, jest badanie funkcjonalności AMS:

6. Kalibracja i walidacja AMS (QAL2)

6.1 Postanowienia ogólne

QAL2 obejmuje następujące czynności:

- badanie funkcjonalności AMS, w tym sprawdzenie poprawności instalacji
- [...]

6.2 Badanie funkcjonalności

[...]

Badanie funkcjonalności przed kalibracją należy wykonać zgodnie z Załącznikiem A. [...]

8. Roczne badanie kontrolne (AST)

8.1 Postanowienia ogólne

Badanie AST obejmuje następujące czynności:

- badanie funkcjonalności AMS;
- [...]

8.2 Badanie funkcjonalności

Pierwszą częścią rocznego badania kontrolnego (AST) jest badanie funkcjonalności, które należy wykonać zgodnie z Załącznikiem A. [...]

Przywołany Załącznik A normy PN-EN 14181:2015-02, określa zakres czynności składających się na badanie funkcjonalności AMS w procedurach QAL2 i AST. Wśród nich, znajdują się:

- Kontrola punktu zerowego i zakresu
- Liniowość

Załącznik ten stanowi, że:

A. 7 Kontrola punktu zerowego i zakresu

Do sprawdzenia odpowiednich odczytów AMS należy zastosować materiały odniesienia dla punktu zerowego i zakresu. [...]

A.8 Liniowość

Liniowość odpowiedzi analizatora należy sprawdzać, stosując pięć różnych materiałów odniesienia, w tym materiał o zerowym stężeniu.

Jakość i ilość zerowego materiału odniesienia, jak również materiałów odniesienia o czterech różnych stężeniach powinny być możliwe do zweryfikowania. W przypadku gazowych materiałów odniesienia, te cztery materiały odniesienia można pobrać z różnych butli gazowych lub można je przygotować za pomocą kalibrowanego układu rozcieńczania z jednego stężenia gazu. [...]

W przypadku analizatorów spalin materiałami odniesienia są gazy wzorcowe o właściwie dobranych do każdej aplikacji stężeniach oraz o wymaganej niepewności, a dla pyłomierzy automatycznych AMS są nimi dedykowane zestawy filtrów optycznych.

(...) Zgodnie z Część I SIWZ 4.3. Zamawiający, zgodnie z treścią art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy, wymaga, aby wykonawca wykonał samodzielnie - tj. bez udziału podwykonawców - kluczową część usługi w zakresie wykonania badania liniowości analizatorów gazów.

Wymaganie to jest powtórzone w Części II SIWZ tj. Warunki podmiotowe, które musi spełnić Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Wymagane jest samodzielne wykonanie badania liniowości analizatorów gazów. W związku z tym należy przedstawić szczegółowy wykaz sprzętu (posiadanie stosownych gazów wzorcowych, podzielnika).

Konieczność zamieszczenia przez wykonawców w ofercie wykazu wyposażenia przewidzianego do realizacji przedmiotu zamówienia wynika również z zapisu Części I SIWZ 9. Rozdział IX. WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, POTWIERDZAJĄCYCH SPEŁNIANIE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ BRAK PODSTAW WYKLUCZENIA

[..] 9.4.8.1. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

W załączonym przez Wykonawcę do oferty dokumencie pn. „Zestawienie aparatury pomiarowej do pomiarów AST/QAL2” w tabeli w pozycji nr 7. podano ogólny zapis „Butle z gazami wzorcowymi”, który nie pozwala na zweryfikowanie, czy oferent dysponuje butlami z wszystkimi niezbędnymi dla wykonania badania liniowości stężeniami poszczególnych gazowych składników mierzonych przez każdy z badanych AMS.

Ponadto, w zestawieniu w tabeli w pozycji nr 8, wskazano „Zestaw filtrów optycznych do sprawdzania linearyzacji w pyłomierzu- D-R 290-86”. Wskazany zestaw filtrów umożliwi Wykonawcy wykonanie badania liniowości tylko pyłomierzy: DURAG D-R 220 oraz DURAG DR 290. Z opisu zawartego w Części II SIWZ dla poszczególnych AMS stanowiących przedmiot procedur QAL2 i AST wynika, że w ich skład wchodzi pyłomierze różnych typów, a nawet różnych producentów (poniżej wskazana lista pyłomierzy). Oznacza to, że dla wykonania kontroli punktu zerowego i zakresu oraz liniowości wszystkich pyłomierzy AMS

należy dysponować całym szeregiem zestawów filtrów optycznych, bowiem w przypadku różnych producentów, każdemu modelowi pyłomierza dedykowany jest inny zestaw filtrów optycznych. W tej sytuacji, wobec jednoczesnego braku powołania się na zdolności podwykonawców, w zakresie badania funkcjonalności AMS, wskazać należy, że deklarowane zasoby sprzętowo Wykonawcy uniemożliwiają zrealizowanie jednego z kluczowych elementów procedury QAL2 i AST wg PN-EN 14181:15-02 dla praktycznie wszystkich pyłomierzy AMS z wyjątkiem w/w pyłomierzy DURAG D-R 220 oraz DURAG DR 290. W związku z powyższym Wykonawca nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, wskazanego w pkt 7.1.2.3.5. tj. nie dysponuje aparaturą pomiarową do pomiarów AST/QAL2 o klasie dokładności nie gorszej niż aparatura zainstalowana na obiekcie w ramach AMS. (...)

1.8. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 28.08.2018r. złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny. Należy wskazać, że cena Wykonawcy (2 061 197,00 PLN brutto) jest ponad 30% niższa niż cena ofertowa Odwołującego (3 890 000,00 PLN). Wykonawca w przedłożonych wyjaśnieniach wskazał, że koszty wykonania przedmiotu zamówienia są niższe ze względu na fakt, że Wykonawca korzysta (z wyłączeniem części zlecenia dotyczącej oznaczenia stężenia dioksyn i furanów) z zasobów własnych - ludzkich i technicznych. Należy wskazać, że cena ofertowa Wykonawcy jest niższa od ceny ofertowej Odwołującego ze względu na fakt, że Wykonawca nie posiada koniecznego do wykonania przedmiotu zamówienia sprzętu oraz laboratorium z odpowiednimi akredytacjami. Wykonawca jest w stanie samodzielnie wykonać badanie funkcjonalności w zakresie liniowości tylko dla pyłomierzy DURAG D-R 220 oraz DURAG DR 290. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy przy obliczaniu kosztów wykonania zlecenia Wykonawca nie uwzględnił przepisów dotyczących ochrony środowiska oraz wymogów Zamawiającego wskazanych w SIWZ. Odwołujący w swojej ofercie wskazał, jako podwykonawców, firmy OMC Envag Sp. z o.o. oraz Pentol-Enviro Polska Sp. z o.o. Wskazane firmy wykonują badania liniowości pyłomierzy. Są to specjalistyczne firmy (autoryzowane serwisy producentów aparatury lub ich przedstawicielstwa techniczne), które posiadają odpowiednie zasoby ludzkie oraz sprzętowe i niezbędną wiedzę do prawidłowego wykonania usługi testu funkcjonalności w zakresie liniowości pyłomierzy i przepływomierzy, w tym w szczególności posiadają odpowiednie zestawy filtrów optycznych do wszystkich pyłomierzy posiadanych przez Zamawiającego oraz oprogramowanie narzędziowo-serwisowe niezbędne do wykonania testów funkcjonalności i liniowości. Oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę ze względu na fakt, że nie uwzględniono w ofercie wszystkich koniecznych elementów do wykonania przedmiotu zamówienia oraz ze względu na fakt, że Wykonawca szacuje w swojej ofercie wykonanie badań (w zakresie wskazanym w odwołaniu) przez nieakredytowane laboratoria. Odwołujący wskazuje, że wykonanie badania

funkcjonalności pyłomierzy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przez podwykonawcę to koszt ok. 4300 zł za badanie liniowości jednego pyłomierza. Dla potwierdzenia powyższego Odwołujący przedkłada dokumenty potwierdzające wykonanie badania funkcjonalności pyłomierza FWE 200DH w ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. Elektrownia Kozienice - Blok 11 (obiekt Zamawiającego), które potwierdzają jaki jest orientacyjny koszt podzlecenia tego elementu przedmiotu zamówienia Podwykonawcy. W roku 2017 za wykonanie badania funkcjonalności pyłomierza FWE 200DH Odwołujący zapłacił kwotę 4 300,00 PLN netto tj. 5289,00 PLN brutto. Łącznie w latach 2018-2020 należy wykonać 105 badań funkcjonalności pyłomierzy. Z czego Wykonawca samodzielnie, ze względu na brak posiadania odpowiedniego sprzętu, jest w stanie wykonać tylko 10 badań (dotyczy pyłomierzy firmy DURAG). Wykonawca, aby wykonać przedmiot zamówienia, będzie musiał skorzystać z usług podwykonawców (zakupienie odpowiedniego sprzętu jest możliwe dopiero po przeszkoleniu pracowników u producenta odpowiednich urządzeń). W związku z powyższym Odwołujący wskazuje, że za cenę wskazaną przez Wykonawcę brak jest możliwości wykonania zamówienia, gdyż wskazana cena nie uwzględnia wszystkich elementów koniecznych do wykonania przedmiotowego zamówienia. Cena oferty Wykonawcy nie została skalkulowana w sposób gwarantujący należyte wykonanie przedmiotowych prac”.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Ekopomiar jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie wykonawcy Ekopomiar z postępowania w związku z niespełnianiem przez niego warunków udziału w postępowaniu;
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy Ekopomiar, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a także w związku z zaoferowaniem przez tego wykonawcę przedmiotu usługi, który nie odpowiada opisanemu w siwz przedmiotowi zamówienia oraz którego oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 4) powtórne dokonanie czynności oceny i wyboru ofert spośród wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Pismem z dnia 9 października 2018 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2018 r., wykonawca Ekopomiar zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje; zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone

kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. W niniejszym postępowaniu zamawiający zawiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania pismem z dnia 5 października 2018 r. i przesłał je za pomocą poczty elektronicznej. Oznacza to, że termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 8 października 2018 r. Wykonawca Ekopomiar zgłosił przystąpienie w dniu 10 października 2018 r., tj. z 2-dniowym uchybieniem terminu. Niezależnie od powyższego należy także zauważyć, że wykonawca Ekopomiar nie wskazał w przystąpieniu, do której strony przystępuje i jaki ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony, nie dołączył do przystąpienia dowodów jego przekazania stronom, nie zaznaczył w treści przystąpienia, że składa je konsorcjum oraz nie dołączył pełnomocnictwa dla osoby podpisującej przystąpienie. Tym samym Izba uznała, że przystąpienie wykonawcy Ekopomiar do postępowania odwoławczego nie zostało dokonane skutecznie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza, kalibracja i sprawdzenie systemów pomiarów emisji zanieczyszczeń oraz sprawdzenie pyłomierzy w Enea Wytwarzanie Sp. z o.o.

Zamawiający przewidział warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, które po zmianie siwz z dnia 24 lipca 2018 r., brzmiały następująco:

7.1.2.3. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

7.1.2.3.1. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje, co najmniej 1 usługę polegającą na wykonaniu pomiarów systemu monitoringu emisji spalin (AST/QAL2) dla bloków energetycznych o mocy powyżej 200MWe,

7.1.2.3.2. dysponuje akredytowanym laboratorium wykonującym procedurę AST i QAL2, które będzie odpowiedzialne za całość opracowania raportu z badań funkcjonalności,

7.1.2.3.3. posiada akredytację na składniki systemu AMS (SO₂, NO_x, pył) na pomiary wykonywane dla celów obszaru regulowanego w zakresie Automatyczne Systemy Monitoringu (AMS),

7.1.2.3.4. posiada akredytację w zakresie:

7.1.2.3.4.1. poboru próbek do oznaczeń stężenia rtęci, chlorowodoru, fluorowodoru i amoniaku w spalinach,

7.1.2.3.5. dysponuje aparaturą pomiarową do pomiarów AST/QAL2 o klasie dokładności

nie gorszej niż aparatura zainstalowana na obiekcie w ramach AMS,

7.1.2.3.6. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert posiadał ciągłość akredytacji w zakresie przedmiotu zamówienia.

W pkt 9.4.4. siwz zamawiający wskazał oświadczenia i dokumenty, jakich wymaga dla potwierdzenia ww. warunków:

- dla warunku, o którym mowa w pkt 7.1.2.3.1. – wykaz wykonanych usług,
- dla warunku, o którym mowa w pkt 7.1.2.3.2. – certyfikat akredytacji,
- dla warunku, o którym mowa w pkt 7.1.2.3.3. – certyfikat akredytacji,
- dla warunku, o którym mowa w pkt 7.1.2.3.4. – certyfikat akredytacji
- dla warunku, o którym mowa w pkt 7.1.2.3.5. – wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami,
- dla warunku, o którym mowa w pkt 7.1.2.3.6. – oświadczenie o ciągłości posiadanej akredytacji.

Zamawiający w Części II SIWZ str. 5 pkt V 8 wymagał wykonania pomiarów kalibracyjnych (QAL2) systemu pomiarowego do rozliczenia emisji zanieczyszczeń gazowych spalin na kominie nr 3 (rozruchowy), składający się z:

- Analizator gazowy O₂, SO₂, NO_x, CO, CO₂,
- Termometr oporowy,
- Przetwornik ciśnienia,
- Przepływomierz FLOWSICK 100,
- Pyłomierz DURAG,
- Amoniak (NH₃).

Na str. 6 pkt III zamawiający wymagał wykonania pomiarów sprawdzających (AST) system pomiarowy do rozliczania emisji zanieczyszczeń gazowo-pyłowych spalin na kominie nr 2, składający się z:

- Analizator gazowy SO₂, O₂, CO, NO_x,
- Analizator NH₃, H₂O neomonitors 100042,
- Przepływomierz CODEL VCEM5110-347 TUV (szt. 2),
- Termometr oporowy PT 100,
- Przetwornik ciśnienia,
- Pyłomierz CODEL DCEM2100-1019-TUV TR.

Zamawiający w Części II SIWZ str. 1 w Tabeli nr 1 wymagał wykonania badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. blok nr 11: wylot spalin za IOS (5) i dwa emitory (dwuprzewodowe) kotłowni rozruchowej (cztery kotły) dla

potrzeb opracowania rocznego raportu uwalniania i transferu zanieczyszczeń PRTR zgodnie z Rozporządzeniem WE nr 166/2006r. z dnia 18.01.2006 r. wraz z określeniem wskaźników emisji między innymi dla:

- (80) Chlor i jego związki nieorganiczne (jako HCl)
- (84) Fluor i jego związki nieorganiczne jako (HF) w gazie.

Dodatkowo w Części II SIWZ str. 2 pkt II zamawiający wymagał wykonania badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z emitorów K4, K6 (bl.9), K5 (bl.10), K6, blok nr 11 za IOS 5 w zakresie: Pomiary: rtęci, HCL, HF, NH₃, skorelowane z analizą węgla na zawartość: C, H, N, O, Ar, Wc, Wu, S, CL, F, B, Hg.

W Części II SIWZ str. 6 (Rok 2018 Białystok, I) zamawiający wymagał wykonania pomiaru stężenia i emisji zanieczyszczeń do powietrza z kotłów OFB-105 nr 5 i 6 oraz komina nr 2 wraz z wyznaczeniem wskaźników emisji na potrzeby PRTR w zakresie:

- chlor jako HCl,
- fluor jako HF.

Zamawiający w części II SIWZ str. 1 (rok 2018 El. Kozienice) pkt I wymagał wykonania badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. blok nr 11: wylot spalin za IOS (5) i dwa emitory (dwuprzewodowe) kotłowni rozruchowej (cztery kotły) dla potrzeb opracowania rocznego raportu uwalniania i transferu zanieczyszczeń PRTR zgodnie z Rozporządzeniem WE nr 166/2006r. z dnia 18.01.2006 r. wraz z określeniem wskaźników emisji (tabela nr 1) między innymi dla:

- (1) Metan(CH₄)

Zgodnie z Część II SIWZ str. 5 (rok 2018 Białystok) pkt I zamawiający wymagał wykonania pomiaru stężenia i emisji zanieczyszczeń do powietrza z kotłów OFB-105 nr 5 i 6 oraz komina nr 2 wraz z wyznaczeniem wskaźników emisji na potrzeby PRTR w zakresie:

- metan.

Zgodnie z SIWZ Część II str. 23 zamawiający wymagał, aby pomiary CH₄, NVOC, HCl, HF, NH₃ ze względu na nierównomierność procesu technologicznego i zmienność procesu spalania wykonać metodą pomiarów ciągłych w okresie nie krótszym jak 4 godziny. Wymagane jest, aby w sprawozdaniu przedstawić pełne przebiegi wartości chwilowych, jednominutowych oraz średni wynik z całego pomiaru. Dodatkowo zamawiający wymagał (część II SIWZ str. 24), aby pomiary wykonać z uwzględnieniem metod referencyjnych przewidzianych obowiązującym stanem prawnym i wskazać je w składanych ofertach. Metoda referencyjna powinna być dobrana spośród metodyk znormalizowanych.

Zamawiający w części II SIWZ str. 1 (Rok 2018 El. Kozienice) pkt I wymagał wykonania badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. blok nr 11: wylot spalin za IOS (5) i dwa emitory (dwuprzewodowe)

kotłowni rozruchowej (cztery kotły) dla potrzeb opracowania rocznego raportu uwalniania i transferu zanieczyszczeń PRTR zgodnie z Rozporządzeniem WE nr 166/2006r. z dnia 18.01.2006 r. wraz z określeniem wskaźników emisji (tabela nr 1) między innymi dla:

- (7) Niemetanowe lotne związki organiczne (NMVOC)

Natomiast w części II SIWZ str. 5 (Rok 2018 Białystok) pkt I, zamawiający wymagał wykonania pomiaru stężenia i emisji zanieczyszczeń do powietrza z kotłów OFB-105 nr 5 i 6 oraz komina nr 2 wraz z wyznaczeniem wskaźników emisji na potrzeby PRTR w zakresie:

- niemetanowe lotne związki organiczne (NMVOC).

Zamawiający w części II SIWZ str. 2 (Rok 2018 El. Kozienice) pkt II wymagał wykonania badań i oznaczeń zanieczyszczeń emitowanych do powietrza w ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. z emitorów K4, K5 (bl.9), K5 (bl.10), K6, blok nr 11 za IOS 5 w zakresie:

- Pomiary: rtęci, HCL, HF, NH₃, skorelowane z analizą węgla na zawartość: C, H, N, O, Ar, Wc, Wu, S, CL, F, B, Hg.

Zgodnie z zapisami Część II SIWZ, od str. 23, warunki podmiotowe, które musi spełnić wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- Pomiary kalibracyjne mają być wykonane według normy PN-EN 14181:2015-02 „Emisja ze źródeł stacjonarnych - Zapewnienie jakości automatycznych systemów pomiarowych”, według punktu nr 6 normy (Zapewnienie jakości instalacji (QAL 2)).
- Pomiary sprawdzające mają być wykonane według normy PN-EN 14181:2015-02 „Emisja ze źródeł stacjonarnych - Zapewnienie jakości automatycznych systemów pomiarowych”, według punktu nr 8 normy (Roczna kontrola sprawności).
- Pomiary, badania oraz prezentację wyników badań należy przeprowadzić w oparciu o wymogi zawarte w wymienionych aktach prawnych, aktualnie obowiązujących: rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 30 października 2014r. w sprawie wymagań w zakresie prowadzenia pomiarów wielkości emisji oraz pomiarów ilości pobieranej wody (Dz. U. 2014 r. poz. 1542); rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 19 listopada 2008r. w sprawie rodzajów wyników pomiarów prowadzonych w związku z eksploatacją instalacji lub urządzenia i innych danych oraz terminów i sposobów ich prezentacji (Dz. U. z 2008r. Nr 215, poz. 1366); rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 4 listopada 2014r. w sprawie standardów emisyjnych dla niektórych rodzajów instalacji, źródeł spalania paliw oraz urządzeń spalania lub współspalania odpadów (Dz. U. z 2014 r. Nr 0 poz. 1546); ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. 2013 poz. 1232 z późniejszymi zmianami). W przypadku zmiany wymienionych aktów prawnych, Wykonawca zobowiązany jest do dostosowania się do nowych przepisów.
- Wykonanie odpowiednich sprawozdań z wynikami pomiarowymi, równaniami

korekcyjnymi oraz oceną przydatności poszczególnych systemów do rozliczeń emisji (w przypadku korzystania z podwykonawców Wykonawca do sprawozdania dołączy w całości raporty podwykonawców). Wykonawca odpowiada za ich działania i zaniechania podwykonawców jak za działania i zaniechania własne).

- Zgodnie z art. 147a POŚ Wykonawca musi zapewnić wykonanie wszystkich badań w zakresie prób, transportu, przechowywania i oznaczeń przez akredytowane laboratorium.
- Pomiary CH₄, NVOC, HCl, HF, NH₃ ze względu na nierównomierność procesu technologicznego i zmienność procesu spalania należy wykonać metodą pomiarów ciągłych w okresie nie krótszym jak 4 godziny. Wymagane jest, aby w sprawozdaniu przedstawić przebiegi wartości chwilowych, jednominutowych oraz średni wynik z całego pomiaru.
- Wykonawca dokona w obecności Zamawiającego Komisijnego wzorcowania aparatury za pomocą certyfikowanych gazów wzorcowych.
- Sprawozdanie należy wykonać w 2 egzemplarzach zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (wszystkie próby i certyfikaty) w formie papierowej oraz na nośniku elektronicznym. Raporty należy sporządzić dla każdego kotła oddzielnie, z uwzględnieniem, że wyniki z pomiarów rtęci należy wykazać oddzielnie.
- Dokładny termin przeprowadzenia wyszczególnionych prac zostanie uzgodniony z Wykonawcą na bieżąco z uwzględnieniem możliwości ruchowych urządzeń Zamawiającego.
- Zgodnie z art. 147 a ust. 1 ustawy Prawo ochrony środowiska z dnia 27.04.2001 r. (Dz. U. 2013 poz. 1232, z późniejszymi zmianami) przedmiotowe pomiary i analizy, o których mowa w punkcie 1.1. muszą być wykonane przez:
 - 1) akredytowane laboratorium w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1226, z późniejszymi zmianami) lub
 - 2) certyfikowane jednostki badawcze, o których mowa w art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 143, z późniejszymi zmianami).

Wymagania, o których mowa powyżej dotyczą zarówno analiz, jak i poboru próbek do badań.

- Pomiary należy wykonać z uwzględnieniem metod referencyjnych przewidzianych obowiązującym stanem prawnym i wskazać je w składanych ofertach. Metoda referencyjna powinna być dobrana spośród metodyk znormalizowanych.

Uwaga:

Każdy Wykonawca powinien szczegółowo wskazać siebie lub w przypadku zlecenia Podwykonawcy zakres prac, jaki jest do wykonania w ramach niniejszego zakresu dotyczącego Badania funkcjonalności systemu AMS w procedurach QAL2 i AST. Należy określić szczegółowo z nazwy jaki podmiot będzie wykonywał niżej wymienione czynności. Przy każdej pozycji należy wpisać nazwę Wykonawcy (Podwykonawcy). (...)

Wymagane jest samodzielne wykonanie badania liniowości analizatorów gazów. W związku z tym należy przedstawić szczegółowy wykaz sprzętu (posiadanie stosownych gazów wzorcowych, podzielnika).

Dopuszczone jest wykonywanie badań liniowości pyłomierza i przepływomierza przez nieakredytowanego Podwykonawcę. Należy określić zakres jego prac.

Za całość opracowania raportu z badań funkcjonalności jest odpowiedzialne akredytowane laboratorium wykonujące procedurę AST i QAL2.

Oferty w postępowaniu złożyli:

- odwołujący z ceną: 4.292.700,00 zł brutto (po aukcji: 3.890.000,00 zł brutto),
- wykonawca Ekopomiar z ceną: 2.071.197,00 zł brutto (po aukcji: 2.061.197,00 zł brutto)

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę: 2.013.000,00 zł netto, co po dodaniu wartości podatku VAT stanowi kwotę: 2.475.990,00 zł brutto.

Z powyższego wynika, że cena oferty przystępującego była niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2018 r. zamawiający wezwał wykonawcę Ekopomiar, na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, „w szczególności w zakresie:

- oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę {Dz.U. z 2017 r. poz. 847};
- pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy”.

Pismem z dnia 28 sierpnia 2018 r, wykonawca Ekopomiar odpowiedział, co następuje:

„Koszty wykonania zlecenia są niższe w przypadku naszego konsorcjum, ponieważ korzystamy (z wyłączeniem części zlecenia dotyczącej oznaczenia stężenia dioksyn i furanów) z zasobów własnych ludzkich i technicznych. Jako konsorcjum dysponujemy dużym potencjałem wykonawczym, możliwa jest minimalizacja kosztów wykonania zlecenia, dzięki uniknięciu konieczności korzystania z zasobów podmiotów trzecich, w tym opłacania kosztów wykonania prac i analiz przez firmy zewnętrzne. Oferta cenowa została przygotowana zgodnie z obowiązującymi przepisami, z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia za pracę pracowników ustalonego wg przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847).

Przy obliczeniu kosztów wykonania zlecenia uwzględniono i zachowano przepisy wynikające z prawa pracy, prawa ochrony środowiska oraz przepisy o zabezpieczeniu społecznym obowiązujące w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W celu wykonania zlecenia planuje się powierzenie części prac, w zakresie oznaczeń stężenia dioksyn i furanów akredytowanemu laboratorium ALS POLSKA Sp. z o.o. Próbkę do analizy pobierane będą przez pracowników jednego z partnerów konsorcjum, posiadającego akredytację w tym zakresie, w związku z tym koszty będą znacząco niższe niż w przypadku zlecenia poboru prób i wykonania oznaczenia”.

Do ww. wyjaśnień wykonawca Ekopomiar nie dołączył żadnych dowodów.

Pismem z dnia 4 września 2018 r. zamawiający wezwał wykonawcę Ekopomiar, na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca przedłożył oświadczenia i dokumenty, w tym m.in. wykaz sprzętu, tj. „zestawienie aparatury pomiarowej do pomiarów AST/QAL2”.

Pismem z dnia 2 października 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Ekopomiar.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez

niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w pkt 1.2. – 1.6. odwołania i dotyczących posiadania przez wykonawcę Ekopomiar akredytacji, Izba stwierdziła, co następuje:

1.2. Zgodnie z częścią II siwz, str. 23 tiret pierwszy i drugi, pomiary mają być wykonane wg normy PN-EN 14181:2015-02. Zgodnie z ww. normą badanie amoniaku musi być przeprowadzone metodą SRM, co oznacza, że laboratorium musi mieć akredytację z wpisem: „automatyczne systemy monitoringu AMS dla amoniaku”. Wykonawca Ekopomiar posiada akredytację AB 1078 do pobierania próbek amoniaku i ich analizy, ale jest to akredytacja dotycząca własnej procedury badawczej wykonawcy, nie zaś metody zgodnej z normą PN-EN 14181:2015-02. Tym samym oferta wykonawcy Ekopomiar nie jest zgodna z siwz.

1.3. Wykonawca Ekopomiar posiada akredytację AB 1078, z której wynika prawo poboru próbek chloru i fluoru, natomiast nie wynika z niej prawo do pomiaru ciągłego. Wymóg wykonania pomiarów metodą pomiarów ciągłych wynika z części II siwz, str. 23 tiret szósty. Wg zamawiającego prawo do analizy chloru i fluoru wynika z akredytacji AB 719, niemniej jednak w dokumentacji postępowania nie ma zakresu tej akredytacji, która potwierdzałaby stanowisko zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca Ekopomiar nie złożył tego zakresu. Tym samym oferta wykonawcy Ekopomiar nie jest zgodna z siwz.

1.4. Wykonawca Ekopomiar posiada akredytację AB 1078 w zakresie metanu, ale przewiduje ona analizę metodą FTIR, która nie jest metodą znormalizowaną. Wymóg, aby stosowana była metoda znormalizowana wynika z części II siwz str. 24, tiret ostatni. Tym samym oferta wykonawcy Ekopomiar nie jest zgodna z siwz.

1.5. Brak w ofercie akredytacji dotyczącej niemetanowych lotnych związków organicznych. Tym samym oferta wykonawcy Ekopomiar nie jest zgodna z siwz.

1.6. Brak w ofercie akredytacji dotyczącej badania boru w węglu. Tym samym oferta wykonawcy Ekopomiar nie jest zgodna z siwz.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W części II siwz w punkcie I zatytułowanym „Zakres rzeczowy” zamawiający wymienił wyżej przytoczane wymagania dotyczące sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, w tym

m.in. wymienił akty prawne, zgodnie z którymi zamówienie ma być realizowane. Pośród ww. aktów prawnych zamawiający wskazał ustawę Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2013 r. poz. 1232 ze zm.), która w art. 147a przewiduje obowiązek wykonywania badań przez akredytowane laboratorium. Brak posiadania przez wykonawcę Ekopomiar wymaganych akredytacji powoduje, że treść jego oferty nie jest zgodna z treścią siwz.

Niezasadne jest przy tym stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym zakładał on, że w zakresie, w którym wykonawca nie posiada akredytacji, będzie on korzystał z usług podwykonawców. Po pierwsze, należy podkreślić, że w ofercie wykonawcy Ekopomiar nie ma informacji, że zamierza on korzystać z podwykonawców w zakresie badań, o których mowa powyżej, ani tym bardziej, że podwykonawcy ci posiadają stosowne akredytacje. Tymczasem w części II siwz na str. 24 zamawiający zawarł wymóg, zgodnie z którym wykonawca był zobowiązany do podania m.in. zakresu, jaki zleci podwykonawcom. Należy wyraźnie podkreślić, że w takim wypadku zamawiający nie może, opierając się wyłącznie na swoich domniemaniach, zakładać że usługi zostaną zlecone podwykonawcom. Po drugie, należy zauważyć, że w piśmie z dnia 28 sierpnia 2018 r. wykonawca Ekopomiar udzielając wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wskazał, że zamierza korzystać z podwykonawców wyłącznie w zakresie dotyczącym oznaczenia stężenia dioksyn i furanów. Z powyższego wynika, że w zakresie amoniaku, chloru, fluoru, metanu, niemetanowych lotnych związków organicznych i boru, wykonawca nie przewiduje korzystania z podwykonawstwa. Oznacza to, że zamawiający nie miał podstaw do założenia, że wykonawca Ekopomiar będzie na etapie realizacji zamówienia dysponował podwykonawcami posiadającymi stosowne akredytacje, a sam wykonawca - jak wykazano powyżej - takich akredytacji nie posiada. Tym samym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt 1.8. odwołania i dotyczącego rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, co następuje:

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość

przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, zaś zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W świetle wyżej cytowanych przepisów, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, co nie jest też sporne pomiędzy stronami, że zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę Ekopomiar do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Cena ta bowiem była o ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Sytuacja taka została przez Ustawodawcę uznana za zawsze budzącą wątpliwości i wymagającą obligatoryjnie uzyskania od wykonawcy wyjaśnień.

Ustawodawca ponadto wskazał jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta

nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, nieoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, Ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje, były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk.

Brak udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu.

W niniejszej sprawie wykonawca Ekopomiar, odpowiadając na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, udzielił wyjaśnień, które absolutnie nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska. W złożonych wyjaśnieniach przystępujący ograniczył się do wskazania, że co do zasady będzie korzystał z własnych zasobów technicznych i ludzkich, że jako konsorcjum dysponuje dużym potencjałem wykonawczym, że możliwa jest minimalizacja kosztów zlecenia dzięki uniknięciu konieczności korzystania z zasobów podmiotów trzecich oraz opłacania kosztów prac i analiz przez firmy zewnętrzne. Wykonawca zapewnił także o przestrzeganiu przepisów z zakresu prawa pracy, ochrony środowiska, zabezpieczenia społecznego i minimalnego wynagrodzenia oraz wspominał o jednym podwykonawcy, któremu zleci oznaczenia stężenia dioksyn i furanów, przy czym próbki pobierane będą przez partnera konsorcjum, co obniży koszty wykonania oznaczenia.

Wykonawca Ekopomiar nie przedstawił jednak w ogóle kosztów składających się na realizację przedmiotu zamówienia i dających zamawiającemu możliwość oceny, czy zostały uwzględnione wszystkie niezbędne koszty. Nie wskazał także, które z tych kosztów zostały obniżone, o ile i z czego wynika możliwość ich obniżenia. Wykonawca nie wskazał ponadto wyjątkowo sprzyjających mu warunków wykonywania zamówienia, jak też nie wskazał, z jakich przyczyn są one dostępne wyłącznie jemu, a nie są dostępne jego konkurentom. Za takie sprzyjające warunki nie można uznać gołosłownych informacji wykonawcy Ekopomiar o korzystaniu z własnych zasobów ludzkich i technicznych, dużym potencjale wykonawczym, minimalizacji kosztów czy uniknięciu korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Informacje te nie zostały bowiem poparte żadnymi dowodami, jak też nie wskazano, w jaki sposób wymienione czynniki i w jakiej wysokości przełożyły się na obniżenie ceny oferty. Wykonawca Ekopomiar zapewnił też o przestrzeganiu przepisów o minimalnym wynagrodzeniu, ale nie podał, choćby zbiorczo, kosztów wynagrodzenia, jakie będzie ponosił w związku z realizacją zamówienia. Wskazał ponadto, że zleci część zamówienia podwykonawcy, ale nie załączył żadnych dowodów to potwierdzających, choćby oferty tego podwykonawcy lub wstępnej z nim umowy, jak też nie wskazał, w jaki sposób i w jakiej wysokości obniży to koszty wykonania zamówienia. Nie wyjaśnił także, w jaki sposób i w jakiej wysokości na obniżenie kosztów wpłynę fakt, że próbki do analizy będą pobierane przez jego z partnerów konsorcjum.

Reasumując, wyjaśnienia wykonawcy Ekopomiar w żaden sposób nie stanowią dowodu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Tym samym oferty tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt 1.7. odwołania i dotyczącego dysponowania przez wykonawcę Ekopomiar odpowiednim sprzętem, Izba stwierdziła, co następuje:

W punkcie 7.1.2.3.5. siwz zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca miał dysponować aparaturą pomiarową do pomiarów AST/QAL2 o klasie dokładności nie gorszej niż aparatura zainstalowana na obiekcie w ramach AMS. Należy zwrócić uwagę, że ww. warunek nie wymienia dokładnie urządzeń, którymi wykonawca ma dysponować. Tym samym warunek ten jest niedookreślony i pozostawia wykonawcom pole do namysłu, o jaką konkretnie aparaturę pomiarową chodziło zamawiającemu i jakie konkretnie urządzenia powinny zostać wykazane w zestawieniu tej aparatury.

W pierwszej kolejności należy negatywnie ocenić taki sposób opisywania warunku przez zamawiającego, gdyż skutkiem jego nieprecyzyjności jest to, że wykonawcy nie mają

pewności, jakie urządzenia wykazać, jak też składają wykazy urządzeń nieporównywalne ze sobą, bo każdy wykonawca uznaje inny zakres sprzętu za właściwy do wpisania w wykazie. Tym samym skutkiem takiego opisu warunku jest naruszenie przez zamawiającego obowiązku rzetelnego informowania wykonawców o warunkach udziału w postępowaniu, co może prowadzić do naruszenia zasad przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak też naruszenie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez opisanie warunku w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, gdyż opis warunku nie daje gwarancji, że wykonawca ujmie w wykazie sprzętu te urządzenia, które mają największe znaczenie dla oceny jego zdolności. Dodatkowym skutkiem, jak już wspomniano wyżej, jest nieporównywalność składanych przez wykonawców wykazów sprzętu.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że opisanie przez zamawiającego warunku w sposób nieprecyzyjny, nie może obciążać negatywnymi konsekwencjami wykonawców. Zamawiający nie może też na etapie oceny spełniania warunków wzywać wykonawcy do uzupełnienia wykazu sprzętu o sprzęt, który nie został wprost wymieniony w opisie warunku, jak też nie może go z powodu braku wpisania do wykazu takiego sprzętu wykluczyć z postępowania. Innymi słowy: niedoprecyzowany warunek udziału w postępowaniu nie może być interpretowany na niekorzyść wykonawcy na etapie oceny spełniania warunków. Działanie takie naruszałoby zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie, jak wskazano już wyżej, zamawiający nie dookreślił rodzaju urządzeń, jakie mają być wymienione w zestawieniu aparatury pomiarowej. Tym samym na obecnym etapie nie można czynić zarzutu wykonawcy Ekopomiar, że nie wymienił w zestawieniu urządzeń podniesionych przez odwołującego w odwołaniu, tj. butli ze wszystkimi gazami wzorcowymi oraz zestawu filtrów optycznych właściwych do badania liniowości wszystkich rodzajów pyłomierzy. Biorąc pod uwagę nieprecyzyjny opis warunku udziału w postępowaniu, nie można na obecnym etapie wzywać wykonawcy o uzupełnienie zestawienia aparatury o ww. urządzenia, ani tym bardziej – wykluczyć go z udziału w postępowaniu z powodu niewskazania tych urządzeń w zestawieniu aparatury.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, że wykonawca Ekopomiar wskazał w zestawieniu aparatury „butle z gazami wzorcowymi” i jest jedynie niczym niepopartym domniemaniem odwołującego, że nie są to butle ze wszystkimi gazami wzorcowymi.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Ekopomiar. Z uwagi na brak udzielenia wyjaśnień udowadniających, że cena oferty nie jest rażąco niska, oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie

art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, natomiast z uwagi na brak wymaganych akredytacji oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu. Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż wykonawca Ekopomiar nie podlegał wykluczeniu z postępowania z powodu treści złożonego zestawienia aparatury pomiarowej. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten ma zastosowanie do postępowań dwuetapowych (np. przetarg ograniczony), a niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący