

Sygn. akt: KIO 2090/10

WYROK
z dnia 11 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: 1) ECOSERVICE Sp. z o.o. (Lider); 2) Przedsiębiorstwo Techniczno - Handlowe Jumar Sp. z o.o.** z adresem dla lidera konsorcjum: **ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** w dniu 27 września 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Suwałkach Sp. z o.o., ul. Gen. W. Sikorskiego 14, 16-400 Suwałki**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm: 1) T4B Sp. z o.o. (Lider), 2) CDM Sp. z o.o.** z adresem dla lidera konsorcjum: **al. J. Waszyngtona 146, 04-076 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: 1) ECOSERVICE Sp. z o.o. (Lider); 2) Przedsiębiorstwo Techniczno - Handlowe Jumar Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: **ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Konsorcjum firm: 1) ECOSERVICE Sp. z o.o. (Lider);**

2) Przedsiębiorstwo Techniczno - Handlowe Jumar Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.082,00 zł (słownie: trzy tysiące osiemdziesiąt dwa złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: 1) ECOSERVICE Sp. z o.o. (Lider); 2) Przedsiębiorstwo Techniczno - Handlowe Jumar Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Suwałkach Sp. z o.o., ul. Gen. W. Sikorskiego 14, 16-400 Suwałki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 11 października 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2090/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Intensyfikację procesów usuwania azotu ogólnego w komorach nityfikacji – denityfikacji” (numer referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego 11 bis/2010/poiiis/zad.03/1c), zostało wszczęte przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Suwałkach Sp. z o.o., ul. Gen. W. Sikorskiego 14, 16-400 Suwałki zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 128-196182 w dniu 06.07.2010 r.

W dniu 17.09.2010 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 Pzp informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Konsorcjum firm: 1) T4B Sp. z o.o. (Lider), 2) CDM Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: al. J. Waszyngtona 146, 04-076 Warszawa zwanego dalej: „Konsorcjum T4B” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum firm: 1) ECOSERVICE Sp. z o.o. (Lider); 2) Przedsiębiorstwo Techniczno - Handlowe Jumar Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Głowackiego 9, 65-301 Zielona Góra zwane dalej: „Konsorcjum ECOSERVICE” albo „Odwołującym”.

W dniu 27.09.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp, Konsorcjum ECOSERVICE wniosło odwołanie na w/w czynność. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.09.2010 r. (e-mailem). Stwierdził, że odwołanie jest wnoszone na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum T4B, mimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że:

- 1) wbrew ustawowemu obowiązkowi nie odrzucił oferty Konsorcjum T4B, mimo że jej treść nie odpowiada treści Rozdz. 4.1.2. lit. i) cz. I SIWZ, zgodnie z którym wymagane przez Zamawiającego urządzenia, to m.in. trzy komplety sond do pomiaru azotanów i amoniaku na wypływie z każdej z komór nityfikacji, a która to oferta zawiera jedynie kalkulację jednego kompletu ww. sond, co jest błędem w obliczeniu ceny, a tym samym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 Pzp;
- 2) w wyniku sprzecznego z Pzp zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum T4B nie zapewnił w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym naruszył również art. 7 ust. 1 Pzp, bowiem dokonał wyboru oferty, która była bardziej konkurencyjna wobec innych ofert tylko dla tego, że zaniżyła cenę poprzez nieskalkulowanie wszystkich wymaganych przez SIWZ elementów;
- 3) wbrew ustawowemu obowiązkowi nie odrzucił oferty Konsorcjum T4B, mimo że jej treść

nie odpowiada treści Rozdz. 4.1.1. cz. I SIWZ, zgodnie z którym przedmiotem zamówienia jest wykonanie intensyfikacji procesów usuwania azotu ogólnego w komorach nityfikacji - denityfikacji ze ścieków na oczyszczalni w Suwałkach, bez przebudowy istniejących obiektów i rurociągów, zapewniającej uzyskanie w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu ogólnego nie wyższego niż 10 mg N/dm³ (w temperaturze ścieków nie niższej niż +12° C), z zachowaniem pozostałych stężeń zanieczyszczeń zgodnych z pozwoleniem wodno prawnym, a tym samym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że nie dokonał wyboru oferty Odwołującego, która winna być oceniona jako oferta najkorzystniejsza, a która otrzymała w kolejności najwyższą liczbę punktów w trakcie czynności oceny i wyboru ofert. Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Konsorcjum T4B
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum T4B,
- 5) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego,
- 6) obciążenie Zamawiającego na rzecz Odwołującego się poniesionymi przez niego kosztami postępowania według norm przepisanych,
- 7) przeprowadzenie dowodów z dokumentów przywołanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane,
- 8) przeprowadzenie dowodów z:
 - a) zeznań świadka Mirosława M.,
 - b) opinii biegłego z dziedziny inżynierii sanitarnej,
 - c) przesłuchania stron, na okoliczność:
 - błędnych założeń w ofercie Konsorcjum T4B, co do wtórnego obciążenia oczyszczalni ładunkiem zanieczyszczeń zawartych w wodach osadowych,
 - skutków błędnych założeń, w postaci braku możliwości uzyskania przez Konsorcjum T4B określonego przez Zamawiającego w SIWZ w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu ogólnego nie wyższego niż 10 mg N/dm³ (w temperaturze ścieków nie niższej niż +12° C), w szczególności przy braku możliwości dozowania węgla zewnętrznego, a tym samym sprzeczności oferty Konsorcjum T4B z treścią SIWZ,
 - konieczności przebudowy istniejącego układu technologicznego oczyszczalni (istniejących obiektów lub rurociągów) lub budowy nowego obiektu (selektora) dla produkcji lotnych kwasów tłuszczowych, w przypadku zastosowania dla intensyfikacji procesów usuwania azotu ogólnego w komorach nityfikacji - denityfikacji proponowanej

przez Konsorcjum T4B technologii z dozowaniem lotnych kwasów tłuszczowych z osadu wstępnego, a tym samym sprzeczności oferty Konsorcjum T4B z treścią SIWZ.

Analiza oferty złożonej przez Konsorcjum T4B każe w sposób jednoznaczny uznać, że oferta ta nie może być uznana za najkorzystniejszą, a winna być przez Zamawiającego odrzucona. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę (a więc jest zobligowany do odrzucenia) jeśli treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający winien też na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp odrzucić ofertę, jeśli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

W toku postępowania Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ, w ten sposób, że uzupełnił opis przedmiotu zamówienia w Rozdz. 4.1.2. cz. I SIWZ: „*Wymagane urządzenia, obiekty*” dodając po punkcie „g” kolejne punkty: h. sondy redox szt. 6, i. sondy do pomiaru azotanów i amoniaku na wypływie z komór nityfikacji. W wyniku takiej modyfikacji treści SIWZ każdy z wykonawców obowiązany był uwzględnić w ofercie zakup i montaż sond do pomiaru azotanów i amoniaku na wypływie z komór nityfikacji. W oczyszczalni ścieków Zamawiającego występują trzy takie komory, co potwierdza sam Zamawiający, opisując w Załączniku do SIWZ - Stan istniejący, gdzie w pkt 1 stwierdza, że „*Po komorze defosfatacji ścieki rozdzielane są do trzech komór nityfikacji-denityfikacji pracujących równolegle*”.

Tak więc na wypływie każdej z 3 komór nityfikacji według SIWZ powinny się znaleźć 2 sondy: azotanów i amoniaku - czyli 6 sztuk - czyli 3 komplety. Tymczasem oferta Wybranego Wykonawcy na stronie 111 w tabeli dostaw w pozycji „o” zawiera wyraźny zapis, że dostarczony zostanie 1 komplet sond za cenę 37.207,00 zł. *Dowód: fotokopia str. 111 i 112 oferty* Konsorcjum T4B.

Nie ulega tym samym wątpliwości, że w tej części oferta Konsorcjum T4B jest sprzeczna z treścią SIWZ, bowiem Zamawiający wymagał zaoferowania i wyceny trzech kompletów sond, a nie jednego kompletu, tak jak to uczynił Konsorcjum T4B. Tym samym wybór takiej oferty narusza treść art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym odrzucona winna być oferta, która nie odpowiada treści SIWZ. Jednocześnie błędne przyjęcie do wyliczenia ceny dostawy tylko jednego kompletu sond, zamiast żądanych przez Zamawiającego trzech kompletów powoduje, że oferta Wybranego Wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny, a wybór takiej oferty przez Zamawiającego narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Przywołał wyrok z 23.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 447/09, jak i wyrok z 20.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 446/09. Na poparcie tezę, że w przedmiotowej sprawie obok sprzeczności oferty z SIWZ mamy do czynienia również z błędem w wyliczeniu ceny wskazał wyrok KIO z dnia 31.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1132/08.

Nadto należy wskazać, że dodatkowo wybór takiej oferty narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji. Gdyby bowiem

Konsorcjum T4B w kalkulował w swoją cenę dostawy koszt nie jednego, a trzech kompletów sond, to jego oferta przestałaby być ofertą najkorzystniejszą. Wybór oferty Konsorcjum T4B jest więc nie tylko dokonany z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i pkt 6 Pzp, ale jest też naruszeniem wymogu zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to jest art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z pkt. 4.1.1. Opis przedmiotu zamówienia - Wymagany Zakres cz. I SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców (zwanej dalej IDW) przedmiotem zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest wykonanie intensyfikacji procesów usuwania azotu ogólnego w komorach nitrifikacji - denitrifikacji ze ścieków na oczyszczalni w Suwałkach poprzez dostarczenie i zainstalowanie odpowiednich urządzeń (i ewentualnie dodatkowych sond pomiarowych), programu obliczeniowego sterującego procesem, w tym ewentualnie wprowadzenie zmian do programu pracy dmuchaw, biologicznego oczyszczania ścieków (komory N-D i osadniki wtórne) i recyrkulacją osadu oraz wprowadzenie zmian technologicznych (bez przebudowy istniejących obiektów i rurociągów), zapewniających uzyskanie w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu ogólnego nie wyższego niż 10 mg N/dm³ (w temperaturze ścieków nie niższej niż +12° C), z zachowaniem pozostałych stężeń zanieczyszczeń zgodnych z pozwoleniem wodno prawnym. Analizując obliczenia załączone do oferty Konsorcjum T4B można stwierdzić, że wyżej wymienione posiadają istotny błąd merytoryczny, w bezpośredni sposób wpływający na przyjętą przez tego Wykonawcę technologię. Na str. 114 swojej oferty Konsorcjum T4B podaje, że wtórne obciążenie oczyszczalni ładunkiem zanieczyszczeń zawartych w wodach osadowych wynosi:

Ilość:	400 m ³ /d
ChZT:	817,9 kg/d
BZT:	446,2 kg/d
Zawiesina	448,0 kg/d
N og.	275,7 kg/d
P og.	29,8 kg/d

Dowód: fotokopia str. 114 oferty Konsorcjum T4B.

W odniesieniu do ładunku zanieczyszczeń, doprowadzanego w ściekach surowych (str. 114 oferty) wyżej wymienione wartości procentowo kształtują się na poziomie:

Ilość:	3,74%
ChZT	4,15%
BZT:	4,15%
Zawiesina	4,15%
Nog.	18,1%
Pog.	12,0%

Opisane zależności nie znajdują odzwierciedlenia w odniesieniu do stanu

faktycznego, to jest składu zanieczyszczeń, zawartych w wodach osadowych w oczyszczalni ścieków w Suwałkach. Jak podaje dr inż. Sebastian Borowski z Instytutu Technologii Fermentacji i Mikrobiologii Politechniki Łódzkiej w artykule: „*Jakość cieczy osadowych powstających w procesach przeróbki osadów ściekowych*”, opublikowanym w „*Poradniku Eksploatatora nr 3,4 z 2004 r.*” w Suwałkach procent ładunku zanieczyszczeń zawartych w wodach osadowych w odniesieniu do ładunku w dopływie wynosi:

ChZT	2,4%
BZT:	1,0%
Zawiesina	6,7%
N og.	19,6%
P og.	15,8%

Przyjęcie w tym przypadku przez Konsorcjum T4B znacznie zawyżonych wartości w odniesieniu do ChZT i BZT przy obniżonej wartości związków azotu w wodach osadowych doprowadzanych na początek układu oczyszczania ma ogromne znaczenie dla przyjętej technologii i wykonanych obliczeń, a w szczególności wymaganych przez Zamawiającego parametrów ścieków oczyszczonych. Obniżenie do wartości rzeczywistych stężeń ChZT i BZT w cieczach osadowych doprowadzanych na początek układu oczyszczania powoduje zmianę proporcji BZT/N w dopływie do oczyszczalni z 4,59 na 4,38. W tym miejscu należy zaznaczyć, że wymagany stosunek BZT/N dla prawidłowego przebiegu procesu eliminacji azotu ze ścieków powinien wynosić $BZT/N > 5$. W tej sytuacji należy stwierdzić, że błędne założenia co do wtórnego obciążenia oczyszczalni ładunkiem zanieczyszczeń zawartych w wodach osadowych powodują, że w istocie Konsorcjum T4B swoją technologią nie jest w stanie uzyskać określonego przez Zamawiającego w pkt 4.1.1. „*Opis przedmiotu zamówienia - Wymagany Zakres*” cz. I SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu ogólnego nie wyższego niż 10 mg N/dm^3 (w temperaturze ścieków nie niższej niż $+12^\circ \text{C}$). *Dowód: zeznania świadka Mirosława Makowskiego, opinia biegłego z dziedziny inżynierii sanitarnej.*

Dodatkowo, brak źródła węgla w określonej ilości uniemożliwia uzyskanie wymaganych przez Zamawiającego parametrów jakości zanieczyszczeń w odpływie z oczyszczalni. Tymczasem w omawianym przypadku doprowadzenie zewnętrznego źródła węgla, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest niedopuszczalne. W pkt 4.1.1. IDW SIWZ Zamawiający poczynił istotne zastrzeżenie, które opatrzył sformułowaniem „*UWAGA*”, a zgodnie z którym nie będą przez Zamawiającego brane pod uwagę oferty przewidujące rozwiązania wspomagające usuwanie azotu ogólnego ze ścieków w komorach nityfikacji - denityfikacji poprzez dozowanie węgla zewnętrznego, ponieważ przeprowadzone wcześniej przez Zamawiającego próby z dozowaniem zewnętrznego węgla nie dały zadowalających rezultatów. *Dowód: wydruk części I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, zeznania świadka*

Mirostawa Makowskiego, opinia biegłego z dziedziny inżynierii sanitarnej.

W tej sytuacji zasadne jest uznanie, że oferta Konsorcjum T4B jest sprzeczna z SIWZ, a więc zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winna być odrzucona, czego Zamawiający zaniechał.

Zgodnie z pkt 4.1.1. „Opis przedmiotu zamówienia - Wymagany Zakres” cz. I SIWZ - Instrukcji dla Wykonawców Zamawiający jednoznacznie wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie intensyfikacji procesów usuwania azotu ogólnego w komorach nitrifikacji-denitrifikacji ze ścieków na oczyszczalni w Suwałkach poprzez dostarczenie ściśle określonych urządzeń bez przebudowy istniejących obiektów i rurociągów zapewniających uzyskanie w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu og. nie wyższego niż 10 mg/N/dm³ (w temperaturze +12°C) z zachowaniem pozostałych stężeń zanieczyszczeń. *Dowód: wydruk części I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców*

W ofercie Konsorcjum T4B jednoznacznie wskazano, że projektowany układ wymaga dozowania dodatkowego źródła węgla w postaci LKT (lotnych kwasów tłuszczowych). Zapis taki zawarto na str. 115 oferty Konsorcjum T4B, gdzie określa się parametry wspomaganie usuwania azotu dozowaniem LKT z osadu wstępnego. Nadto na str. 118 Konsorcjum T4B, podając podstawowe założenia technologiczne projektowanej modernizacji, w pkt 4 przewiduje wspomaganie procesu denitrifikacji poprzez dozowanie LKT do komory denitrifikacji. *Dowód: fotokopia str. 115 i 117 oferty Konsorcjum T4B.*

Tymczasem, aby można było wyprodukować LKT (który następnie miałby być dozowany do procesu denitrifikacji) należy przebudować istniejący układ technologiczny oczyszczalni bądź wybudować nowy obiekt (selektor), w którym prowadzony byłby proces produkcji lotnych kwasów tłuszczowych, a więc dokonać przebudowy istniejących obiektów lub rurociągów. *Dowód: zeznania świadka Mirostawa Makowskiego, opinia biegłego z dziedziny inżynierii sanitarnej.*

Przedstawione w ofercie Konsorcjum T4B rozwiązanie pozostaje więc w istotnej sprzeczności z wyżej opisanymi wymaganiami podanymi w SIWZ, zgodnie z którymi efekt ma być osiągnięty poprzez wprowadzenie zmian technicznych bez przebudowy istniejących obiektów i rurociągów, a więc i z tego powodu oferta Wybranego Wykonawcy winna być na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucona, jako sprzeczna z SIWZ.

Reasumując stwierdzić należy, że skoro Konsorcjum T4B złożył ofertę zawierającą rozwiązanie niedopuszczalne w świetle treści SIWZ, a także nie wycenił niezbędnej ilości urządzeń, to jego oferta, jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawierająca błędy w obliczeniu ceny, winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 6 Pzp.

Na poparcie stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 19.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1265/09, jak i wyrok z dnia 29.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 918/09, tudzież

wyrok z dnia 23.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 62/09 oraz wyrok z dnia 6.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1144/08. Odwołujący wskazuje także, że w wyniku sprzecznego z przepisami Pzp zaniechania czynności odrzucenia oferty Wybranego Wykonawcy Zamawiający nie zapewnił w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym naruszył również przepis art. 7 ust. 1 Pzp. Przywołał wyrok KIO z dnia 22.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 598/09.

Zamawiający w dniu 27.09.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 30.09.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum firm: 1) TB4 Sp. z o.o. (Lider), 2) CDM Sp. z o.o. z adresem dla lidera konsorcjum: al. J. Waszyngtona 146, 04-076 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum TB4” albo „Przystępującym” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut błędu w obliczeniu ceny ofertowej poprzez przyjęcie w ofercie niewłaściwej (niezgodnej z SIWZ) ilości sztuk sond azotanów i amoniaku opiera się na nieprawidłowym założeniu, iż Przystępujący, dokonując w ofercie wyceny pozycji: „sondy do pomiarów azotanów i amoniaku na wypływie z komór nityfikacji” wymaganej w pkt 4.1.2. lit. i) cz. I SIWZ, określił cenę kompletu sond (2 szt.) dla jednej tylko komory nityfikacyjnej, podczas gdy z zapisów SIWZ wynika, iż w oczyszczalni ścieków znajdują się trzy komory nityfikacyjne, a zatem Przystępujący winien był podać cenę za 3 komplety sond (3x2 szt.). Błąd w założeniu Odwołującego sprowadza się w istocie do rozumienia terminu „1 komplet”, użytego przez Przystępującego w pkt 3 lit. o) tabeli „Podział na pozycje ceny oferty” na str. 111 oferty Przystępującego, który Odwołujący identyfikuje z 2 szt. sond (azotanów i amoniaku), podczas gdy ani z treści SIWZ w żadnym jej punkcie, ani z treści oferty, nie wynika, aby określenie „komplet” miało oznaczać konkretną liczbę sztuk (np. 2) sond. Założenie uczynione przez Odwołującego jest zatem nieuprawnione, podnieść bowiem należy, iż Przystępujący, pod pojęciem „1 kpi. sond”, rozumiał komplet sond niezbędnych do funkcjonowania całego systemu, tj. wszystkich trzech komór nityfikacyjnych oczyszczalni, czyli łącznie 6 sztuk (3 sondy amoniaku i 3 sondy azotanów). W konsekwencji, treść oferty Przystępującego w pkt 3 lit. o) tabeli „Podział na pozycje ceny oferty” nie stoi w sprzeczności z treścią SIWZ, a w szczególności ze wskazanym przez Odwołującego pkt 4.1.2. lit. i) cz. I SIWZ. To zaś implikuje stwierdzenie, iż wbrew zarzutom Odwołującego, oferta Przystępującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, brak było zatem

przesłanek do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o podstawę prawną wskazaną przez Odwołującego. Z powyższych względów nie jest również zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, jako oferty z zaniżoną ceną. Na marginesie wskazać należy, iż przyjęte przez Odwołującego założenie, iż istnienie trzech komór nityfikacyjnych automatycznie wymaga zastosowania 6 sond do pomiarów (3 sond azotanów i 3 sond amoniaku), również należy uznać za nieprawidłowe, jest to bowiem tylko jedno z możliwych do zastosowania rozwiązań, zważywszy w szczególności, iż Zamawiający nie określił w SIWZ ilości sond, a ponadto postawił wymaganie, aby sondy znajdowały się: „*na wypływie z komór nityfikacji*”, co pozwala *de facto* na zastosowanie również takich rozwiązań, w których liczba niezbędnych sond jest mniejsza niż 6 szt.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących technologii usuwania związków azotowych i rzekomego błędu merytorycznego Przystępującego w zakresie przyjętych wartości ładunku zanieczyszczeń, w pierwszej kolejności podnieść należy, iż tzw. wtórne obciążenie oczyszczalni ścieków ładunkiem zanieczyszczeń, wynikające z zawracania w ciągi oczyszczające wód osadowych, nie jest wartością stałą i niezmienną, lecz może się wahać w dosyć szerokich granicach i zależy od wielu czynników, z których najistotniejsze, to:

- ilość i jakość dopływających ścieków,
- zastosowane metody odwadniania osadów,
- rodzaj polielektrolitu, jego wiek od momentu przygotowania roztworu roboczego, stężenie robocze, ilość godzin pracy maszyny odwadniającej.

Zamawiający w SIWZ nie wskazał wartości ładunku zanieczyszczeń, które wykonawcy winni przyjąć jako obowiązujące, pozostawiając kwestię ustalenia właściwych normatywów Wykonawcom, jako profesjonalistom w tym zakresie. Ponadto, wskazane przez Odwołującego wielkości procentowe ładunku zanieczyszczeń, określające jakość wód osadowych w oczyszczalni ścieków w Suwałkach, wbrew temu co wydaje się sugerować Odwołujący, nie stanowią obowiązującej, stałej i niezmiennej normy, lecz, co przyznaje sam Odwołujący, zostały przyjęte za dr inż. Sebastianem Borowskim, w oparciu o opublikowany przez niego w 2004 r. artykuł: „*Jakość cieczy osadowych powstających w procesach przeróbki osadów ściekowych*”. Nie kwestionując wartości badań przeprowadzonych przez dr inż. Sebastianem Borowskiego, zwrócić jednak należy uwagę, iż wskazane przez niego procentowe wartości ładunku zanieczyszczeń zawartych w wodach osadowych pochodzą z 2004 r. (sprzed 6 lat) mają zatem charakter archiwalny. W tym zaś okresie, zmianie uległa zarówno ilość ścieków, jak też ich jakość oraz tak wiele technicznych czynników prowadzenia procesów odwadniania, iż jakość wód osadowych uległa, od tamtej pory, istotnym zmianom. W konsekwencji, stanowisko Odwołującego, jakoby ww. wartości były

jedynym prawidłowym założeniem, jakie mógł przyjąć wykonawca sporządzający ofertę w przedmiotowym postępowaniu, jest z oczywistych względów nieuprawnione.

Wyjaśnić przy tym należy, iż obliczenia wtórnego obciążenia oczyszczalni ścieków ładunkiem zanieczyszczeń zawartych w wodach osadowych mają charakter teoretyczny, a dokonuje się ich na podstawie danych literaturowych i doświadczeń własnych wykonawców. Wykonawcy przygotowując ofertę posługują się, m.in., wytycznymi norm dla projektowania (wytyczne ATV). Przykładowo, w wytycznych ATV - M366 (w załączeniu), dotyczących sposobu wyliczenia obciążenia wtórnego z obróbki osadów, przyjmuje się następujące wartości:

ATV-M366	oferta Przystępującego	oferta Odwołującego
BZT < 5%	BZT-4,15%	BZT-1,0%
N og 15% do 30%	N og -18,1%	N og-19,6%

Podane w ww. wytycznych parametry nie wyczerpują wprawdzie możliwości zmienności wpływu obciążeń wtórnych, jednakże dowodzą niezbicie prawidłowego przyjęcia parametrów do oferty przez Przystępującego. Dodatkowo fakt, iż przyjęte przez Przystępującego obciążenie wtórne jest prawidłowe i mieści się w granicach normalnie przyjmowanych w literaturze fachowej wartości, podobnie zresztą, jak wielkości przyjęte przez Odwołującego za Panem dr inż. Sebastianem Borowskim, potwierdza zestawienie przykładowych parametrów przedstawione w powyżej tabeli. Zgodzić się przy tym należy z Odwołującym, iż wymagany stosunek BZT5 do związków azotu powinien być, co do zasady, od 5 ($BZT5/N > 5$), gdyż wówczas procesy przemian związków azotowych są na tyle intensywne, iż możliwe jest uzyskanie stężenia na odpływie z oczyszczalni mniejszego niż 10gN/m^3 , tj. zgodnie z wymaganiem Zamawiającego z Rozdz. 4.1.1. cz. I SIWZ. Przystępujący przyjął w dopływie do oczyszczalni proporcję BZT5/N na poziomie 4,38 (a nie 4,59 - jak wynika z danych przyjętych przez Odwołującego). Proporcja BZT5/N na poziomie 4,38 jest bardziej niekorzystna dla uzyskania na odpływie wielkości azotu ogólnego mniejszego niż wartość określona przez Zamawiającego ($<10\text{gN/m}^3$). Tym samym warunki konieczne do uzyskania założonego przedmiotu zamówienia są trudniejsze, a w konsekwencji, w przypadku ich pozytywnego spełnienia, łatwiejsze będzie uzyskanie wartości wyższych asymptotycznie rosnących do 5,0 i więcej. Podkreślenia przy tym wymaga fakt, iż to właśnie niekorzystne proporcje BZT5/N, niepozwalające uzyskać wartości azotu ogólnego na poziomie zgodnym z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego (Dz. U. Nr 137 poz. 984 ze zm.) stały się przyczyną wszczęcia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania. Niezależnie od powyższego, wskazał, iż w celu osiągnięcia

założonego efektu inwestycji, Zamawiający w Rozdz. 4 tom 2 SIWZ przewidział: „*Gwarancję uzyskania efektów i parametrów*”, do której podpisania zobowiązany jest wykonawca, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zgodnie z treścią ww. dokumentu gwarancji, niezyskanie któregokolwiek z parametrów dotyczących stężeń zanieczyszczeń określonych przez Zamawiającego, skutkować będzie obowiązkiem dokonania przez wykonawcę, na własny koszt, regulacji pracy systemu, a gdyby i to było niewystarczające - obowiązkiem wymiany dostarczonego oprogramowania, przebudowy systemu i wymiany urządzeń na takie, których zastosowanie pozwoli na osiągnięcie wymaganego efektu. Niezyskanie zaś wymaganych efektów oczyszczania ścieków, mimo wprowadzonych zmian, grozi uznaniem kontraktu za niewykonany z winy wykonawcy i oznacza obciążenie karą i odszkodowaniem zgodnie z Warunkami Szczególnymi i Ogólnymi Kontraktu. Treść powyższej gwarancji dodatkowo potwierdza, że istotne z punktu widzenia Zamawiającego jest uzyskanie zamierzonego efektu w postaci osiągnięcia parametrów zanieczyszczeń nieprzekraczających określonego przez Zamawiającego poziomu, nie zaś parametry tych zanieczyszczeń przyjęte za podstawę obliczeń na etapie sporządzania oferty.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ również i z tego powodu, że proponowane przez Przystępującego rozwiązanie technologiczne wymaga doprowadzenia zewnętrznego źródła węgla, co jest niedopuszczalne w świetle zastrzeżenia zawartego w Rozdz. 4.1.1. cz. I SIWZ, podnieść należy, iż również nie znajduje ono potwierdzenia. Wskazał, iż w ofercie Odwołującego, w żadnym miejscu ma wskazania, iż proponowane przez Przystępującego rozwiązanie technologiczne wymaga zastosowania zewnętrznego źródła węgla organicznego. Odwołujący w swoich wywodach pomija okoliczność, iż w praktyce istnieją i są stosowane różne metody pozyskiwania LKT (np. poprzez strumień odcieków z zagęszczania osadów wstępnych). Zaoferowana przez Przystępującego technologia poprawy stosunku BZT5/N w ściekach oczyszczonych, jak i wytwarzania LKT nie wskazuje na stosowanie zewnętrznego źródła węgla organicznego (*vide* schematy) w układzie. Tym samym twierdzenie Odwołującego o stosowaniu takiego rozwiązania przez Przystępującego należy uznać za niezgodne ze stanem faktycznym.

Bezpodstawny jest również zarzut Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego nie odpowiada treści Rozdz. 4.1.1. cz. I SIWZ, ponieważ zaproponowane przez Przystępującego rozwiązanie technologiczne prowadzi do przebudowy istniejących obiektów i rurociągów, co jak twierdzi Odwołujący, w świetle ww. zapisu SIWZ jest bezwarunkowo niedopuszczalne. Stwierdził, iż Odwołujący stwierdzając w odwołaniu, jakoby Zamawiający w pkt 4.1.1. cz. I SIWZ *Jednoznacznie wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie intensyfikacji procesów usuwania azotu ogólnego w komorach nityfikacji- denityfikacji ze*

ścieków na oczyszczalni w Suwałkach poprzez dostarczenie ściśle określonych urządzeń bez przebudowy istniejących obiektów i rurociągów" dokonuje istotnego przeinaczenia faktów i wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ. W pkt 4.1.2. tomu I SIWZ: „Wymagane urządzenia, obiekty”, Zamawiający, w podpunktach a. do g. wymienił wymagane w ramach realizacji przedmiotu zamówienia urządzenia, jednocześnie jednakże wskazując, iż: *jeżeli oferowany system wymaga innych urządzeń niż ww. to Wykonawca dostarcza te urządzenia i wtedy nie ma obowiązku dostarczania urządzeń ww. wymienionych, które uważa za zbędne dla oferowanego przez siebie systemu*”. Do powyższego zapisu, na skutek zmiany SIWZ z dnia 09.08.2010 r., Zamawiający dodał następujące zastrzeżenie: *jednakże Wykonawca obowiązany jest dostarczyć i zainstalować urządzenia wymienione w punktach „a”, „b”, „h”, „i”*”. Powyższy zapis SIWZ nie pozostawia wątpliwości, iż w istocie Zamawiający pozostawił wykonawcom dużą swobodę w zakresie doboru urządzeń - w zależności od oferowanego systemu oczyszczania ścieków, zastrzegając jedynie konieczność bezwarunkowego dostarczenia czterech z wymienionych w SIWZ urządzeń.

Podniósł, iż Odwołujący powołując się na wyrwane z kontekstu zapisy SIWZ, całkowicie abstrahuje od istoty przedmiotu zamówienia, która wcale nie sprowadza się wyłącznie do dostawy określonych urządzeń i ich ewentualnej instalacji. Inwestycja, będąca przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego ma na celu uzyskanie konkretnego efektu polegającego na intensyfikacji procesów usuwania azotu ogólnego w komorach nityfikacji - denityfikacji, tak aby uzyskać parametry zanieczyszczeń zgodne rozporządzeniem Ministra Środowiska w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego, na poziomie określonym przez Zamawiającego w SIWZ. W rzeczywistości, uzyskanie ww. efektu bez dokonania modernizacji istniejących i podłączenia nowych urządzeń nie jest możliwe. Uczynione zatem przez Zamawiającego, zastrzeżenie (Rozdz. 4.1.1. tomu I SIWZ), iż realizacja zamówienia winna zostać dokonana „bez przebudowy istniejących obiektów i urządzeń”, odczytywać zatem należy w ten sposób, iż zamiarem Zamawiającego jest jedynie modernizacja, polegająca na wprowadzeniu pewnych zmian technologicznych, dostosowaniu do nich istniejącego systemu oczyszczania ścieków oraz jego rozbudowa o nowe urządzenia, nie zaś jego generalna przebudowa (zmiana), czy też postawienie nowego obiektu w miejsce dotychczasowego. Powyższe zaś nie oznacza jeszcze, że Zamawiający nie dopuszcza w ogóle żadnych zmian w istniejących obiektach i urządzeniach, przeczą bowiem temu wyraźne (a nie dorozumiane) postanowienia SIWZ, w tym m.in. liczne odpowiedzi Zamawiającego na zadane przez Wykonawców pytania. Na potwierdzenie powyższego, przywołał pytanie nr 5 i odpowiedź Zamawiającego na to pytanie z dnia 9.08.2010 r.: „*Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, iż*

przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego jest taka modernizacja procesu technologicznego, a w szczególności procesu nityfikacji - denityfikacji gwarantująca uzyskanie w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu ogólnego nie wyższego niż 10 mg N/dm³ w temperaturze ścieków nie niższej niż 12°C z zachowaniem pozostałych stężeń zanieczyszczeń zgodnych z pozwoleniem wodno-prawnym, a nie jedynie dostarczenie i zainstalowanie odpowiednich urządzeń, programu obliczeniowego opisanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 4.1.2 SIWZ)". Odpowiedź Zamawiającego: „Tak, Wykonawca ma złożyć ofertę na modernizację technologii w takim zakresie aby uzyskać wymagane efekty. Dostawa urządzeń jest tylko jednym z elementów modernizacji systemu. Dostawa samych urządzeń bez towarzyszącej im technologii i systemu operacyjnego sterującego całym procesem traktowana będzie jako niespełniająca wymagania SIWZ.". Wyrażone wyżej stanowisko potwierdza również pytanie nr 8 i odpowiedź Zamawiającego na to pytanie z dnia 23.07.2010 r., w której Zamawiający wyraźnie dopuścił możliwość dokonania przebudowy (modernizacji) komory defosfatacji:

Pytanie: „Z opisu stanu istniejącego wynika, że komora defosfatacji jest stosunkowo duża w stosunku do komór nityfikacji - denityfikacji. Może to powodować produkcję azotu amonowego w komorze defosfatacji, który będzie musiał być usunięty w dalszym etapie oczyszczania.". Odpowiedź Zamawiającego: „Według naszych wstępnych badań zjawisko takie nie występuje. Jeżeli jednak w Waszej ocenie konieczne jest zmniejszenie pojemności komory, to proszę to uwzględnić w swojej ofercie wraz z kosztami koniecznymi do wykonania tych prac. Zwracamy uwagę, że komora ta działa jak zbiornik buforowy, przejmując zwiększone napływy w czasie intensywnych opadów". Powyższe nie pozostawia zatem wątpliwości, iż przedstawiony przez Odwołującego zarzut nie znajduje potwierdzenia ani na gruncie postanowień SIWZ, ani treści oferty Przystępującego. W szczególności za bezpodstawny uznać należy zarzut Odwołującego, jakoby oferta Przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ, bowiem Przystępujący przewiduje budowę selektora, w którym prowadzony byłby proces produkcji LKT, a co za tym idzie, iż w swojej ofercie nie wycenił również niezbędnej ilości urządzeń do realizacji zamówienia.

Na poparcie argumentów zawartych w niniejszym przystąpieniu, Przystępujący wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii (w załączeniu) nt. „Konceptji usprawnienia technologii usuwania azotu na oczyszczalni ścieków w Suwałkach w zakresie rozwiązań technicznych i przyjętych założeń do projektowania", zawartej w treści oferty Przystępującego, w świetle wymagań Zamawiającego przedstawionych w SIWZ, sporządzonej na zlecenie Przystępującego przez mgr inż. Wacława Pajdzińskiego - rzeczoznawcę PZiTS Nr 1405 w specjalność kanalizacja i oczyszczalnie ścieków w zakresie projektowania i wykonawstwa.

W dniu 04.10.2010 r. (wpływ do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia

odwołanie do Prezesa KIO wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o: 1) Oddalenie odwołania w całości jako nieuzasadnionego; 2) Obciążenie odwołującego kosztami postępowania przed KIO.

Odnośnie zarzutu nr 1. W modyfikacji SIWZ dokonanej w dniu 3.08.2010 r. nie określono, że Wykonawca ma podać w cenie oferty cenę za 3 komplety sond oraz zainstalować na wypływie z komór nitrifikacji 3 komplety sond. Nie jest też napisane w tejże modyfikacji ani w żadnym innym postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że sondy te mają być zainstalowane oddzielnie na wypływie z każdej komory. Użyte sformułowanie: „*na wypływie z komór nitrifikacji*” wskazuje jedynie na konieczność zainstalowania sond pozostawiając ich ilość i rozmieszczenie do decyzji Wykonawcy. W domyśle, w zależności od jego potrzeb wynikających z oferowanego rozwiązania technologicznego. Oznacza to, że zaproponowane przez wybranego Wykonawcę rozwiązanie i określenie w ofercie ceny za jeden komplet sond spełnia oczekiwania Zamawiającego, jest zgodne ze SIWZ oraz odpowiada treści SIWZ. W ocenie Zamawiającego nie zachodzi przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a tym bardziej przesłanki określone w art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 7 ust. 1 Pzp.

Odnośnie zarzutu nr 2. Zamawiający w żadnym z postanowień SIWZ nie wskazał ładunku zanieczyszczeń zawartych w wodach ociekowych, które wykonawcy powinni przyjąć do swoich obliczeń. Zamawiający pozostawił tą kwestię dla wykonawców jako specjalistów w zakresie przedmiotu zamówienia. Ponadto zamawiający uważa, że kwestia dotycząca wpływu jakości wód ociekowych na wzrost ładunku jest nieistotna, gdyż przedstawione w SIWZ wyniki jakości ścieków surowych zawierają w sobie już te wody ociekowe. Także spór o stosunek BZT/N jest czysto akademicki, bowiem w oczyszczalni w Suwałkach udział ten zawsze jest wyższy niż 5 i zawiera się w przedziale od 5 do 10 (modyfikacja SIWZ z dnia 26.07.2010 r.). Z postanowień SIWZ wynika, że to Wykonawca, zgodnie ze złożoną ofertą i podpisaną Gwarancją uzyskania efektu ma dostarczyć taką technologię, która zapewni uzyskanie wymaganego efektu, niezależnie od faktycznych proporcji pomiędzy poszczególnymi zanieczyszczeniami zawartymi w ściekach. Kwestia zewnętrznego źródła węgla - UCT nie jest *wewnętrznym źródłem węgla*". LKT produkowane są na oczyszczalni jako produkt uboczny fermentacji osadów ściekowych i dostarczane są przez cały czas do procesu oczyszczania ścieków nawet w chwili obecnej. Wybrany Wykonawca zaproponował, w złożonej ofercie, wydzielenie istniejących LKT ze strumienia ścieków i skierowanie ich bezpośrednio do wybranych obiektów technologicznych. Uwaga zapisana w SIWZ na str. 4 Rozdz. 4.1.1 dotyczyła prób przeprowadzonych z: „*zewnętrznym źródłem węgla*” takim jak m.in. Brentag, który faktycznie produkowany jest poza terenem oczyszczalni, w wyspecjalizowanych zakładach i z którym wykonywane były próby. W ocenie Zamawiającego przyjęte przez wybranego Wykonawcę wskaźniki i rozwiązania są zgodne

z treścią SIWZ i spełniają oczekiwania Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu nr 3. Faktycznie w pierwotnym brzmieniu SIWZ był taki zapis „*bez przebudowy istniejących obiektów i rurociągów*” (str. 4 Rozdz. 4.1.1). Jednakże w wyniku wyjaśniania treści SIWZ - zadanych pytań i udzielonych odpowiedzi (pytanie nr 8 z dnia 23.07.2010 r.) Zamawiający złagodził ten zapis zezwalając na ingerencję w istniejące obiekty pisząc: „*Jeżeli jednak w Waszej ocenie konieczne jest zmniejszenie pojemności komory, to proszę to uwzględnić w swojej ofercie (...)*”. Modyfikacja postanowień SIWZ dopuściła zatem przebudowę /modernizację/ komory co oznacza, że treść oferty wybranego Wykonawcy odpowiada treści SIWZ i nie zachodzą przesłanki do jej odrzucenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17.09.2010 r., odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniem do odwołania wraz z załącznikiem, odpowiedzią na odwołanie, pisemnym stanowiskiem Odwołującego złożonym na rozprawie wraz z załącznikami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów odnośnie oferty Przystępującego.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana w rankingu złożonych ofert zaraz po ofercie Przystępującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert i odrzucenia jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez

Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, zwłaszcza cz. I, jak i III, modyfikacji SIWZ z dnia 03.08.2010 r., oraz z dnia 09.08.2010 r., odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 23.07.2010 r., tudzież pismo z dnia 09.08.2010 r., oferty Przystępującego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17.09.2010 r., odwołania wraz z załącznikami, w tym artykułu - dr inż. Sebastiana Borowskiego: *„Jakość cieczy osadowych powstających w procesach przeróbki osadów ściekowych” Poradnik Eksploatatora nr 3,4 z 2004 r.*), przystąpienia do odwołania wraz z załącznikiem (*„Opinią do Koncepcji usprawnienia technologii azotu na oczyszczalni ścieków w Suwałkach w zakresie rozwiązań technicznych i przyjętych założeń do projektowania w świetle wymagań Zamawiającego przedstawionych w SIWZ”* – autorstwa mgr inż. Wacława Pajdzińskiego – rzeczoznawca PZiTS nr 1405), odpowiedzi na odwołanie, pisemnego stanowiska Odwołującego złożonego na rozprawie wraz z załącznikami (za wyjątkiem str. 91 oferty Odwołującego).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Ponadto przedłożono także na rozprawie pisemne stanowisko Odwołującego wraz z załącznikami (oferty Endress + Hauser Polska Sp. z o.o., oferty Hach Lange Sp. z o.o. oraz str. 91 oferty Odwołującego), materiały dotyczące produkcji LKT oraz uproszczony schemat oczyszczalni Zamawiającego autorstwa Odwołującego (oba dokumenty zostały złożone przez Odwołującego), jak i czytelne kopie dokumentu, który przedłożył Przystępujący wraz z przystąpieniem, a dotyczącego normy – ATV-M366 (wyciąg z wytycznych ATV-M366).

Izba nie dopuściła dowodu załączonego do pisma procesowego Odwołującego, tj. str. 91 jego oferty uznając, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak i przedłożenie *„Gwarancji uzyskania efektów i parametrów”*, brak zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej, czy też zaoferowania ceny stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, jest ona bezprzedmiotowa dla okoliczności sprawy.

Oddalono także wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka osoby wskazywanej przez Odwołującego, tj. pana Mirosława M. na okoliczność - czy zaproponowana w ofercie Przystępującego technologia dostarczania LKT dla osiągnięcia pożądaných przez Zamawiającego parametrów wymaga przebudowy istniejących obiektów lub rurociągów. Wniosek niniejszy dotyczył także ustalenie parametrów jakie istnieją u Zamawiającego.

Przedmiotowe przesłuchanie mogłoby mieć miejsce tylko co do faktów, a nie co do wiedzy fachowej osoby przesłuchiwanej, a taki kontekst wynika z wniosku Odwołującego, chociażby wobec braku danych wyjściowych wiążących dla uczestników postępowania. Ewentualnie przesłuchanie w charakterze strony nie może mieć także miejsca, gdyż nie jest niniejsza osoba przedstawicielem ustawowym Odwołującego. Izba wskazuje również na

pierwszeństwo dowodu z dokumentu, tj. z SIWZ i z oferty Przystępującego. Zeznania świadka z uwagi na koncepcyjny charakter oferty Przystępującego miałyby w dużej mierze charakter spekulacji nie znajdujących rzeczywistego oparcia w złożonej ofercie. Z tych samych względów Izba oddalił przeciwny wniosek Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka osoby - mgr inż. Wacława P. – rzeczoznawca PZITS nr 1405, autora opinii załączonej przez Przystępującego do przystąpienia.

Wniosek o powołanie biegłego alternatywny wobec wniosku o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze świadka osoby wskazywanej przez Odwołującego, tj. pana Mirosława M., także na okoliczność - czy zaproponowana w ofercie Przystępującego technologia dostarczania LKT dla osiągnięcia pożądaných przez Zamawiającego parametrów wymaga przebudowy istniejących obiektów lub rurociągów, Izba oddalił uznając z mocy art. 190 ust. 7 Pzp, że nie spełni on zakładanego celu, tj. nie wykaże, iż treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Izba wskazuje, że wszystkie okoliczności przedmiotowej sprawy, a więc wszystkie czynniki łącznie, a nie każdy z osobna spowodowały nie powołanie biegłego. Po pierwsze, przedmiotem oferty nie było ostateczne, wiążące rozwiązanie technologiczne, dana technologia, ale koncepcja. Należy przyznać, że koncepcja zawiera w sobie pewien zarys elementów przyszłych rozwiązań technologicznych, jednakże co do zasady ma znacznie bardziej ogólny charakter niż gotowy projekt końcowy, jest pozbawiona kluczowych elementów przesadzających w sposób definitywny o technologii, tzn. rozwiązaniach technologicznych, które zostaną użyte (np. sposób produkcji LKT, czy też kwestia sond). W ocenie Izby, bez względu na wiedzę powołanego biegłego, jego stanowisko będzie w dużej mierze miało charakter spekulacji. Nie bez znaczenia jest okoliczność bezsporna między stronami oraz Przystępującym, że Zamawiający nie podał danych wyjściowych jakie należy wykorzystać do dokonywanych obliczeń. Po drugie, aby dokonać określonej oceny oferty Przystępującego, niezbędne jest dokonanie ustaleń w zakresie zastrzeżenia sformułowanego w SIWZ przez Zamawiającego, ewentualnie zakresu jego złagodzenia. W zależności bowiem od jego wykładni, co jest przedmiotem sporu między stronami oraz Przystępującym, opinia mogłaby mieć różnorodną treść. Izba nie podzieliła w tym zakresie wiążącego charakteru pierwotnego zastrzeżenia dokonanego przez Zamawiającego w SIWZ, do czego odniesie się w dalszej części uzasadnienia.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, z uwagi na charakter, konieczność łącznego rozpatrzenia zarzutów naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 89 ust.1 pkt 2 oraz pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści Rozdz. 4.1.2. lit. i) cz. I SIWZ, zgodnie z którym wymagane przez Zamawiającego urządzenia to, m.in. trzy komplety sond do pomiaru azotanów i amoniaku na wypływie każdej z komór nityfikacji, ponieważ, w ocenie Odwołującego, oferta ta zawiera jedynie kalkulację jednego kompletu ww. sond, co jest błędem w obliczeniu ceny, jak również

b) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która, w ocenie Odwołującego, była bardziej konkurencyjna od pozostałych ofert wyłącznie z powodu zaniżenia ceny wskutek nieskalkulowania wszystkich wymaganych w SIWZ elementów.

W jej ocenie powyższe zarzuty są niezasadne.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutów:

Zamawiający w Rozdz. 4.1.2. SIWZ (w cz. I – Instrukcja dla Wykonawców) określił: „Wymagane urządzenia, obiekty” takie jak: „(.....)

- a. *Pompy recyrkulacji wewnętrznej o wydajności nie mniejszej niż 1500 m³/h z żurawikami oraz z falownikami – 3 szt. (miejsca ich montażu są gotowe otwory w ścianie o średnicy 500 mm).*
- b. *Mieszadła podwodne (hydrośmigła) z żurawikami w ilości zapewniającej pełne wymieszanie stref nityfikacji w sytuacji braku napowietrzania – nie mniej niż 12 szt. (tj. po 4 do każdej komory). Rzeczywista ilość mieszadeł powinna wynikać z ich wydajności mieszania i będzie dobrana przez Wykonawcę. Mieszadła te mają utrzymywać osad czynny w zawieszeniu w sytuacji zmniejszonej intensyfikacji napowietrzania lub całkowitego wyłączenia napowietrzania.*
- c. *Zasuwy regulacyjne (np. nożowe) \varnothing 150 mm z napędami elektrycznymi na rurociągi powietrza zasilające poszczególne sekcje w strefach nityfikacji, celem uzyskania symultanicznej denityfikacji w strefie nityfikacji w ilości od 6 szt. do 24 szt. (tj. po dwie do każdej sekcji), oraz regulacji dopływu powietrza.*
- d. *Sondy poziome osadu w osadnikach wtórnych i sonda koncentracji osadu recyrkulowanego.*
- e. *Do zbiornika buforowego, jeżeli będzie budowany - zakup i montaż jednego mieszadła zatapialnego, sondy głębokości, przepompowni z jedną pompą, dwóch zasuw z napędem elektrycznym, jednej zastawki kanałowej dn 250.*
- f. *Komputer lub serwer z monitorem 22” (lub większy) i ups o pojemności umożliwiającej podtrzymanie przez 60 minut.*
- g. *Program do oferowanego systemu. Dostarczony program i system będzie własnością Zamawiającego i do jego użytkowania nie będzie konieczne korzystanie z serwera*

Wykonawcy. Ponadto system powinien mieć możliwość zdalnej obsługi przez Wykonawcę w ramach gwarancji i usług pogwarancyjnych:

- a) dla zastosowanego oprogramowania powinien istnieć rozwinięty system wsparcia technicznego w Polsce,
- b) oprogramowanie powinno być ciągle rozwijane przez producenta,
- c) umowa serwisowa ma zapewnić otrzymywanie nowych wersji produktów oraz wsparcia technicznego. Ponadto:
 - a) Moduły komunikacyjne (radiowe) i sterowniki do sterowania pompami recyrkulacji wewnętrznej i zewnętrznej, hydrośmigłami i zasuwami oraz do sterowania całym systemem.
 - b) Kable do transmisji danych.
 - c) Dodatkowe urządzenia pomiarowe i regulacyjne, jeżeli oferowany system intensyfikacji procesów usuwania azotu wymaga większej ilości urządzeń pomiarowych niż to wykazano jako stan istniejący w załączniku pkt. 1.7. – ich rodzaj i ilość dobierze Wykonawca.

Jeżeli oferowany system wymaga innych urządzeń niż ww. to Wykonawca dostarcza te urządzenia i wtedy nie ma obowiązku dostarczania urządzeń ww. wymienionych, które uważa za zbędne dla oferowanego przez siebie systemu”.

W ramach modyfikacji SIWZ z dnia 03.08.2010 r. Zamawiający dopisał na końcu Rozdz. 4.1.2 SIWZ (w cz. I – Instrukcja dla Wykonawców) - Zdanie: „Jednakże Wykonawca obowiązany jest dostarczyć i zainstalować urządzenia wymienione w punktach: „a”, „b” „h” „i”.”.

Zgodnie też z niniejszą modyfikacją SIWZ z dnia 03.08.2010 r. Zamawiający uzupełnił opis przedmiotu zamówienia, dodając w Rozdz. 4.1.2 SIWZ (w cz. I – Instrukcja dla Wykonawców). Wymagane urządzenia, obiekty: „Po punkcie „g” dodaje się kolejne punkty:
h. sondy redox szt. 6,
i. sondy do pomiaru azotanów i amoniaku na wypływie z komór nityfikacji”.

W ramach załącznika do SIWZ – „tekst” (w cz. I – Instrukcja dla Wykonawców) - Stan istniejący - w pkt 1 Zamawiający stwierdził, że: „Po komorze defosfatacji ścieki rozdzielane są do trzech komór nityfikacji-denitryfikacji pracujących równolegle”.

Zgodnie z modyfikacją SIWZ z dnia 03.08.2010 r. dokonał modyfikacji SIWZ w dniu 09.08.2010 r. m.in. wykazu płatności (cz. III/tom 3). W pkt. 2 tabela: „Podział na pozycje Ceny Oferty” w poz. 3 lit. o – względem sond do pomiaru azotanów i amoniaku na wypływie z komór nityfikacji we fragmencie dotyczącym ilości sztuk pozostawił miejsce wykropkowane. W „Uwagach” Zamawiający zastrzegł, iż miejsca wykropkowane wypełnia wykonawca (pkt 1 - uwag). W Rozdz. 24 SIWZ: „Opis sposobu obliczenia ceny” (cz. I – Instrukcja dla Wykonawców) określił w pkt 1, że: „Podana w ofercie cena musi być wyrażona

w PLN. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia”.

Przystępujący w ramach oferty - wykaz płatności (załącznik nr 13 – str. do 110 do 112 oferty) – tabela: „Podział na pozycje ceny oferty” poz. 3 lit. o - sondy do pomiaru azotanów i amoniaku na wypływie z komór nityfikacji, podał – 1 kpl, wartość netto (37.207,00 PLN), forma rozliczenia – ryczałt (str.111 oferty Przystępującego).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, biorąc pod uwagę postanowienia wykazu płatności (cz. III/tom 3), pkt. 2 tabela: „Podział na pozycje Ceny Oferty”, poz. 3 lit. o – względem sond do pomiaru azotanów i amoniaku na wypływie z komór nityfikacji, tj. pozostawienie wykropkowanego fragmentu dotyczącego ilości sztuk, Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego, jak i Przystępującego z rozprawy oraz odpowiedzi na odwołanie oraz przystąpienia. W ocenie Izby, to Wykonawca miał wpisać ilość sond oferowanych, nie określono także w wykazie płatności ilości sztuk jakie ma mieć komplet. Stanowisko Odwołującego o obligatoryjnym charakterze 3 kompletów sond, czyli 6 sztuk z uwagi na zapis: „na wypływie z komór nityfikacji” w związku ze sformułowaniem: „Po komorze defosfatacji ścieki rozdzielane są do trzech komór nityfikacji-denitryfikacji pracujących równolegle”, w ocenie Izby jest tylko jednym z rozwiązań uzależnionym od decyzji danego Wykonawcy. Powyższy zapis bowiem formułuje wymóg konieczności zainstalowania sond jako takich – ich ilość i rozmieszczenie – jest zależne od zaoferowanej koncepcji, może wiązać się, ale wcale nie musi z oddzielnym zainstalowaniem na wpływie z każdej komory. Przystępujący konsekwentnie podnosił tak w przystąpieniu, jak i na rozprawie, że przez zaoferowanie 1 kpl sond uznawał „komplet sond” zawierający - wszystko co jest konieczne do osiągnięcia zamierzonego efektu przy uwzględnieniu koncepcji oferowanego systemu, tzn. komplet sond niezbędny do funkcjonowania całego systemu. Zasadnie Przystępujący także stwierdził, iż Zamawiający żadnego systemu nie narzucił wykonawcom pozostawiając dowolność w tym zakresie. Trafne jest także jego stanowisko, że kwestia oferowania 6, czy też 2 sztuk musi zawsze uwzględniać koncepcje oferowanego systemu oraz fakt, że istnieją systemy oraz technologie pozwalające na zaoferowanie systemu pomiarowego kompletnego tzw. sondy zespolone.

Powyższe skutkuje tym, że złożona oferta jest zgodna z postanowieniami SIWZ, które nie formułowały ilości sond, ich ostatecznego rozmieszczenia, nie narzucały żadnej technologii. Odwołujący spełnił jedyny wymóg zaoferowania – „sondy do pomiaru azotanów i amoniaku na wypływie z komór nityfikacji”. Ich ostateczna ilość oraz definitywne rozmieszczenie będzie zależne od efektu prac, albowiem „po rozstrzygnięciu przetargu wybrany Wykonawca powinien sporządzić dokumentację techniczną rozbudowy

oczyszczalni (technologia, konstrukcja itp. w zależności od zakresu modernizacji) oraz dokumentację eksploatacyjną umożliwiającą poprawne prowadzenie procesu”.

Po drugie, nie ma w ocenie Izby żadnego błędu w cenie, czy też omyłki rachunkowej, czy też innej która wymaga sanowania. Przedmiotem postępowania było zaoferowanie koncepcji (opisu) oferowanego systemu, nie zaś gotowej technologii, ze stanowiska bowiem Przystępującego wynika, iż, przyjęcie przez Zamawiającego – ryczałtowego wynagrodzenia tak wobec całej ceny, jak i pozycji w wykazie płatności jest gwarancją, że w ramach uszczegółowienia zaoferowanej koncepcji, zrealizuje on pozycje wykazu płatności bez względu na ostateczną przyjętą technologię w zaoferowanej cenie i bez względu na konieczną ilość sztuk (tam gdzie nie było to wiążąco określone przez Zamawiającego w SIWZ), w ramach przyjętych ryczałtowych wartości. Ilość sond będzie więc kompletna dla końcowego rozwiązania technologicznego przyjętego po rozstrzygnięciu przetargu (6 sztuk lub inna). W tym zakresie Izba za ugruntowanym orzecnictwem KIO wskazuje, że brak jakiejś pozycji, czy też elementu kosztorysu w wypadku ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, wobec generalnego zobowiązania się do realizacji całego przedmiotu zamówienia wynikającego z SIWZ, nie świadczy o nie zgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie ryczałtowy charakter wynagrodzenia, czyni wiążącym kwoty zaoferowane na potrzeby określonych elementów wykazu płatności. Izba wskazuje także, że Odwołujący w żadnym zakresie nie odniósł się do argumentacji Przystępującego z rozprawy, iż załączone do pisemnego stanowiska Odwołującego oferty cenowe dotyczące sond to ceny katalogowe nie uwzględniające upustów i rabatów wynikających z wzajemnej współpracy, co w ocenie Izby uznać należy, w konsekwencji, za okoliczność przyznaną. W konsekwencji Izba nie dała wiary załączonym do pisma procesowego Odwołującego ofertom Endress + Hauser Polska Sp. z o.o., czy też Hach Lange Sp. z o.o. Nie były też formułowane przez Odwołującego, w tym kontekście, zarzuty ceny rażąco niskiej, czy też zaoferowania ceny stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Po trzecie, wobec nie potwierdzenia zarzutu głównego, nie zasadnym jest także zarzut naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, albowiem brak jest jakichkolwiek podstaw, do zmiany ceny oferty Przystępującego i zaistnienia innej kolejności niż wynikająca z rankingu upublicznionego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17.09.2010 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści Rozdz. 4.1.1. cz. I SIWZ, zgodnie z którym przedmiotem zamówienia jest wykonanie intensyfikacji procesów usuwania azotu ogólnego w komorach nitryfikacji - denitryfikacji ze

ścieków na oczyszczalni w Suwałkach, bez przebudowy istniejących obiektów i rurociągów, zapewniającej uzyskanie w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu ogólnego nie wyższego niż 10 mg N/dm^3 (w temperaturze ścieków nie niższej niż $+12^\circ\text{C}$), z zachowaniem pozostałych stężeń zanieczyszczeń zgodnych z pozwoleniem wodno prawnym, Izba uznała za niezasadny. W ramach niniejszego zarzutu, Izba uznała, że nie został potwierdzony zarzut dotyczący błędów w ofercie Przystępującego odnośnie przyjętych danych wyjściowych (dotyczących wartości ładunku zanieczyszczeń, a dokładnie co do wtórnego obciążenia oczyszczalni ładunkiem zanieczyszczeń zawartych w wodach osadowych) do obliczeń nie gwarantujących osiągnięcia spodziewanego przez Zamawiającego efektu (wskutek błędnych założeń), tzn. uzyskanie w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu ogólnego nie wyższego niż 10 mg N/dm^3 . Nie został także uznany za potwierdzony zarzut, że oferta Przystępującego nie odpowiada postanowieniom SIWZ, ponieważ zaoferowane rozwiązanie technologiczne wymaga przebudowy istniejących obiektów i rurociągów, co w ocenie Odwołującego, było bezwarunkowo niedopuszczalne biorąc pod uwagę przywołane powyżej postanowienia SIWZ.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w Rozdz. 4.1.1 SIWZ wskazał wymagany zakres przedmiotu zamówienia (Rozdz. 4.1 SIWZ: „Opis przedmiotu zamówienia”). Zgodnie z nim jego wykonanie ma nastąpić: „(...) poprzez dostarczenie i zainstalowanie odpowiednich urządzeń (i ewentualnie dodatkowych sond pomiarowych), programu obliczeniowego sterującego procesem, w tym ewentualnie wprowadzenie zmian do programu pracy dmuchaw, biologicznego oczyszczania ścieków (komory N-D i osadniki wtórne) i recyrkulacją osadu oraz wprowadzenie zmian technologicznych (bez przebudowy istniejących obiektów i rurociągów), zapewniających uzyskanie w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu ogólnego nie wyższego niż 10 mg N/dm^3 (w temperaturze ścieków nie niższej niż $+12^\circ \text{C}$), z zachowaniem pozostałych stężeń zanieczyszczeń zgodnych z pozwoleniem wodno prawnym”.

Ponadto: „wybudowanie zbiornika żelbetowego (buforowego) wód ociekowych z odwadniania osadów o poj. czynnej 240 m^3 i poj. całkowitej 350 m^3 wraz z przepompownią z jedną pompą o wydajności $\geq 30 \text{ m}^3/\text{h}$, dwoma rurociągami PCV 315 i 160 o długości po ok. 25 m, z dwoma zasuwami z napędem elektrycznym i jedną zastawką kanałową oraz zasilaniem elektrycznym. Projekt budowlany zbiornika dostarcza Zamawiający”.

„UWAGA: przeprowadzone próby z dozowaniem zewnętrznego węgla nie dały zadowalających rezultatów, toteż to rozwiązanie nie jest brane pod uwagę”.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 8 (pismo z dnia 23.07.2010 r.): „Z opisu stanu istniejącego wynika, że komora defosfatacji jest stosunkowo duża w stosunku do komór

nitryfikacji-denitryfikacji. Może to powodować produkcję azotu amonowego w komorze defosfatacji, który będzie musiał być usunięty w dalszym etapie oczyszczania biologicznego. Czy Zamawiający dopuszcza możliwość zmniejszenia pojemności komory defosfatacji ?” stwierdził, co następuje: „Według naszych wstępnych badań zjawisko takie nie występuje. Jeżeli jednak w Waszej ocenie konieczne jest zmniejszenie pojemności komory, to proszę to uwzględnić w swojej ofercie wraz z kosztami koniecznymi do wykonania tych prac. Zwracamy uwagę, że komora ta działa jak zbiornik buforowy, przejmując zwiększone natężenie w czasie intensywnych opadów”.

Ponadto, Zamawiający pismem z dnia 09.08.2010 r. udzielił odpowiedzi na pytania Wykonawców m.in.: W ramach odpowiedzi na pytanie 1: „Czy Zamawiający posiada projekt technologiczny modernizacji oczyszczalni w zakresie opisanym przedmiotem zamówienia?”. Odpowiedział negatywnie („Nie.”). Odpowiadając na pytanie 2: „Czy w zakres zamówienia wchodzi opracowanie dokumentacji modernizacji oczyszczalni ścieków?”. Wskazał, że: „W ramach oferty należy przedstawić koncepcję (opis) oferowanego systemu (rozdz.14, pkt. 3, 1f SIWZ). Po rozstrzygnięciu przetargu wybrany Wykonawca powinien sporządzić dokumentację techniczną rozbudowy oczyszczalni (technologia, konstrukcja itp. w zależności od zakresu modernizacji) oraz dokumentację eksploatacyjną umożliwiającą poprawne prowadzenie procesu”.

Odnosząc się do pytania 5: „Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, iż przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego jest taka modernizacja procesu technologicznego, a w szczególności procesu nitryfikacji-denitryfikacji gwarantująca uzyskanie w ściekach oczyszczonych stałego stężenia azotu ogólnego nie wyższego niż 10 mg N/dm³ w temperaturze ścieków nie niższej niż 12 C z zachowaniem pozostałych stężeń zanieczyszczeń zgodnych z pozwoleniem wodno-prawnym, a nie jedynie dostarczenie i zainstalowanie odpowiednich urządzeń, programu obliczeniowego opisanych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (pkt. 4.1.2 SIWZ)”, odpowiedział: „Tak, Wykonawca ma złożyć ofertę na modernizację technologii w takim zakresie aby uzyskać wymagane efekty. Dostawa urządzeń jest tylko jednym z elementów modernizacji systemu. Dostawa samych urządzeń bez towarzyszącej im technologii i systemu operacyjnego sterującego całym procesem traktowana będzie jako niespełniająca wymagania SIWZ”.

Z kolei odpowiadając na pytanie 6: „Zamawiający przedstawia propozycję wykonania wymaganej intensyfikacji procesów usuwania azotu ogólnego. Po czyjej stronie jest obliczenie i gwarantowanie uzyskania efektu wykonanej modernizacji? Jeśli gwarancje są po stronie Wykonawcy, to czy Wykonawca powinien przedstawić w ofercie wyniki obliczeń technologicznych wraz z propozycją wykonania modernizacji?” Udzielił odpowiedzi twierdzącej („TAK”), dodając: „(...)”, po stronie Wykonawcy i on powinien w ofercie przedstawić całe obliczenia i całą technologię”.

Odpowiadając na pytanie 10: „Po przeprowadzonej analizie w zakresie pracy oczyszczalni stwierdzamy, iż dla prawidłowej pracy konieczna jest modernizacja komór predenitryfikacji i defosfatacji w zakresie zwiększonej skuteczności powyższych procesów poprzez zapewnienie skutecznej regulacji ścieków surowych i osadu recykulowanego do poszczególnych komór, a nawet wydzielenie dodatkowej strefy odgazowania i cyrkulacji. Prosimy o potwierdzenie możliwości ingerencji w wyżej wymienione obiekty.”, wskazał: „W naszej ocenie nie ma możliwości grawitacyjnego odprowadzania ścieków z osadników wstępnych do np. komory predenitryfikacji, gdyż spowodowałoby to znaczne (ponad 50%) zmniejszenie jej objętości czynnej (w dzień komory są skośne dna), a w efekcie nie można by odprowadzić grawitacyjnie osadu czynnego i ścieków z tej komory do komory defosfatacji. Ponadto nie ma możliwości dokładnego rozdziału strugi ścieków na dwie komory przy systemie grawitacyjnym i dużej zmienności przepływów (od 100 do 1200 m³/h). Ingerencja w obie komory może doprowadzić do zachwiania biologicznej defosfatacji. Obecnie w procesie biologicznym usuwamy fosfor do stężenia poniżej 1 mg/dm³. Wobec tego uważamy, że ingerencja w te komory po pierwsze wymaga budowy przepompowni ścieków i rurociągów tłocznych, po drugie stwarza realną możliwość obniżenia sprawności procesu defosfatacji. Wobec tego nie widzimy możliwości ingerencji w te komory”.

Przystępujący załączył do oferty wypełnioną i podpisaną „Gwarancję uzyskania efektów i parametrów” (str. od 107 do 109 oferty) zgodną z wzorem zmodyfikowanym przez Zamawiającego w ramach modyfikacji SIWZ z dnia 09.08.2010 r. Wypełniając w ten sposób wymóg z Rozdz. 14 pkt 3: „Zawartość oferty” ppkt 1 lit. 1 SIWZ. W swej treści zawierała zobowiązanie do zagwarantowania Zamawiającemu wszystkich kluczowych dla niego parametrów oferowanego systemu. Została także złożona „Koncepcja usprawnienia technologii usuwania azotu na oczyszczalni ścieków w Suwałkach” (str. od 113 do 124 oferty).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, odnośnie założenia, że dane wyjściowe nie gwarantują osiągnięcia spodziewanego przez Zamawiającego efektu. Izba zauważa, w pierwszej kolejności, mimo zaoferowania pewnych załączków technologii (na co wskazują odpowiedzi na pytania 5 i 6 – pismo z dnia 09.08.2010 r.), przedmiot oferty ma podłoże koncepcyjne i jakiegokolwiek definitywne rozstrzygnięcie w zakresie wynikającym z zarzutu ma charakter teoretyczny, tudzież zgoła przedwczesny (potwierdza to odpowiedź na pytanie 1 i 2 – pismo z dnia 09.08.2010 r.). W ramach oferty należy bowiem przedstawić koncepcję (opis) oferowanego systemu. Zaś po rozstrzygnięciu przetargu wybrany Wykonawca miał sporządzić dokumentację techniczną rozbudowy oczyszczalni (technologia, konstrukcja itp. w zależności od zakresu modernizacji) oraz dokumentację eksploatacyjną umożliwiającą poprawne

prorowadzenie procesu. Izba wskazuje także, za Zamawiającym, że nie podawał on danych wyjściowych odnośnie ładunku zanieczyszczeń zawartych w wodach ociekowych (osadowych) i każdy z wykonawców mógł przyjąć własne założenia tak aby spełnić wymóg wskazany przez Zamawiającego, który nie był przedmiotem sporu. Powyższe stanowisko nie było przez nikogo kwestionowane. Izba uznaje również za wiarygodne stanowisko Przystępującego odnośnie w dużej mierze archiwalnego charakteru danych zawartych w artykule załączonym do odwołania: dr inż. Sebastiana Borowskiego: *„Jakość cieczy osadowych powstających w procesach przeróbki osadów ściekowych”* *Poradnik Eksploatatora nr 3,4 z 2004 r.* Należy w tym zakresie także zauważyć, że przyjęcie za wiążące tych danych mogłoby spowodować ograniczenia w oferowanej przez Wykonawców koncepcji (opisie) oferowanego systemu, a nie było to zamiarem Zamawiającego, za wyjątkiem spornego zastrzeżenia. Opinia rzeczoznawcy załączona do przystąpienia uznaje dane wyjściowe zawarte w koncepcji (str. 114 oferty Przystępującego) za „*prawidłowe*” (str. 1 – *„Opinie do Koncepcji usprawnienia technologii azotu na oczyszczalni ścieków w Suwałkach w zakresie rozwiązań technicznych i przyjętych założeń do projektowania w świetle wymagań Zamawiającego przedstawionych w SIWZ”* – autorstwa mgr inż. Wacława Pajdzińskiego – rzeczoznawca PZiTS nr 1405). Mimo sporządzenia opinii na zlecenie Przystępującego, Izba zauważa, że zawiera ona stwierdzenia, z których jasno wynika, iż uzyskanie parametrów określonych przez Zamawiającego biorąc pod uwagę koncepcje Przystępującego, nie jest rzeczą prostą, lecz możliwą do osiągnięcia jednoznacznie wiążąc ten aspekt koncepcji z kwestią dozowania Lotnych Kwasów Tłuszczowych (LKT) (str. 2 – przywołanej opinii, LKT wskazane zostały natomiast na str.115 i 117 oferty Przystępującego).

Po drugie, należy w tym zakresie brać pod uwagę także eksponowaną w SIWZ *„Gwarancję uzyskania efektów i parametrów”*, której istotę z uwagi na to, że przedmiotem postępowania jest koncepcja, a nie gotowy projekt staje się zgoła zrozumiała. W tym zakresie, Izba wskazuje, że stanowi ona także dodatkową podstawę dla oddalenia zarzutu pierwszego, w kontekście ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. Odnosząc się, zaś do rozpatrywanego zarzutu, Izba dodatkowo zauważa, że z całokształtu okoliczności i zebranego materiału dowodowego wynika, że przyjęte parametry wyjściowe dają możliwość osiągnięcia parametrów założonych przez Zamawiającego pod warunkiem zastosowania LKT. W tym zakresie, Izba także stwierdza, iż Przystępujący zdecydowanie wykluczył wole zastosowania doprowadzania zewnętrznego źródła węgla, co jest zasadne w związku z charakterem odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego i postanowieniami SIWZ przywołanymi przez Odwołującego w odwołaniu. Odnośnie kwestii związanej z selektorem, wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego na rozprawie (wiążące ten aspekt przystąpienia z sugestią wynikającą z odwołania), w ocenie Izby są wiarygodne albowiem tak

jak zasadnie stwierdził Zamawiający, w koncepcji Przystępującego nie ma żadnego wskazania przesadzającego, taki sposób pozyskiwania LKT. Zupełnie innym aspektem zarzutu jest kwestia, czy budowa takiego selektora w ogóle byłaby niezgodna z postanowieniami SIWZ. Stanowisko Odwołującego z rozprawy odnośnie wytycznych ATV nie wpłynęło także na ocenę stanu faktycznego przez Izbę. Obie strony powołując się na nie (wyciąg z wytycznych ATV - M366 złożony przez Przystępującego) wyciągały przeciwstawne wnioski zupełnie abstrahując brak odniesienia w SIWZ do nich.

Reasumując, ten aspekt zarzutu związany z danymi wyjściowymi Przystępującego, nie gwarantującymi osiągnięcia spodziewanego przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę zastosowanie LKT, w oderwaniu od zastrzeżenia dokonanego przez Zamawiającego jest chybiony.

Po trzecie, odnośnie stanowiska Odwołującego, że oferta Przystępującego nie odpowiada postanowieniom SIWZ, ponieważ zaoferowane rozwiązanie technologiczne wymaga przebudowy istniejących obiektów i rurociągów, co w jego ocenie, było bezwarunkowo niedopuszczalne biorąc pod uwagę przywołane powyżej postanowienia SIWZ. Izba zauważa, że realizacja uszczegółowienia koncepcji dokonana przez wybranego Wykonawcę, czyli docelowa technologia miała uwzględniać, że ma to nastąpić: „*bez przebudowy istniejących obiektów i rurociągów*” (Rozdz. 4.1.1 SIWZ). Zamawiający w tym kontekście przywoływał odpowiedzi na pytanie 8 – pismo z dnia 23.07.2010 r., świadcząca, w jego ocenie o złagodzeniu postanowienia SIWZ przywołanego powyżej. W wyniku niniejszej odpowiedzi i dopuszczenia zmniejszenia komory, miał on zezwolić na ingerencje w istniejące obiekty. Na takie stanowisko Odwołujący formułował brak formalnej zmiany w trybie art. 38 ust. 4 Pzp, po drugie wskazywał na odpowiedzi na pytanie 10 Zamawiającego (pismo z dnia 09.08.2010 r.).

Izba zauważa, że pierwotne zastrzeżenie dotyczyło tylko i wyłącznie istniejących obiektów i rurociągów, a stanowisko Zamawiającego (*a contrario*), że nie zakazywał budowy nowych obiektów i rurociągów wynikające z rozprawy, tudzież ich ewentualnej przebudowy jest słuszne. W tym kontekście dopuszczalność ewentualnej budowy selektora wydaje się zasadna. Zupełnie inną kwestią jest, czy Przystępujący w ramach zaoferowanej ceny byłby w stanie wybudować taki obiekt, do tego z uwzględnieniem zakresu zastrzeżenia wynikającego z postanowień SIWZ.

Odnosząc się do kwestii złagodzenia pierwotnego warunku. Fakt dopuszczenia zmniejszenia komory, czyli obiektu w wyniku odpowiedzi na pytanie 8 – pismo z dnia 23.07.2010 r. jest bezsprzeczny. Izba wskazuje jednakowoż, że również odpowiedź na pytanie 10 Zamawiającego (pismo z dnia 09.08.2010 r.) dotyczyło przebudowy dwóch komór w kontekście systemu grawitacyjnego odprowadzania ścieków z osadników wstępnych. Zamawiający podnosił w tym kontekście, że chodziło o konkretne rozwiązania na które nie

wyraził zgody. Powyższe wyjaśnienie ma pewne podstawy w przedmiotowej odpowiedzi na pytanie, co czyni ją wiarygodną do pewnego stopnia. Jednakże, Izba nie uznaje odpowiedzi na pytanie 8 – pismo z dnia 23.07.2010 r., za modyfikacje SIWZ w trybie art. 38 ust.4 Pzp, którą Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu kilka razy przeprowadzał. W ocenie Izby są to ściśle określone odpowiedzi na konkretnie zadane pytania, dotyczące pewnych elementów określonych założeń dotyczących wstępnych zarysów rozwiązań technologicznych, przyjęcie ich generalnego charakteru powoduje ich wewnętrzną sprzeczność. Z tym, że ten ich aspekt nie może pozostać bez wpływu na ocenę przedmiotowego postępowania przez Izbę. Niniejsza sprzeczność bowiem, niejasność ostatecznych postanowień SIWZ, mogła wprowadzić w błąd i w rezultacie Przystępujący mógł uznać, że Zamawiający dopuścił przebudowę obiektów. W konsekwencji Izba uznała, że Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych postanowień SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała że zastrzeżenie Zamawiającego ma wiążący charakter w odniesieniu tylko do rurociągów. Izba w tym kontekście, nie neguje przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo Budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 r.. Nr 156, poz. 118 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Prawem Budowlanym*”. Zasadne jest jednakże w tym kontekście wskazanie Odwołującemu, że art. 3 pkt 3 a Prawa Budowlanego stanowi, co należy rozumieć przez obiekt liniowy, tj. obiekt budowlany, którego charakterystycznym parametrem jest długość, wymieniając w szczególności (...) rurociąg (...). Izba powyższe wskazuje na marginesie, uznając, że wydzielenie w zastrzeżeniu zawartym w SIWZ - rurociągów - czyni powołanie się w tym kontekście na Prawo Budowlane nie adekwatnym do przedmiotowego stanu faktycznego. W innym wypadku przyjęcie sposobu definiowania wynikającego z Prawa Budowlanego, skutkowałoby całkowitym zniesieniem pierwotnego zastrzeżenia zawartego w postanowieniach SIWZ przez Zamawiającego, czy to w kontekście niejasnych postanowień SIWZ, czy też odpowiedzi na pytanie 8 – pismo z dnia 23.07.2010 r.

Odwołujący podnosił na rozprawie śladowy charakter wykorzystywanego obecnie przez Zamawiającego LKT i konieczność użycia znacznych rozmiarów LKT dla osiągnięcia zakładanych przez Zamawiającego parametrów. W ocenie Izby, powyższe uprawnia do tezy o potrzebie nie przebudowy istniejących rurociągów, lecz budowy nowego rurociągu dla potrzeb produkcji LKT, co jest dopuszczalne tak z uwzględnieniem pierwotnego brzmienia zastrzeżenia, jak i biorąc pod uwagę uznanie przez Izbę, że aktualnie ma ono wiążący charakter w odniesieniu tylko do rurociągów. Izba zastrzega, że nie przesądza odnośnie sposobu produkcji LKT lub też zastosowaniu innej technologii odniosła się jedynie do argumentacji stron oraz Przystępującego.

Podsumowując, Izba wskazuje, że Przystępujący nie określił w ofercie, jak LKT

będzie produkowane, z uwagi na jej koncepcyjny charakter, stanowisko Przystępującego z rozprawy, a przyjęte przez Odwołującego za jedyne dopuszczalne, ma charakter przykładowy i nie przesadza definitywnie o sposobie produkcji (Izba w tym zakresie odnosiła się do sposobów produkcji LKT objętych zakresem argumentacji), była to jedna z przyczyn uznania oferty Przystępującego przez Zamawiającego, dopiero ewentualna dokumentacja techniczna rozbudowy oczyszczalni (technologia, konstrukcja itp. w zależności od zakresu modernizacji) oraz dokumentacja eksploatacyjna umożliwiająca poprawne prowadzenie procesu, skonkretyzuje sposób produkcji, który będzie miał zastosowanie. W rezultacie materiały dotyczące produkcji LKT oraz uproszczony schemat oczyszczalni Zamawiającego autorstwa Odwołującego (oba dokumenty złożone przez Odwołującego), nie mogą stanowić dowody przesądzającego zasadność zarzutu Odwołującego także w tym jego aspekcie, do którego Izba odniosła się powyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.082,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....