

Sygn. akt: KIO 1113/17, KIO 1122/17, KIO 1125/17, KIO 1129/17

**WYROK**

**z dnia 4 lipca 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 27 i 28 czerwca 2017 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 2 czerwca 2017 roku przez wykonawcę **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie**,
- B. w dniu 2 czerwca 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) SEEN Technologie Sp. z o.o. (Lider)**, **(2) Instal Warszawa S.A. (Partner)**, z siedzibą dla Lidera w Warszawie,
- C. w dniu 2 czerwca 2017 roku przez wykonawcę **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie**,
- D. w dniu 2 czerwca 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o. (Lider)**, **(2) IST-Anlagenbau GmbH (Partner)**, z siedzibą dla Lidera w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Bochni Sp. z o.o. z siedzibą w Bochni**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Instal Kraków Spółka Akcyjna (Lider)**, **(2) Zakład Budowlany W. Z.i (Partner)** z siedzibą dla Lidera w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1113/17, KIO 1125/17 oraz KIO 1129/17 po stronie odwołującego oraz KIO 1122/17 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1113/17, KIO 1122/17 oraz KIO 1129/17 po stronie zamawiającego,

- C. wykonawcy **Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1122/17 oraz KIO 1129/17 po stronie zamawiającego,
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o. (Lider)**, **(2) IST-Anlagenbau GmbH (Partner)**, z siedzibą dla Lidera w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1122/17 oraz KIO 1125/17 po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

- I.
1. umarza postępowanie w sprawie o sygn. akt KIO 1125/17 w części dotyczącej zarzutu zaniechania odtajnienia wyjaśnień i uzupełnień konsorcjum (1) Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o. (Lider), (2) IST-Anlagenbau GmbH (Partner), z siedzibą dla Lidera w Krakowie;
  2. w pozostałym zakresie odwołanie o sygn. akt KIO 1125/17 oddala;
- II. oddala pozostałe odwołania
- III. kosztami postępowania obciąża Odwołujących wykonawców w poszczególnych postępowaniach odwoławczych i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 80 000 zł 00 gr (słownie: osiemdziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez poszczególnych Odwołujących tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

### **sygn. akt KIO 1113/17**

W dniu 2 czerwca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako „Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, dalej jako „Odwołujący 1”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa ciągu technologicznego na oczyszczalni ścieków w Bochni wraz z wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii i usprawnieniem zarządzania majątkiem sieciowym” prowadzi Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Bochni Spółka z o.o. z siedzibą w Bochni. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2017/S 002-002407.

Odwołanie wniesiono wobec:

- 1) czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IDS BUD S.A (dalej zwany „IDS”), pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp;
  - 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty IDS, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp;
  - 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Seen Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A (dalej zwanego „Seen”) z przyczyn opisanych w uzasadnieniu odwołania, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp;
- w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2:
- 4) zaniechania czynności wezwania IDS do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. odrzucenie oferty IDS;
4. odrzucenie oferty Seen z uwzględnieniem zarzutów wynikłych z treści odwołania;

5. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania;

alternatywnie nakazanie

6. wezwania IDS do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia zawodowego.

W uzasadnieniu podniesiono, że w dniu 23 maja 2017 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu zawiadomienie o wyniku postępowania. Jako najkorzystniejszą wybrano ofertę IDS. Druga w kolejności oferta, złożona przez Seen, została odrzucona. Odwołujący 1 nie zgadza się z wyborem IDS. Wskazane w treści zawiadomienia o wyniku postępowania podstawy odrzucenia oferty Seen uważa za niewyczerpujące okoliczności faktycznych i prawnych wynikających z dokumentacji postępowania.

Dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania upływał w dniu 02 czerwca 2017 roku. Oznacza to, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący 1 wpłacił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Interes Odwołującego 1 w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący 1 złożył ofertę w postępowaniu. Oferta złożona przez Odwołującego 1 została sklasyfikowana na drugiej pozycji, nie podlegała odrzuceniu. Odwołujący 1 na wezwanie Zamawiającego jest w stanie złożyć dokumenty potwierdzające nie podleganie wykluczeniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie przez Zamawiającego żądań odwołania może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Odwołujący 1 może ponieść szkodę wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym nie otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez Odwołującego.

1. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu, złożonej przez wykonawcę IDS. Czynności Zamawiającego naruszyły przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 26 ust. 3 i ust. 4, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Uzasadnienie tego zarzutu zawarte zostało w treści uzasadnień zarzutów odnoszących się do zaniechania czynności odrzucenia oferty IDS a także zaniechania wezwania do wyjaśnień i uzupełnień dokumentów przez tego Wykonawcę. Potwierdzenie się któregośkolwiek z poniżej uzasadnianych zarzutów stanowić będzie potwierdzenie słuszności zarzutu nr 1.

2. Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty IDS, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z zapisami punktu 14 SIWZ: *Opis sposobu przygotowania oferty oraz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, podpunkt 3 Zawartość oferty, kompletna oferta musi zawierać:*

e) *Wykaz ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów (wzór wykazu stanowi załącznik nr 11 do IDW),*

f) *pochodzące od producenta lub potwierdzone przez producenta dokumenty określające dane techniczne oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów (np.: specyfikacje lub karty techniczne producenta urządzenia/materiału), pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że są one zgodne z projektem oraz nie są urządzeniami prototypowymi ani testowymi, a w przypadku oferowania urządzeń równoważnych - także pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że oferowane kluczowe materiały/urządzenia są równoważne zgodnie z zasadami określonymi w Części III SIWZ - OPZ,*

g) *wymagane prawem certyfikaty lub inne dokumenty dopuszczające oferowane kluczowe urządzenia/ materiały do użytkowania,*

W treści Załącznika nr 11 należało podać szereg informacji odnoszących się do urządzeń kluczowych wskazanych przez Zamawiającego. Do tych informacji, dla każdego obiektu, należało załączyć pochodzące od producenta lub potwierdzone przez producenta dokumenty określające dane techniczne oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów, pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że są one zgodne z projektem oraz nie są urządzeniami prototypowymi ani testowymi, a w przypadku oferowania urządzeń równoważnych - także pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że oferowane kluczowe materiały/urządzenia są równoważne zgodnie z zasadami określonymi w Części III SIWZ.

Zamawiający, badając ofertę brał pod uwagę całokształt informacji zawartych w tabeli Załącznika nr 11 wraz z informacjami wynikającymi z kart technicznych (folderów) oraz certyfikatów zgodności (deklaracji zgodności itp.).

2.1 Na stronie 89 oferty IDS w punkcie 1 Tabeli Załącznika nr 11 gdzie opisano Obiekt nr 40 „Instalacja zagęszczania osadów” pod pozycją 1.3 widnieje pompa Boerger.

IDS podał nazwę producenta nie podając typu pompy. W dalszej części oferty odnoszącej się do obiektu nr 40, na stronie 130 zamieszczono deklarację zgodności pompy Boerger CL-390. Żadne inne oświadczenie na temat typu pompy wskazanej w punkcie 1.3 tabeli Załącznika 11 w ofercie IDS nie występuje. Oznacza to , że przedmiotem oferty IDS w odniesieniu do pompy wskazanej w punkcie 1.3 dla obiektu nr 40 jest pompa Boerger CL-390.

W piśmie z 5 kwietnia 2017 roku, Zamawiający wezwał IDS do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 ustawy szeregu dokumentów. Zamawiający wymagał, aby wykonawca załączył dokumenty producenta lub potwierdzone przez producenta, w którym określono dane techniczne urządzenia, jednoznacznie potwierdzające spełnienie wymagań przez urządzenie Boerger CL-390.

W odpowiedzi, pismem z dnia 07 kwietnia 2017 roku, (data wpływu do Zamawiającego 10 kwietnia 2017 r.) IDS napisał, że dołącza dokument producenta, tzw. kartę katalogową, w której określono dane techniczne urządzenia, przy czym urządzenie oznaczono jako pompa Boerger PL-200.

W ocenie Odwołującego 1 IDS nie złożył wyjaśnienia, jakie znaczenie posiada deklaracja zgodności pompy Boerger CL-390. Właściwie pominął milczeniem fakt zaoferowania wcześniej innej pompy (Boerger CL- 390) i złożył nową ofertę na pompę Boerger PL-200, która wcześniej nie występowała w tej części oferty. Odwołujący 1 wskazuje, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia deklaracji zgodności wraz z ofertą. Zatem Zamawiający słusznie zażądał w piśmie z dnia 5 kwietnia 2017 roku, złożenia folderu pompy która już została jeden raz zaoferowana, to jest Boerger CL-390. Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa, jeżeli nazwa i typ oferowanej rzeczy w treści oferty widnieje wyłącznie na folderze czy deklaracji zgodności wówczas przyjmuje się, że rzecz o takiej właśnie nazwie i takiego typu, jest przedmiotem oferty. Nie ma zatem możliwości zmiany folderu czy deklaracji zgodności na taki, który dotyczy rzeczy o innej nazwie oraz innego typu. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia folderu pompy Boerger CL-390, który potwierdzałby parametry żądane przez Zamawiającego, IDS zmienił treść oferty, oferując poprzez złożenie folderu innego niż pierwotnie zaoferowano typu pompy, to jest Boerger PL-200. Przyczyną takiego zachowania był fakt, że pompa Boerger CL-390 nie spełnia wymagań technicznych Zamawiającego, zatem oferta zawierająca taką pompę powinna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodna z treścią SIWZ.

Doszło do niedozwolonej zmiany treści oświadczenia woli poprzez złożenie drugiej oferty w zakresie pompy opisanej w punkcie 1.3 Tabeli Załącznika nr 11. Zamawiający powinien był zatem odrzucić ofertę IDS w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1 z uwagi na złożenie drugiej oferty, a także w trybie art. 89 ust. pkt 2 z uwagi na niezgodność treści złożonej oferty z treścią SIWZ.

2.2 Na stronie 95 oferty w punkcie 10 Tabeli Załącznika nr 11 gdzie opisano Obiekt nr 54 „Agregat kogeneracyjny” IDS zaoferował: „Agregat ko generacyjny” typ HE-MG 190 - B HORUS- ENERGIA Sp. z o.o.

W dalszej części oferty odnoszącej się do obiektu nr 54, na stronach 244-245 znajduje się karta katalogowa agregatu kogeneracyjnego HE-EC-190/245-MG190-B, zaś na stronie 246 znajduje się deklaracja zgodności dla agregatu kogeneracyjnego HE-KEC-190/244- MG190-B.

Zestawienie ze sobą symbolu z tabeli z symbolami z karty katalogowej oraz deklaracji zgodności wskazuje, że w tabeli załącznika nr 11 nie wskazano konkretnej nazwy konkretnego agregatu kogeneracyjnego, lecz jedynie rodzinę agregatów o roboczym oznaczeniu HE-MG 190 B gdzie HE jest oznaczeniem nazwy producenta „Horus Energia”. W oznaczeniu tym zmieścił się zarówno agregat kogeneracyjny HE-EC-190/245-MG190-B, dla którego na stronach 244-245 oferty złożono kartę katalogową jak również agregat kogeneracyjny HE-KEC-190/244-MG190-B, dla którego na stronie 246 załączono deklarację zgodności. W odniesieniu do agregatu kogeneracyjnego IDS złożył równocześnie zatem dwie oferty czym naruszył art. 82 ust. 1 ustawy Pzp.

Przyjmując zatem jako równorzędne informacje odnoszące się do oferowanego typu urządzenia zawarte w tabeli załącznika nr 11, karcie katalogowej oraz deklaracji zgodności, skoro informacja w załączniku nr 11 została podana w taki sposób, aby można było dowolnie wybrać agregat spośród gamy (rodziny) HE-MG 190 B, podanie przez IDS rozbieżnych typów agregatów w karcie katalogowej i w deklaracji zgodności powinno wywołać skutek w postaci odrzucenia oferty IDS w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust 1 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2017 roku działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał IDS do wyjaśnienia niezgodności z treścią SIWZ załączonej karty katalogowej, zaś w zakresie deklaracji zgodności do załączenia „właściwego dokumentu”. Przyjął przy tym, zaoferowanym agregatem jest HE-EC-190/245-MG 190.

W wyniku stwierdzenia niezgodności treści Karty katalogowej zaoferowanego agregatu z wymaganiami SIWZ, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

Zaniechawszy odrzucenia oferty Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Oczekiwanie, że w wyniku „wyjaśnień” dojdzie do zmiany parametrów zaoferowanego urządzenia jest pozbawione jakichkolwiek podstaw. Agregaty kogeneracyjne podlegają ocenie zgodności typu WE. Oznacza to, że konkretne deklarowane parametry charakterystyczne dla określonego typu urządzenia, nie mogą być dowolnie zmieniane w zależności od życzenia klienta w oderwaniu od procesu oceny zgodności przy zachowaniu nazewnictwa typów poszczególnych agregatów. Parametry takie jak sprawność silnika czy też układu silnik - prądnica, nie mogą ulec zmianie z dnia na dzień w wyniku żądania klienta.

Dla uzyskania efektu w postaci zmiany sprawności, musiało zatem dojść do zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanego typu urządzenia. Stąd IDS na wezwanie do wyjaśnień zmienił ofertę i wskazał kolejny typ agregatu kogeneracyjnego HE-KEC-190/245-MG190-B. Dokonując wezwania Zamawiający naruszył art. 26 ust.3 ustawy.

Niezależnie bowiem od pozostałych okoliczności, stwierdzenie że zaoferowany przedmiot nie spełnia wymagań Zamawiającego, powinno wywołać skutek w postaci odrzucenia oferty. Przepis art. 26 ust. 3 wyłącza możliwość konwalidacji dokumentu w przypadku, gdy oferta podlega odrzuceniu. Wadliwość nie dotyczyła samego dokumentu, lecz przedmiotu w tym dokumencie opisanego.

Zamawiający pominął przy tym także fakt, że w zakresie agregatu kogeneracyjnego doszło do złożenia „podwójnej” oferty, co samo w sobie stanowiło wystarczającą podstawę do odstąpienia od czynności wezwania do uzupełnienia i dokonania odrzucenia oferty.

Podnieść w tym miejscu należy, że co prawda Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej wezwania do wyjaśnień jako art. 87 ust. 1 ustawy, nie może służyć do konwalidacji treści oferty. Zdanie drugie tego przepisu zabrania bowiem negocjacji treści oferty. Z kolei przepis art. 26 ust. 4 co prawda nie zawiera zapisów zakazujących wprowadzania nowych treści, jednak przepis ten spełnia funkcję uzupełniającą w stosunku do art. 26 ust. 3 oraz ust. 3a ustawy. Oznacza to, że służy on wyłącznie do wykładni treści już złożonych dokumentów i oświadczeń a nie do wprowadzania do nich nowych treści.

Pismem z dnia 05 maja 2017 roku (wpływ do Zamawiającego dnia 08 maja 2017 roku), IDS w punkcie 22 na stronie 5 „wyjaśnień” zapisał, że przedkłada dokument producenta, tzn. prawidłową kartę katalogową i deklarację zgodności dostarczoną wraz z urządzeniem. W przedmiocie agregatu kogeneracyjnego nie złożono zatem żadnych wyjaśnień. IDS załączył do pisma kartę katalogową oraz deklarację zgodności kolejnego już, trzeciego typu agregatu kogeneracyjnego HE-KEC-190/245-MG190-B (deklaracja zgodności na str. 62 pisma oraz karta katalogowa na str. 63-64 pisma).

W dokumentacji ofertowej IDS spotykany więc 4 rodzaje oznaczeń agregatu:

- 1) HE-MG 190 B – podane w zał. nr 11 skrótowe oznaczenie całej rodziny agregatów na biogaz, gdzie HE jest oznaczeniem nazwy producenta;
- 2) HE-EC-190/245-MG190-B - dla którego na stronach 244-245 oferty złożono kartę katalogową;
- 3) HE-KEC-190/244-MG190-B - dla którego na stronie 246 załączono deklarację zgodności;
- 4) HE-KEC-190/245-MG190-B - złożony w trybie wyjaśnień i uzupełnień

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał zaoferowania jednego typu agregatu. IDS zaoferował trzy typy, z tym że dwa wraz z ofertą zaś trzeci w odpowiedzi na



wezwanie do wyjaśnienia i uzupełnienia „dokumentów”. Doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty po upływie terminu do składania ofert. Zamawiający naruszył art. 89 ust 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

2.3 Zgodnie z wymogami zawartymi w SST-09 - sieć dezodoryzacji, w Projekcie Budowlanym i Wykonawczym; w tym również wymogach dotyczących stacji dozowania ługu sodowego, w zakres realizacji zamówienia wchodzi montaż biofiltrów (obiekt 58.1, 58.2, 58.3).

Wskazane zapisy dokumentacji technicznej wymagają, aby biofiltr oznaczony jako obiekt 58.3 posiadał stację dozowania ługu sodowego.

W treści oferty IDS, na stronie 103 (punkt 20) tabeli Załącznika nr 11, pod pozycją obiekt 58.1 zaoferowano biofiltr EKOFINN POL 3500, w opisie którego zapisano, że jest wyposażony w stację dozowania ługu sodowego.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2017 roku Zamawiający zwrócił się do IDS z następującym pytaniem, że w zakresie biofiltrów (obiekt 58.1, 58.2, 58.3) brak jest załączników potwierdzających posiadania stacji dozowania 30% NaOH. Zamawiający wymagał, aby wszystkie filtry miały takie wyposażenie.

Odpowiadając pismem z dnia 05 maja 2017 roku (wpływ do Zamawiającego dnia 08 maja 2017 roku), IDS w punkcie 26 na stronie 6 „wyjaśnień” zapisał, że w załączeniu przedkłada oświadczenie producenta, potwierdzającą iż biofiltry posiadają stacje dozowania 30% Na OH zgodnie z wymaganiami SIWZ (SST-09 - sieć dezodoryzacji). Na stronie 75 wyjaśnień znajduje się oświadczenie producenta potwierdzająca, że zaoferowane biofiltry są wyposażone w stację dozowania 30% NaOH.

Odpowiedź nr 26 wraz z oświadczeniem producenta wprowadziła zmianę w treści złożonej przez IDS oferty. Zamiast jednego biofiltru wyposażonego w stację ługowania (obiekt 58.3), wprowadzono trzy biofiltry wyposażone w stacje ługowania (obiekty 58.1, 58.2 oraz 58.3). IDS zmienił treść złożonej oferty po upływie terminu do złożenia ofert wprowadzając nowe jej brzmienie. Doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty po upływie terminu do składania ofert. Zamawiający naruszył art. 89 ust 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

3. Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty Seen, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Treść oferty Seen nie odpowiada treści SIWZ.

1) W pozycji 5 Załącznika Nr 11 - Mieszadła w zbiornikach WKF, na stronie 112 oferty, Seen zaoferował: mieszadło z rurą centralną produkcji WesTech nie wskazując jego typu.

2) Na stronie 151 oferty Seen zamieścił dokument pn. „Mieszadło WesTech typ SMI2 - dane techniczne”. Wbrew żądaniu Zamawiającego wyrażonemu w punkcie 1.1 pod tabelą w Załączniku 11, dokument ten został wystawiony przez dostawcę, a nie przez producenta.

3) W SIWZ SST01 „Technologia” na stronie 78 prędkość obrotową mieszadła określono w następujący sposób: „970 min<sup>-1</sup>, dopuszcza się niższą prędkość”.

W wyjaśnieniach opublikowanych w dniu 23 stycznia 2017r., w odpowiedzi na pytanie nr 15, Zamawiający doprecyzował prędkość obrotową podając jej dopuszczalny przedział: 970 – 975 min<sup>-1</sup>.

Z karty danych technicznych mieszadła WesTech załączonych do oferty na stronie 151, prędkość ta została określona na poziomie 153 obr/min. Zaoferowane mieszadło nie spełnia zatem wymagań Zamawiającego odnośnie prędkości obrotowej.

4) W SIWZ SST01 „Technologia” na stronie 79 określono z jakiego materiału powinien być wykonany wirnik mieszadła: „stal, ST.52-2, łopaty specjalnie utwardzane”.

Wirnik mieszadła WesTech zaoferowanego przez Seen wykonany jest z żeliwa sferoidalnego, utwardzonego. Nie spełnia wymagań Zamawiającego. Żądana przez Zamawiającego Stal ST. 52-2 to stal o wysokiej ciągliwości i gwarantowanej spawalności przy podwyższonej granicy plastyczności. Wirnik mieszadła wykonany z tej stali może być naprawiany na gorąco.

Zastosowane w mieszadle WesTech żeliwo jest kruche i trudno spawalne, w związku z tym nie ma możliwości jego naprawy. W przypadku awarii mechanicznej, musi być wymieniony na nowy. Zatem zaoferowane mieszadło nie spełnia wymagań Zamawiającego w odniesieniu do zastosowanego materiału oraz jego właściwości mechanicznych i metalurgicznych. Okoliczność ta obniża żywotność mieszadła podnosząc w przebiegu okresu jego życia koszty eksploatacji na skutek braku możliwości naprawy wirnika.

5) W SIWZ SST01 „Technologia” na stronie 78 wagę mieszadła określono na „1760 kg”. Waga zaoferowanego mieszadła WesTech (1450 kg) jest o ok. 20% niższa. Wskazuje to na cieńszą i słabszą konstrukcję tego elementu, wynikającą z zastosowania innych materiałów niż w przypadku mieszadła określonego w dokumentacji projektowej. Oznaczać to może, przy braku zachowanej plastyczności oraz sprężystości, przy niższej masie, a co za tym idzie cieńszej konstrukcji mieszadła, może dochodzić do częstych awarii mechanicznych wymuszających wymianę wirnika.

6) W SIWZ SST01 „Technologia” na stronie 78 Zamawiający żądał aby przepływ mieszadła wynosił „700 m<sup>3</sup>/h”.

W parametrach WesTech zapisano: „powyżej 700m<sup>3</sup>/h”. Parametr ten nie spełnia wymogów Zamawiającego. Dopisek "powyżej" wyklucza możliwość pracy z przepływem 700 m<sup>3</sup>/h. Co więcej, brak jakichkolwiek informacji na jakim poziomie kształtuje się przepływ mieszadła

WesTech. Dodać tu należy, że wymaganie wyższego przepływu do pracy mieszadła nie jest parametrem, który pozytywnie zmienia mieszadło w relacji do mieszadła o niższym przepływie.

Na skutek powyższych niezgodności z treścią SIWZ. oferta Seem powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### 4. Zarzut zaniechania czynności wezwania IDS do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp

W celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia koniecznych do wykonania zamówienia, w punkcie 9 ust. 1 podpunkt 2. II lit. a) SIWZ Zamawiający zażądał aby Wykonawcy wykazali, że wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej:

- jedną robotę polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie ciągu technologicznego przeróbki osadów ściekowych i instalacji umożliwiającej wytwarzanie biogazu na oczyszczalni ścieków, o wartości robót budowlanych co najmniej 30 mln PLN.

oraz

- jedną robotę polegającą na budowie słonecznej suszarni osadów, składającej się z co najmniej 2 modułów, o łącznej powierzchni co najmniej 2000 m<sup>2</sup>.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 maja 2017 r. zawierające żądanie złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, IDS złożył *Wykaz wykonanych przez Wykonawcę robót* według wzoru załącznika nr 9 do SIWZ (strona 67-69 pisma) oraz dokumenty potwierdzające że roboty te zostały wykonane należycie (strony 60 - 66 pisma).

Analiza treści poświadczeń wykonania wskazuje, że pomimo że z treści tabeli Wykazu wykonanych przez Wykonawcę robót wynika wykonanie trzech robót budowlanych, to dwie z tych robót zostały wykonane przez IDS w toku działania w grupie wykonawców (konsorcjum). Taka sytuacja miała miejsce w przypadku robót „Modernizacja gospodarki osadowej” realizowanych dla MPWiK Radom, gdzie IDS występował w konsorcjum z RO S.A Hale z Radomia oraz robót „Porządkowanie gospodarki ściekowej w zlewni Białej Przemszy na terenach gmin Olkusz, Budkowo, Bolesław, Klucze - Etap 1”, gdzie IDS występował w konsorcjum z TOTALBUD Sp. z o.o.

Z treści złożonych dokumentów nie wynika, jaki zakres merytoryczny ani za jaką kwotę, IDS wykonał roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie ciągu technologicznego przeróbki osadów ściekowych i instalacji umożliwiającej wytwarzanie biogazu na oczyszczalni ścieków wskazane w punktach 1 oraz 2 Wykazu robót.

Zamawiający powinien zbadać faktyczny udział IDS w obydwóch konsorcjach. Nie może bowiem IDS zaliczać sobie na poczet doświadczenia, robót wykonanych w grupie wykonawców bez udowodnienia, jaką część roboty faktycznie wykonał.

Stanowisko takie zajął Rzecznik TS UE w dokumencie pod nazwą: „Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej” z dnia 24 listopada 2016 , sygn. akt. C38714 w odpowiedzi na pytanie nr 5 zadane w trybie prejudycjalnym przez Krajową Izbę Odwoławczą. W wątku 55 podsumował rozważania odnoszące się do przedstawionego przez KIO zagadnienia prawnego:

*„55. W świetle powyższego proponuję udzielenie następującej odpowiedzi na pytanie piąte sądu krajowego:*

*Artykuł 44 i art. 48 ust. 2 lit a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, jako na własne może powoływać się jedynie na doświadczenie, które sam zdobył realizując dane zamówienie. Wniosek ten pozostaje bez uszczerbku dla możliwości powołania się przez wykonawcę na zdolności innych podmiotów w sposób przewidziany w dyrektywie.”*

Zatem w przypadku, gdyby KIO nie uznała zasadności zarzutu numer 2, Odwołujący 1 wskazuje, że Zamawiający zaniechał wezwania IDS do wyjaśnień i uzupełnień w przedmiotowym zakresie, czym naruszył art. 26 ust 3 i ust 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, iż zarzuty odwołania zostały uzasadnione i udowodnione, Odwołujący 1 uważa, że odwołanie winno zostać uwzględnione.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego zgłoszenia złożyli wykonawcy:

- 1) konsorcjum Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, Zakład Budowlany W. Z.i; po stronie Odwołującego (w dniu 5 czerwca 2017 roku);
- 2) konsorcjum Seen Technologie Sp. z o.o., Instal Warszawa S.A. z siedzibą dla Lidera w Warszawie, po stronie Zamawiającego, (w dniu 8 czerwca 2017 roku);
- 3) IDS BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, po stronie Zamawiającego (w dniu 5 czerwca 2017 roku).

### **sygn. akt KIO 1122/17**

W dniu 2 czerwca 2017 roku w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołanie złożyli także wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - konsorcjum firm:

- 1) Seen Technologie Sp. z o.o. - lider konsorcjum z siedzibą w Warszawie,
- 2) Instal Warszawa S.A. - partner konsorcjum z siedzibą w Warszawie  
dalej jako „Odwołujący 2”.

Odwołanie wniesiono od czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Odwołującego 2 w postępowaniu. Czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na nierównym traktowaniu Odwołującego 2 wobec pozostałych wykonawców, a w rezultacie nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego, a zaniechaniu odrzucenia i wyborze oferty wykonawcy IDS, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy IDS, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osoby kierowanej do wykonania zamówienia na stanowisku Eksperta nr 3 - Kierownika robót sanitarnych;
- 3) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IDS, mimo że złożone wyjaśnienia ceny potwierdzają, że cena jest rażąco niska;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IDS pomimo zastosowania ceny dumpingowej, co wykonawca IDS potwierdził w złożonych wyjaśnieniach;  
a w przypadku nieuwzględnienia zarzutów z pkt 2) i 3)
- 5) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy IDS w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, iż zastrzeżone w tych wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący 2 wnosił o uwzględnienie zarzutów odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenie oferty IDS.;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert.

Interes Odwołującego 2 w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, gdyż Odwołujący złożył ważną ofertę w postępowaniu, która, gdyby nie jej odrzucenie i zaniechanie odrzucenia oferty IDS zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą wg określonych w SIWZ kryteriów wyboru ofert. Odrzucenie oferty może Odwołującego narazić na szkodę w związku z nieuzyskaniem niniejszego zamówienia.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący 2 przekazał kopię odwołania Zamawiającemu. Odwołujący 2 uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Część A — zarzuty przeciwko odrzuceniu oferty Odwołującego 2

W dniu 23 maja 2017 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. z powodu jej rzekomej niezgodności z SIWZ, polegającej na niepodaniu w załączniku nr 11 „Wykaz oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów” informacji na temat niżej wymienionych elementów, bez których to informacji Zamawiający jakoby nie wie, co wykonawca oferuje. Zarzut dotyczy następujących elementów:

- wiersz 14 tabeli w załączniku nr 11 (obiekt 55.0 system do transportu osadu wysuszonego w obiekcie suszarni słonecznej osadu):

- 1) pozycji 3.5 sterowanie;
- 2) pozycji 3.6 punkt odbioru osadu;
- 3) pozycji 3.7 włączy

- wiersz 15 tabeli w załączniku nr 11 (obiekt 63.0 stacja PAX):

- 1) pozycji 1.1 wanna zabezpieczająca;
- 2) pozycji 1.2 zbiornik DPPL;
- 3) pozycji 1.3 konsola zbiornika DPPL;
- 4) pozycji 1.5 linia ssania z zaworem stopowym;
- 5) pozycji 1.6 zawór stałego ciśnienia;
- 6) pozycji 1.7 przesuwana płyta zamykająca obudowę.

Z informacji o odrzuceniu wynika, że „Wykonawca nie przedstawił w załączniku nr 11 (WYKAZ KLUCZOWYCH URZĄDZEŃ/MATERIAŁÓW), informacji dotyczących odpowiednio wyżej wymienionych pozycji oraz nie złożono żadnego dokumentu pochodzącego od producenta określającego dane techniczne oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów (np. specyfikacje lub karty techniczne producenta urządzenia/materiału), z którego można by wywnioskować co Wykonawca oferuje”. Dalej Zamawiający uściśliła, że chodzi mu o informacje „m.in. w następującym zakresie: „Urządzenie oferowane Typ/producent; „Dane techniczne urządzeń oferowanych.” Zdaniem Zamawiającego, ponieważ „Informacji takich nie podano, zatem należy uznać, iż oferta Wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ/IDW”

Zgodnie z SIWZ w załączniku nr 11 „Wykaz oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów” należało dla każdego kluczowego urządzenia zaprojektowanego na ścieki komunalne podać informacje w następującym zakresie:

- a) symbol wg projektu;
- b) ilość wg projektu;
- c) urządzenia oferowane typ/producent;
- d) dane techniczne urządzeń ofertowanych;
- e) ilość oferowanych;
- f) nominalna moc (IcW);
- g) moc zainstalowana kw (7x8);

h) lokalizacja/e (w tym dane adresowe i do kontaktu po stronie podmiotu prowadzącego oczyszczalnię) / str. oferty, na których znajdują się dokumenty techniczne, certyfikaty oraz przedłożyć dla kluczowego urządzenia /materiału w ofercie:

a) pochodzące od producenta lub potwierdzone przez producenta dokumenty określające dane techniczne oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów (np.: specyfikacje lub karty techniczne producenta urządzenia / materiału), pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że są one zgodne z projektem oraz nie są urządzeniami prototypowymi ani testowymi, a w przypadku oferowania urządzeń równoważnych — także pozwalające jednoznacznie stwierdzić, że oferowane kluczowe materiały/urządzenia są równoważne zgodnie z zasadami określonymi w SIWZ (pkt, 1.1 pod tabelą w załączniku nr 11);

b) wymagane prawem certyfikaty lub inne dokumenty dopuszczające oferowane kluczowe urządzenia/materiały do użytkowania (pkt. 1.2 pod tabelą w załączniku nr 11).

Ponadto, pod tabelą w pkt 1.2 Zamawiający wyjaśnił, że *„W celu wykazania, że oferowane urządzenie nie jest prototypem tj. jest sprawdzone w działaniu, pracuje na innych zrealizowanych obiektach (oczyszczalniach ścieków komunalnych) przez okres nie krótszy niż trzy lata, Wykonawca wskaże w kolumnie 10 co najmniej jedną lokalizacją, w której dane urządzenie zostało sprawdzone w działaniu. W razie wątpliwości Zamawiającego co do faktycznego funkcjonowania danego urządzenia we wskazanej lokalizacji, Zamawiający będzie uprawniony do zwrócenia się do podmiotu obsługującego daną oczyszczalnię o potwierdzenie cech i okresu pracy urządzenia we wskazanej lokalizacji”*.

Odwołujący wskazał w wierszu nr 14 i 15 tabeli w załączniku nr 11 w kolumnie 6 „Urządzenia oferowane Typ/producent” nazwy producentów urządzeń dla kluczowych urządzeń technologicznych, a w kolumnie 7 „Dane techniczne urządzeń oferowanych” wpisał „zgodnie z SIWZ”, gdyż nie oferował urządzeń równoważnych, nie przepisywał jednak treści specyfikacji technicznych SST-01. Załączył jednak karty katalogowe, specyfikacje techniczne lub oświadczenia producentów wskazujące na parametry urządzeń i potwierdzające zgodność urządzeń z SIWZ.

Jeśli chodzi o wiersz 14 tabeli - system transportu osadu wysuszonego w obiekcie suszami słonecznej - to z wymienionych w pkt 2.2.18.3 OPZ CZ.3.1.1, SST 01 elementów za urządzenia mogą być uznane jedynie:

- Podajnik łańcuchowy - Poz. 3.1
- Przenośnik kubełkowy, pionowy - Poz. 3.2
- Przenośnik spiralny poziomy - Poz. 3.3
- Teleskopowy rękaw załadowniczy z zasuwą - Poz. 3.4

Są to urządzenia technologiczne, które są urządzeniami mechanicznymi spełniającymi określoną funkcję technologiczną w tym przypadku transport osadu wysuszonego.

Sterowanie poz. 3.5. na które składa się szafa sterownicza do zasilania i sterowania systemem odbioru osadów wysuszonych z 2 lokalnymi szafkami obsługowymi, to elementy wyposażenia elektryczno-sterowniczego, a nie kluczowe urządzenia technologiczne.

Odnosnie uznania szaf sterowniczych za urządzenia kluczowe Zamawiający jest niekonsekwentny, gdyż nie uznaje szaf sterowniczych za urządzenia kluczowe w następujących wierszach załącznika 11:

- wiersz 11 - w kolumnie 3 nie wymienia poz. 1.4 z SST-01 pkt. 2.2.18.1 (tj. szafy sterownicze i zasilające suszami osadów);
- wiersz 13 - w kolumnie 3 nie wymienia szafy zasilająco-sterowniczej systemu transportu osadu (odwodnionego) z SST-01 pkt. 2.2.18.2;
- wiersz 15 - w kolumnie 3 nie wymienia pkt. 2.2.20.2 z SST-01 (tj. szafki zasilająco-sterowniczej stacji PAX).

Odwolujący nie wyspecyfikował Sterowni, jako elementu wyposażenia elektryczno - sterowniczego, co nie znaczy, że jej nie oferuje. Odnosnie tego elementu, jak i wszystkich pozostałych elementów wiersza 14 w załączniku nr 11, zawarto w kolumnie 7 stwierdzenie, że są oferowane „zgodnie z siwz”.

Z kolei punkt odbioru osadu poz. 3.6 to nie urządzenie, lecz obiekt budowlany. Punkt odbioru osadu poz. 3.6, zgodnie z SST 01 to konstrukcja stalowa składająca się z zadanej platformy, podstawy z kratownicą, podestu i drabinki, która to konstrukcja związana jest fundamentami z gruntem.

Podobnie włazu poz. 3.7., też nie można uznać za urządzenie. Jest to pokrywa stalowa, służąca do zamknięcia otworu w obiekcie budowlanym, która dodatkowo wyposażona jest w drabinkę i wentylację. Można więc uznać wąż za element konstrukcji budowlanej.

Fakt, że punkty wyposażenia tj. poz. 3.6 i 3.7 nie są urządzeniami potwierdzają następujące zapisy w kolumnie 6 „Urządzenia oferowane Typ/producent” załącznika 11 również innych wykonawców:

- Instal Kraków: „infrastruktura budowlana zgodnie z PW”, a w wyjaśnieniach podtrzymał twierdzenie, że są to elementy konstrukcji budowlanych;
- Control Process: punkt odbioru osadu - roboty budowlane;
- Unibep: punkt odbioru osadu i wąż - wykonanie warsztatowe.

Odwolujący nie wyspecyfikował punktu odbioru osadu - poz. 3.6 oraz włazu - poz. 3.7, jako elementów konstrukcyjnych, co nie znaczy, że ich nie oferuje. Odnosnie tych



elementów, jak i wszystkich pozostałych elementów wiersza 14 w załączniku nr 11, zawarto w kolumnie 7 stwierdzenie, że są oferowane „zgodnie z siwz”.

Jeśli chodzi o elementy 1.1 - 1.7 obiektu nr 63.0 stacji PAX opisane w pkt. 2.2.20.1 SST- 01 jako zestaw dozujący 4xDPPL z tacą przechwytyjącą zamykaną.

DPPL to standardowy pojemnik do magazynowania płynów (Odwołujący 2 załączył do odwołania zdjęcie poglądowe). Jedynym urządzeniem kluczowym technologicznym wchodzącym w skład Zestawu dozującego w zakresie punktów 1.1 - 1.7 stacji PAX jest pompa dozująca poz. 1.4 jako urządzenie mechaniczne spełniające funkcję technologiczną w procesie oczyszczania ścieków i przeróbki osadów, w tym przypadku dozowanie substancji chemicznej PAX do procesów technologicznych prowadzonych na oczyszczalni ścieków.

Odwołujący nie wyspecyfikował elementów konstrukcyjnych tj. wanny zabezpieczającej, zbiorników DPPL, konsoli zbiornika DPPL, linii ssania z zaworem stopowym, zaworu stałego ciśnienia, płyty zamykającej obudowę, co nie znaczy, że ich nie oferuje. Odnośnie wszystkich elementów z wiersza 15 w załączniku nr 11 zawarto stwierdzenie, że są oferowane zgodnie z siwz. Trudno zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby każdy z tych elementów z osobna był kluczowym urządzeniem lub materiałem w oczyszczalni ścieków np. kluczowa konsola zbiornika, czy kluczowa wanna zabezpieczająca.

Oferta powinna być oceniana całościowo. Z załączników do załącznika nr 11 w ofercie Odwołującego 2 (kart katalogowych i innych dokumentów pochodzących od producentów) Zamawiający mógł się dowiedzieć, że zarówno dla wiersza 14 system transportu osadu wysuszonego oraz dla wiersza 15 stacja PAX, Odwołujący 2 zaoferował kwestionowane przez Zamawiającego elementy jako dostarczane przez jednego, wskazanego w tych załącznikach dostawcę.

Jeśli chodzi o szafę sterowniczą - poz. 3.5, punkt odbioru osadu - poz. 3.6 oraz właz - poz. 3.7, to ze strony 189 oferty Odwołującego można wywnioskować, że dostawcą tych elementów będzie firma Silexim. Na pierwszej stronie oferty Silexim (str. 189 oferty Odwołującego) wskazano: *„Niniejszym przedstawiamy naszą ofertę na zaprojektowanie, dostawę i uruchomienie Systemu transportu osadu wysuszonego w projektowanej Oczyszczalni Ścieków w Bochni: Pozycja 2.2.18.3 wg STWiORB SST01 SYSTEM TRANSPORTU OSADU WYSUSZONEGO”* Dalej wymieniono parametry elementów z poz. 3.1, 3.2, 3.3 i 3.4, jednak z numeracji stron oferty Silexim 1/6, 2/6 widać, że omyłkowo nie załączono czterech stron 3/6, 4/6, 5/6 i 6/6, na których znajdują się parametry elementów z poz. 3.5, 3.6 i 3.7. Jednak oferta odnosi się do wszystkich tych elementów poprzez

odniesienie się do pkt 2.2.18.3 i wskazanie zakresu oferty: System transportu osadu wysuszonego.

Jeśli chodzi o stację PAX, to ze stron 203-205 oferty Odwołującego można wywnioskować, że dostawcą pomp do stacji PAX będzie firma Drem-Eko, która dostarczy pompy producenta Milton Roy. Co ważne, w kolumnie 11 załącznika nr 11 Odwołujący dla wszystkich pozycji 1.1-1.7 w wierszu 15 Stacja Pax wskazał 3 lokalizacje kompletnych stacji PAX dostarczanych przez firmę Drem-Eko, a nie lokalizacje samych pomp MiltonRoy. Te same lokalizacje są podane we wszystkich ofertach Wykonawców, którzy zaoferowali stacje PAX dostarczane przez Drem-Eko. Ponadto w Wykazie cen - załącznik nr 15 do oferty Odwołujący podał wartość stacji PAX nie odbiegającą od ofert innych wykonawców w tym zakresie.

Ponadto w wyjaśnieniach z dnia 11.05.2017 na wezwanie Zamawiającego z dnia 05.05.2017 Odwołujący 2 wyjaśnił, że firma Silexim, której oferta techniczna jest załączona do oferty na stronie 189 jest dostawcą całego systemu transportu osadu wysuszonego.

Większość wykonawców, w tym wybrany przez Zamawiającego wykonawca IDS, dla kwestionowanych przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego pozycji z wiersza 14 i 15 załącznika nr 11, wskazywało nie producenta poszczególnych pozycji, lecz dostawcę kilku łącznie elementów systemu transportu osadu wysuszonego lub całej stacji PAX.

Odwołujący 2 przedstawił porównanie ofert konkurencyjnych w zakresie wierszy 14 (system transportu osadu wysuszonego) i 15 (stacja dozowania PAX) załącznika 11

1) IDS-BUD S.A.

Wiersz 14: System transportu osadu wysuszonego w obiekcie suszarni słonecznej

a) W załączniku 11 (str. 100 oferty) Wykonawca dla poz. 3.6, 3.7 w kolumnie 6 nie podał producenta ani typu oferowanych elementów/pozycji.

Wykonawca nie załączył do oferty dokumentów pochodzących od producenta lub potwierdzonych przez producenta określających dane techniczne dla ww. pozycji ani wymaganych prawem certyfikatów lub inne dokumenty dopuszczających oferowane elementy do użytkowania.

Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w tym zakresie.

b) W kolumnie 7 załącznika 11 - „Dane techniczne urządzeń ofertowanych” IDS przepisał zapisy pkt 2.2.18.3 SST 01 poz. 3.6 i 3.7, co nie różni się w żaden sposób (z wyjątkiem wizualnego) od wpisania w tej kolumnie przez Odwołującego „zgodnie z siwz”.

Wiersz 15 (Stacja dozowania PAX)

a) W załączniku 11 (str. 101 oferty) Wykonawca w kolumnie 6 nie podał producenta ani typu dla pozycji 1.1 - 1.3 oraz 1.5-1,7, a jedynie producenta całej stacji PAX zawierającej wszystkie te elementy oraz poz. 1.4 pompy (stanowiącej Zestaw dozujący stacji PAX).

Wykonawca nie załączył do oferty dokumentów pochodzących od producenta lub potwierdzonych przez producenta określających dane techniczne dla pozycji 1.1, 1.3 oraz 1.5-1.7.

Zamawiający pismem JRP/107/2017 wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów pochodzących od producenta lub potwierdzonych przez producenta określających dane techniczne dla pozycji 1.1,1.5,1.7.

W odpowiedzi Wykonawca nie przedstawił dokumentów od producenta dla ww. pozycji, a jedynie dokument od producenta stacji PAX. W dokumencie tym firma Drem- Eko nie potwierdza, że jest producentem poszczególnych elementów wchodzących w skład stacji PAX, a jedynie specyfikuje elementy wchodzące w zakres oferty.

Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w zakresie pozycji 1.3 oraz 1.6.

b) W kolumnie 7 „Dane techniczne urządzeń oferowanych” przepisał zaś treść pkt 2.2.20.1 SST 01, co w żaden sposób nie różni się od wpisania w tej kolumnie przez Odwołującego „zgodnie z siwz”.

c) Ponadto Wykonawca w kolumnie 10 podał wartość mocy zainstalowanej (0,45 kW) równą potrójnej mocy z kolumny 9 (0,15 kW). Nasuwa się wniosek, że Wykonawca zaoferował 3 systemy dozujące.

Tymczasem zgodnie z SIWZ należało zaoferować 4 systemy dozujące (Projekt Wykonawczy, Tom 33, Rozdział 1). Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w tym zakresie.

## 2) Inżynieria Rzeszów S.A.

Wiersz 14: System transportu osadu wysuszonego w obiekcie suszarni słonecznej

Wykonawca nie podał w kolumnie 9 ani 10 (str.40 oferty) mocy oferowanego teleskopowego rękawa załadowniczego - poz. 3.4. Można wysnuć wniosek, że oferowany rękaw jest wersją pozbawioną napędów. Zgodnie z SST-01 pkt 2.2.18.3 poz. 3.4, str. 140 rękaw załadownczy powinien mieć napęd o mocy 0,55 kW. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w tym zakresie

Wiersz 15 (Stacja dozowania PAX)

W załączniku 11 (str. 41-42 oferty) Wykonawca w kolumnie 6 nie podał producenta ani typu dla żadnej pozycji (1.1-1.7), a jedynie producenta i typ całej stacji PAX zawierającej wszystkie te elementy.

Wykonawca nie załączył do oferty dokumentów pochodzących od producenta lub potwierdzonych przez producenta określających dane techniczne dla ww. pozycji, a jedynie opis stacji PAX od producenta tej stacji (gdzie określono producenta zbiornika - f. Mauser).

Producentem wymienionych w tym opisie pomp PRIUS jest włoska f. EMEC. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w tym zakresie.

3) Control Process Epc Environmental Protection Sp. z o.o. (lider konsorcjum) IST-Anlagenbau GmbH (członek koncorcjum)

Wiersz 14: System transportu osadu wysuszonego w obiekcie suszarni słonecznej

a) W załączniku 11 (str. 162 oferty) Wykonawca dla poz. 3.6, 3,7 w kolumnie 6 nie podał producenta ani typu oferowanych elementów/pozycji.

Wykonawca nie załączył do oferty dokumentów pochodzących od producenta lub potwierdzonych przez producenta określających dane techniczne dla ww. pozycji ani wymaganych prawem certyfikatów lub inne dokumenty dopuszczających oferowane elementy do użytkowania. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w tym zakresie.

b) Ponadto Wykonawca nie podał w kolumnie 9 ani 10 mocy oferowanego teleskopowego rękawa załadowczego - poz. 3.4. Można wysnuć wniosek, że oferowany rękaw jest wersją pozbawioną napędów. Zgodnie z SST-01 pkt 2.2.18.3 poz. 3.4, str. 140 rękaw załadowczy powinien mieć napęd o mocy 0,55 kW. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w tym zakresie.

Wiersz 15 (Stacja dozowania PAX)

a) W załączniku 11 (str. 163 oferty) Wykonawca w kolumnie 6 nie podał producenta ani typu dla pozycji 1.7. Wykonawca nie załączył do oferty dokumentów pochodzących od producenta lub potwierdzonych przez producenta określających dane techniczne dla ww. pozycji.

b) Dla pozycji 1.4 Wykonawca zaoferował pompę GM25P4T3V, który to typ pompy produkowany jest przez f. Milton Roy. Jako producenta tej pompy Wykonawca podał f. PIRIUS DMF. Nie jest to nazwa producenta tylko typu pompy produkowanej przez włoską f. EMEC. Wykonawca nie załączył do oferty dokumentów pochodzących od producenta lub potwierdzonych przez producenta określających dane techniczne dla ww. pozycji.

c) Dla pozostałych pozycji Wykonawca podał jako producenta f. Fapo. Tymczasem na str. 435 oferty jest karta zaworu poz. 1.6 f. George Fischer, na str. 439 oferty jako producenta zbiornika poz. 1.2 podano f. Mauser. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w powyższym zakresie.

4) Instal Kraków S.A (lider konsorcjum); Zakład Budowlany W. Z.i (członek konsorcjum)

Wiersz 14: System transportu osadu wysuszonego w obiekcie suszarni słonecznej

a) W załączniku 11 (str. 81 oferty) Wykonawca dla poz. 3.6, 3,7 w kolumnie 6 nie podał producenta ani typu oferowanych elementów/pozycji.

Wykonawca nie załączył do oferty dokumentów pochodzących od producenta lub potwierdzonych przez producenta określających dane techniczne dla ww. pozycji ani

wymaganych prawem certyfikatów lub inne dokumenty dopuszczających oferowane elementy do użytkowania.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie (JRP/113/2017).

W odpowiedzi Wykonawca wyjaśnił, że ww. pozycje są elementami budowlanymi wykonywanymi przez f. Instal Kraków i tym samym uzupełnił załącznik 11 oraz uzupełnił ofertę o karty producenta z ich danymi technicznymi lecz jedynie w zakresie wężu - poz. 3,7. W dalszym ciągu brakuje w ofercie karty technicznej producenta punktu odbioru osadu - poz. 3.6.

Zamawiający zaniechał dalszych wyjaśnień / czynności. Natomiast w przypadku analogicznych wyjaśnień i uzupełnień Odwołującego Zamawiający ich nie uznał i odrzucił jego ofertę.

b) Ponadto Wykonawca nie podał w kolumnie 9 ani 10 mocy oferowanego teleskopowego rękawa załadowczego - poz. 3.4. Można wysnuć wniosek, że oferowany rękaw jest wersją pozbawioną napędów. Zgodnie z SST-01 pkt 2.2.18.3 poz. 3.4, str. 140 rękaw załadowczy powinien mieć napęd o mocy 0,55 kW. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w tym zakresie

Wiersz 15 (Stacja dozowania PAX)

W załączniku 11 (str. 81 oferty) Wykonawca w kolumnie 6 nie podał producenta ani typu dla żadnej pozycji (1.1-1.7), a jedynie producenta i typ całej stacji PAX zawierającej wszystkie te elementy.

Wykonawca nie załączył do oferty dokumentów pochodzących od producenta lub potwierdzonych przez producenta określających dane techniczne dla ww. pozycji, za wyjątkiem dokumentów dla poz. 1.4 pompy. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień ani uzupełnień w tym zakresie.

Powyższe zestawienie dobitnie świadczy o nierównym traktowaniu Odwołującego 2 względem pozostałych wykonawców, a w szczególności względem wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejsza. Jest oczywiste, że przy tak rozbudowanej technicznie ofercie oraz mnogości żądanych dokumentów przedmiotowych, znajdują się rozbieżności w sposobie prezentacji danych przez poszczególnych oferentów. Zwłaszcza, gdy treść wymogu zamawiającego jest niejasna i może być różnie rozumiana. Zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego tak naprawdę każdy wykonawca powinien był przedstawić producenta wężu, punktu odbioru osadu, wanny zabezpieczającej, zaworu i innych kwestionowanych elementów, a nie dostawcę tych elementów lub producenta głównego urządzenia, co miało miejsce. Jednak jedynie oferta Odwołującego została za ten „błąd” odrzucona.

Wartość oferty Odwołującego 2 to kwota 57 504 000,00 zł netto. Wartość kwestionowanych pozycji 3.5-3.7 w wierszu 14 załącznika nr 11 - system transportu osadu wysuszonego to kwota 287 000,00 zł netto, tj. 0,50% wartości całej oferty, a pozycji kwestionowanych w wierszu 15 załącznika nr 11 - stacja PAX to kwota 70 000,00 zł netto, tj. 0,12% wartości całej oferty. Jednak, nawet pomijając fakt, że są to wartości bagatelne porównując je do kwoty całej oferty, istotne jest to, że błąd Odwołującego 2, o ile uznać sposób wypełnienia tabeli w załączniku 11 za błędny, co Odwołujący 2 kwestionuje, był błędem formalnym. Polegał na sposobie przedstawienia informacji nt. kwestionowanych elementów systemu transportu osadu wysuszonego i stacji PAX. Odwołujący 2, uznając co do kwestionowanych pozycji, że nie są urządzeniami, a tym bardziej kluczowymi urządzeniami, przedstawił je łącznie z innymi pozycjami:

- w załącznikach do załącznika nr 11
- poprzez zapis w kolumnie 7 „zgodnie z SIWZ” - poprzez wskazanie kolumnie 11 lokalizacji, gdzie funkcjonują wszystkie kwestionowane elementy.

Przedmiotem zamówienia jest Rozbudowa i przebudowa ciągu technologicznego na oczyszczalni ścieków w Bochni wraz z wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii. Zamówienie polega na rozbudowie i przebudowie oczyszczalni ścieków w Bochni w celu:

- ulepszenia procesu oczyszczania ścieków;
- zmniejszenia uciążliwości zapachowej oczyszczalni;
- wytwarzania biogazu w ilości pozwalającej na energetyczne wykorzystanie;
- zmniejszenia ilości osadów powstających w oczyszczalni
- dostosowania technologii unieszkodliwiania osadów do obowiązujących przepisów.

Gdyby Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu takich błędów, które wpływają na procesy technologiczne lub powodują nieosiągnięcie zakładanych celów, poprzez nieosiągnięcie wymaganych parametrów - byłoby to zrozumiałe. Jednakże powody odrzucenia oferty Odwołującego są błahe i stricte formalne, a przy tym podobne błędy i nieścisłości znalazły się w pozostałych ofertach, które nie zostały odrzucone. Stąd, decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego powinna zostać unieważniona.

#### Część B - zarzuty wobec oferty IDS-BUD S.A.

##### 1. niezgodność oferty z SIWZ

Z kolei oferta, która została uznana za najkorzystniejszą nie spełnia wymogów mających znaczenie dla osiągnięcia zakładanych przez Zamawiającego parametrów, a przynajmniej Zamawiający nie wyjaśnił występujących w tej ofercie istotnych rozbieżności. Oferta IDS nie spełnia wymogów SIWZ w następującym zakresie:

- 1) W załączniku 11, wiersz 1 (strona 89 oferty), zaoferowano zagęszczacz spełniający wymogi stopnia zagęszczenia min. 6% sm (suchej masy) w osadzie zagęszczonym,

natomiast w załączonej do oferty specyfikacji technicznej, nie potwierdzonej przez producenta zagęszczacza taśmowego (strona 107 oferty), nie ma potwierdzonej możliwości uzyskiwania stopnia zagęszczenia osadów min. 6% sm.

Firma IDS na wezwanie z dnia 27.04.2017, w odpowiedzi na punkt 2 wezwania, uzupełniła ofertę o specyfikację techniczną instalacji zagęszczania, tym razem potwierdzoną przez producenta (strony 14-19 odpowiedzi na wezwanie), z której wynika możliwość uzyskania min. 5% sm a nie min. 6% sm, jak zadeklarował Wykonawca w załączniku 11 i jaki był wymóg w SIWZ.

Powyższe oznacza, że oferta Wykonawcy IDS-BUD S.A. jest niezgodna z pkt 2.2.1.1 SST 01 i w związku z tym powinna zostać odrzucona.

Nieuzyskanie minimum stopnia zagęszczenia 6% sm, a jedynie 5% sm powoduje, że wzrośnie ilość osadów podawanych do dalszych stopni przeróbki osadu i wpłynie na procesy, które mają tam zachodzić (skrócenie czasu fermentacji osadów i związane z tym zmniejszenie produkcji biogazu i zmniejszenie ilości energii wytwarzanej z biogazu).

2) W załączniku 11, wiersz 20, zaoferowano biofiltry:

- 58.1 o wydajności 5080 m<sup>3</sup>/h,
- 58.2 o wydajności 4100 m<sup>3</sup>/h,
- 58.3 o wydajności 3210 m<sup>3</sup>/h

W załączonych do oferty dokumentach firmy Ekofinn (strony 376 - 382 oferty) wydajności biofiltrów są następujące:

- 58.1 o wydajności 5000 m<sup>3</sup>/h,
- 58.2 o wydajności 4000 m<sup>3</sup>/h,
- 58.3 o wydajności 3500 m<sup>3</sup>/h

Ponadto na stronie 376 oferty jest zapis mówiący, zaoferowane przez Ekofinn wydajności biofiltrów to wydajności maksymalne.

Specyfikacje techniczne producenta oferowanych biofiltrów nie potwierdzają wymaganych wydajności. Oznacza to, że oferta Wykonawcy IDS-BUD S.A. jest niezgodna ze specyfikacją i w związku z tym powinna zostać odrzucona.

3) Z załączonych do załącznika 11, wiersz 20, dokumentów producenta biofiltrów firmy Ekofinn (strony 376 - 382 oferty) wynika, że:

- biofiltr 58.1 posiada wymiary zewnętrzne obudowy 6,0 m x 6,6 m, co daje powierzchnię całkowitą zewnętrzną obudowy biofiltra 39,6 m<sup>2</sup> (strona 381 oferty)
- biofiltr 58.2 posiada wymiary zewnętrzne obudowy 3,0 m x 10,0 m, co daje powierzchnię całkowitą zewnętrzną obudowy biofiltra 30,0 m<sup>2</sup> (strona 379 oferty)
- biofiltr 58.3 posiada wymiary zewnętrzne obudowy 3,0 m x 9,0 m, co daje powierzchnię całkowitą zewnętrzną obudowy biofiltra 27,0 m<sup>2</sup> (strona 377 oferty)

W dokumentacji projektowej Zamawiającego - Projekt Wykonawczy, Tom 43 - Sieć dezodoryzacji, F34-PW-GEN-DZ-OG-000 l\_rew. 1, na stronie 9 podane są wymagane wartości powierzchni filtrowania dla poszczególnych biofiltrów:

- biofiltr 58.1: powierzchnia filtrowania 44,0 m<sup>2</sup>
- biofiltr 58.2: powierzchnia filtrowania 34,0 m<sup>2</sup>
- biofiltr 58.3: powierzchnia filtrowania 30,0 m<sup>2</sup>

Należy podkreślić, że powierzchnia filtrowania jest powierzchnią złoża filtracyjnego i nie obejmuje w swej wartości powierzchni wynikającej z grubości ścian obudowy, co oznacza, że w celu zagwarantowania wymaganej powierzchni filtrowania, powierzchnia całkowita obudowy biofiltra musi być większa od powierzchni filtrowania.

W związku z tym, że zaoferowane biofiltry producenta Ekofinn mają mniejszą powierzchnię całkowitą obudowy biofiltra niż wymagana powierzchnia filtrowania, nie spełniają one wymogu powierzchni filtrowania, co jest jednym z ważniejszych parametrów definiujących wydajność biofiltra i efektywność oczyszczania powietrza w biofiltrze. Oznacza to, że oferta Wykonawcy IDS-BUD S.A. jest niezgodna ze specyfikacją i w związku z tym powinna zostać odrzucona.

4) Wykonawca w załączniku 11, w wierszu 15, kolumnie 10 podał wartość mocy zainstalowanej (0,45 kW) równą potrójnej mocy z kolumny 9 (0,15 kW) - strona 101 oferty. Nasuwa się wniosek, że Wykonawca zaoferował 3 systemy dozujące. Tymczasem zgodnie z SIWZ należało zaoferować 4 systemy dozujące (Projekt Wykonawczy, Tom 33, Rozdział 1).

Oznacza to, że oferta Wykonawcy IDS jest niezgodna ze specyfikacją, w związku z tym powinna zostać odrzucona

## 2. Zarzut odnośnie doświadczenia Kierownika robót sanitarnych

W pkt 9.2).II.b), IDW str. 11 Zamawiający wymagał dysponowania osobą na stanowisku Eksperta nr 3 - Kierownika robót sanitarnych. Jednym z warunków dla tego kierownika było posiadanie co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, licząc od dnia uzyskania uprawnień, na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych, w tym co najmniej przy realizacji jednej roboty obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę oczyszczalni ścieków o wartości co najmniej 30 mln PLN.

Wykonawca IDSv wskazał na to stanowisko Pana M. W., który nie posiada wymaganego okresu doświadczenia. Z wykazu osób, przedłożonego przez IDS na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wynika, że odnośnie Pana M.

W. Wykonawca IDS podał cztery inwestycje, z których jedna obejmuje pełnienie funkcji kierownika robót sanitarnych przy przebudowie ulicy, a zatem wykaz inwestycji był podawany w celu udowodnienia wymaganego 5-letniego okresu doświadczenia, a nie tylko wykazania



kierowania robotami przy budowie, przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o wartości 30 mln zł.

### 3. zarzuty złożenia oferty z rażąco niską ceną, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

W wyjaśnieniach ceny z dnia 27.03.2017 r. IDS wyjaśnił m.in. następująco: „*Kolejnym czynnikiem istotnym w relacjach z podwykonawcami jest zasada równego podziału korzyści, stosowana przez Wykonawcę, która polega na tym, że na inwestycjach, na których spółka ma zapewniony wyższy zysk, odpowiednio wyższą marżą uzyskują podwykonawcy. Sytuacja taka ma miejsce przede wszystkim w inwestycjach prywatnych, w których cena nie jest jedynym kryterium decydującym o wyborze oferty. W zamian za to, podwykonawcy współpracujący z Wykonawcą przyjmują niższe marże na projektach publicznych, gdzie słownym kryterium wyboru jest cena i gdzie panuje ostrzejsza konkurencja cenowa*”.

W sposób oczywisty stanowi to przyznanie się do zastosowania ceny rażąco niskiej oraz stosowanie dumpingu w celu eliminacji innych wykonawców z rynku. Jak stanowi art. 15 ust. 1 pkt 1) uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Skoro wykonawca IDS przyznał, że osiągnął niską cenę przez zapewnienie podwykonawcom większych zysków na kontraktach prywatnych, to oznacza, że koszt wykonania zamówienia jest rekompensowany z zysków z innych inwestycji, a zatem za zaoferowaną cenę nie da się należyście wykonać zamówienia.

Ewentualnie, Zamawiający powinien wyjaśnić ten aspekt i sprawdzić, czy marże podwykonawców w tym postępowaniu dają gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Ponadto, cena ofertowa IDS znacznie odbiega od pozostałych cen zaoferowanych w postępowaniu. Biorąc pod uwagę treść załącznika nr 11 firmy IDS - rodzaj oferowanych urządzeń, ok. 7 mln różnicy cenowej musi skutkować pogorszeniem jakości wykonania robót konstrukcyjno - budowlanych, elektrycznych oraz instalacyjnych.

### 4. zarzuty zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień ceny IDS-BUD S.A.

W dniu 25.05.2017 r. Odwołujący 2 zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie korespondencji prowadzonej między Zamawiającym a IDS. W dniu 29.05.2017 r. otrzymał m.in. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień ceny oferty IDS.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,

na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wynika, że nie spełnia ono przesłanki wykazania podjęcia przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności. W zastrzeżeniu wyjaśnień ceny przez wykonawcę IDS brak jakichkolwiek dowodów i opisanie środków podjętych w celu zachowania informacji w poufności. Oznacza to, że IDS nie wykazał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień ceny, a zatem powinny one zostać odtajnione.

Mając na uwadze powyższe, wnoszono o uwzględnienie odwołania w całości.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego zgłoszenia złożyli wykonawcy:

- 1) konsorcjum Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, Zakład Budowlany W. Z.i; po stronie Odwołującego (w dniu 5 czerwca 2017 roku);
- 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, po stronie Zamawiającego, (w dniu 5 czerwca 2017 roku);
- 3) IDS BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, po stronie Zamawiającego (w dniu 5 czerwca 2017 roku);
- 4) konsorcjum: Control Process Epc Environmental Protection Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz IST-Anlagenbau GmbH (członek konsorcjum), po stronie Zamawiającego (w dniu 5 czerwca 2017 roku).

## **sygn. akt KIO 1125/17**

W dniu 2 czerwca 2017 roku w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówieni publicznego odwołanie złożył wykonawca IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej: Odwołującym 3”.

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających w szczególności na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego-Konsorcjum: Control Process Epc Environmental Protection sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz IST- Anlagenbau GmbH z siedzibą w Neuenburg (zwanych dalej „Konsorcjum Control Process”), pomimo tego, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący 3 zarzucał naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Control Process, pomimo tego, iż treść oferty tych wykonawców nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 8 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 pkt. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r., nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia pisma Konsorcjum Control Process znak: EPC EP/141/JK/2017 złożonego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów (pismo Zamawiającego znak: MP WiK/386/2017 JRP/115/2017), pomimo iż informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Control Process nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie podlegały ujawnieniu, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania o udzielenia zamówienia publicznego;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp oraz innych przepisów ustawy Pzp, wymienionych w treści odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- odtajnienia pisma Konsorcjum Control Process znak: EPC EP/141/JK/2017 złożonego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów (pismo Zamawiającego znak: MPWiK/386/2017JRP/I 15/2017);
- odrzucenia oferty Konsorcjum Control Process jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
- wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Odwołujący 3 przekazał kopię odwołania Zamawiającemu i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Wskazano, iż Odwołujący 3 ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu, Odwołujący 3 może

ponieść szkodę, zwłaszcza w sytuacji gdyby oferta Odwołującego była kwestionowana w odwołaniu wniesionym przez innego wykonawcę. Legitymacja do wniesienia odwołania jest bowiem badana na moment rozpoznawania odwołania.

#### I. NIEZGODNOŚĆ TREŚCI OFERTY Z TREŚCIĄ SIWZ

Podniesiony w odwołaniu zarzut, iż treści oferty Konsorcjum Control Process nie odpowiada treści SIWZ obejmuje swym zakresem dwie kategorie tej niezgodności.

Pierwszy rodzaj niezgodności oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i odnosi się do sposobu wskazania przez Konsorcjum Control Process urządzeń w wykazie ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów.

Zgodnie z pkt 9.4.11.1) IDW Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą wykazu ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów, w którym należało wskazać m.in. typ/producenta ofertowanych urządzeń kluczowych oraz dane techniczne tych urządzeń. Wymagane parametry techniczne urządzeń kluczowych opisane zostały w Części III SIWZ - OPZ. Oświadczenia złożone w wykazie ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów bez wątplenia stanowią treść oferty w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych. Zamawiający wymagał bowiem od Wykonawców określonego stopnia precyzji w określeniu sposobu w jaki zamierzają oni wykonać zamówienie, pozostawiając sobie prawo kontroli na etapie oceny ofert czy zaproponowany przez danego wykonawcę sposób wykonania zamówienia jest zgodny ze dopuszczonym przez SIWZ. Taki algorytm postępowania jest często stosowany przez zamawiających, bowiem pozwala zapobiec potencjalnym sporom na etapie wykonywania zamówienia dotyczących dopuszczalności zastosowania określonego urządzenia. Zamawiający, co jest w pełni uzasadnione i zrozumiałe, chciał mieć pewność, że zaoferowane świadczenie odpowiada jego potrzebom określonym w dokumentacji przetargowej. Należało zatem wypełnić wykaz ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów wskazując konkretne urządzenia, które wykonawca zastosuje w przypadku realizacji zamówienia.

Tymczasem Konsorcjum Control Process nie podołało temu obowiązkowi, tj. nie sprecyzowało w wykazie konkretnych urządzeń, które zamierza zastosować. Konsorcjum Control Process przy każdym urządzeniu, którego typu/producenta wskazało dopisek „lub równoważne”. Taka metoda wypełnienia wykazu ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów jest w sposób oczywisty niezgodna z wymaganiami SIWZ. Wykonawca przez zamieszczenie przy każdym urządzeniu dopisku „lub równoważny” nie skonkretyzował przedmiotu świadczenia w stopniu wymaganym przez Zamawiającego i wyraźnie określonym w SIWZ. Takie bowiem określenie powoduje, że katalog urządzeń zaproponowanych w ramach danej pozycji jest nieidentyfikowalny, a z całą pewnością zawiera propozycję więcej niż jednego urządzenia, podczas gdy Wykonawca zobowiązany był wskazać

w odniesieniu do jednej pozycji jedno konkretne urządzenie. Oznacza to w istocie że wykonawca pozostawił sobie niedopuszczalną dowolność co do urządzeń, które zastosuje na etapie realizacji. Jako że zobowiązanie w zakresie zaproponowanych urządzeń kluczowych w ogóle nie zostało w ofercie sprecyzowane, to nie mogłoby być przedmiotem konkretnych wymagań na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający został również pozbawiony możliwości oceny zgodności treści oferty w tym zakresie z postanowieniami SIWZ.

Na marginesie, Konsorcjum Control Process było wzywane do wyjaśnień właśnie w odniesieniu do takiego sposobu wypełnienia wykazu (vide Uwaga ogólna w pkt 1 pisma Zamawiającego znak: MPWiK/386/2017JRP/115/2017).

Z uwagi na kwestionowane w ramach odwołania zaniechanie odtajnienia odpowiedzi Konsorcjum Control Process (pismo znak: EPC EP/141/JK/2017) Odwołujący nie miał dostępu do treści tych wyjaśnień. Jednakowoż, wedle oceny Odwołującego sposób wypełnienia wykazu ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów przez Konsorcjum Control Process stanowi nieusuwalną wadliwość oferty, która - niezależnie od treści wyjaśnień Konsorcjum Control Process - nie może być usanowana. Takie opisanie przedmiotu oferowanego świadczenia przesądza o nieprawidłowości oferty i stanowi wystarczającą podstawę do jej odrzucenia, jako niezgodnej z treścią SIWZ - bez możliwości dalszych dociekań lub wyjaśnień.

Drugi rodzaj niezgodności oferty Konsorcjum Control Process z SIWZ polega na zaoferowaniu urządzeń wprost niezgodnych z wymaganiami dokumentacji przetargowej. Dotyczy on przenośników zaoferowanych w wykazie ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów w pkt 13 System transportu osadu odwodnionego w obiekcie suszami słonecznej.

W pkt 13 wykazu ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów w ramach systemu transportu osadu odwodnionego w obiekcie suszami słonecznej Konsorcjum Control Process zaoferowało sześć urządzeń, tj. przenośników spiralnych bezwałowych PSP U320 produkowanych przez PWP Katowice sp. z o.o. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ SST-01 pkt 2.2.18.2 (str. 130 - 138) wymagana średnica spirali każdego z sześciu przenośników spiralnych winna wynosić 280mm. Tymczasem każde z sześciu urządzeń zaoferowanych przez Konsorcjum Control Process ma średnicę spirali równą 285mm. Oświadczenia zawarte w wykazie ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów, wskazujące na większą od dopuszczonej średnicy spirali, znajdują potwierdzenie w przedłożonych wraz z ofertą dokumentach producenta PWP Katowice Sp. z o.o. (str. 407 - 414 oferty Konsorcjum Control Process), który w specyfikacji technicznej również jako średnicę spirali podaje 285mm.

Urządzenia te nie spełniają również wymagań SIWZ w zakresie mocy znamionowej. Zgodnie z SIWZ SST-01 pkt 2.2.18.2 dla pozycji 2.1, 2.3, 2.4, wymagana moc znamionowa wynosiła 9,2kW podczas gdy Control Process zaoferoowało urządzenia o mocy 7,5kW. Zgodnie z SIWZ SST-01 pkt 2.2.18.2 dla pozycji 2.2, wymagana moc znamionowa wynosiła 3,0kW podczas gdy Control Process zaoferoowało urządzenia o innej mocy - wedle oświadczenia w wykazie ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów 8,98kW, a wedle przedłożonych wraz z ofertą dokumentów producenta PWP Katowice sp. z o.o. (str. 409 oferty Konsorcjum Control Process) - 2,2kW. Powyższe prowadzi do konkluzji, że Konsorcjum Control Process zaoferoowało urządzenia niezgodne z SIWZ, co winno skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez ten podmiot.

W świetle powyższych argumentów Zamawiający dopuścił się również naruszenia zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ potraktował ofertę Konsorcjum Control Process w sposób uprzywilejowany, nie egzekwując wobec niej wymagań, które sam postawił w SIWZ.

## II. ZANIECHANIE ODTAJNIENIA WYJAŚNIEŃ I UZUPEŁNIEŃ KONSORCJUM CONTROL PROCESS

W opinii Odwołującego 3 brak odtajnienia pisma Konsorcjum Control Process znak: EPC EP/141/JK/2017 złożonego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Zakres wyjaśnień, do udzielenia których wezwane było Konsorcjum Control Process można wywieść z udostępnionego Odwołującemu pisma Zamawiającego znak: MPWiK/386/2017JRP/115/2017. Dokonana na podstawie zakresu wezwania Zamawiającego ocena zakresu wyjaśnień udzielanych przez Konsorcjum Control Process nakazuje uznać, iż informacje przekazane w ramach tych wyjaśnień nie mogą spełniać przesłanek warunkujących uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co więcej, przepis art. 8 ust. 3 Pzp stawia wykonawcy wymóg każdorazowego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, a wręcz wykazania (dowiedzenia), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w piśmie znak: EPC EP/141/JK/2017 wskazuje, że Konsorcjum Control Process tego ciężaru nie udźwignęło. Uzasadnienie to ma charakter lapidarny, przez co bardzo ogólny i stanowi jedynie zbiór subiektywnych twierdzeń, nie popartych żadnymi obiektywnymi dowodami, które mogłyby przemawiać za zasadnością uznania przekazywanych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej nie spełniają przesłanki z art. 8 ust. 3 Pzp ogólne wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że

zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd.

W tym kontekście zwraca uwagę niekonsekwencja Zamawiającego. Należy przypomnieć, że Konsorcjum Control Process również w momencie składania oferty zastrzegło poufność części tej oferty, w tym wykaz ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów. Na etapie oceny ofert Zamawiający podjął decyzję o udostępnieniu do publicznej wiadomości oferty Konsorcjum Control Process, w tym wykazu ofertowanych kluczowych urządzeń/materiałów. Zamawiający w piśmie poprzedzającym odtajnienie, stwierdził że *„zakaz ujawniania zastrzeżonych informacji jako rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ma zastosowania w niniejszym postępowaniu i nie przypisuje im walurowi tajemnicy, zatem informacje takie mogą zostać ujawnione do publicznej wiadomości”*. Zamawiający ocenił również przedstawione przez Konsorcjum Control Process wraz z ofertą uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako nie spełniające wymogów art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oznacza to, iż Zamawiający zatem najpierw uznał, że zakres informacji przedkładanych w ramach ofert nie ma może w ogóle mieć cech tajemnicy przedsiębiorstwa, a następnie przyznał takie cechy wyjaśnieniom treści oferty, które przecież w wyniku ograniczeń ustawowych nie mogą modyfikować treści oferty ani jej uzupełniać. Zasady logiki wskazują, że skoro Zamawiający wcześniej słusznie ocenił że zakres informacji objętych treścią oferty Konsorcjum Control Process nie może w ogóle stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, to takiej samej oceny winien dokonać w odniesieniu do wyjaśnień treści tejże oferty. Brak konsekwencji Zamawiającego wyraża się również tym, iż uznał za niewystarczające zastrzeżenie poufności treści oferty dokonane przez Konsorcjum Control Process na etapie składania oferty, natomiast takich obiekty nie podniósł w odniesieniu do zastrzeżenia poufności treści wyjaśnień Konsorcjum, które w istocie stanowiły jedynie skromny wyciąg uzasadnienia składanego wraz z ofertą i jako takie nie wskazywały żadnych nowych okoliczności pozwalających uznać, iż tym razem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest uprawnione.

W związku z powyższym złożenie odwołania jest, zdaniem Odwołującego 3 konieczne i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego zgłoszenia złożyli wykonawcy:

- 1) konsorcjum Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, Zakład Budowlany W. Z.i; po stronie Odwołującego (w dniu 5 czerwca 2017 roku);
- 2) konsorcjum: Control Process Epc Environmental Protection Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz IST-Anlagenbau GmbH (członek konsorcjum), po stronie Zamawiającego (w dniu 5 czerwca 2017 roku).

## **sygn. akt KIO 1129/17**

W dniu 2 czerwca 2017 roku w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum:

- [1] Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie
- [2] IST-Anlagenbau GmbH z siedzibą w Neuenburg, (dalej: „Odwołujący 4”),

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Ustawy Pzp.

Odwołanie wniesiono z zachowaniem ustawowego terminu, kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu, Odwołujący 4 uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołanie wniesiono na następujące czynności oraz zaniechania Zamawiającego:

1. wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę IDS;
2. zaniechanie odrzucenia, oferty wykonawcy IDS jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
- 3: zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
4. zaniechanie wezwania wykonawcy IDS do uzupełnienia oferty poprzez wskazanie w odniesieniu do przewracarki Huber Solstice SRT 11 trzech lokalizacji, w których oferowane urządzenie jest eksploatowane przez min. 3 lata;
5. zaniechanie wezwania wykonawcy Inżynieria S.A. do uzupełnienia oferty poprzez wskazanie w odniesieniu do przewracarki Huber Solstice SRT 11 trzech lokalizacji, w których oferowane urządzenie jest eksploatowane przez min. 3 lata;
6. zaniechanie wykluczenia wykonawcy IDS z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, względnie zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia oferty.

Odwołujący 4 wskazywał na naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 3 Pzp w ten sposób, iż dokonany został wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami Pzp,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w ten sposób, iż nie zostały odrzucone oferty wykonawców IDS oraz Inżynieria Rzeszów pomimo tego, iż ich. treść nie odpowiada treści SIWZ;
3. art. 26 ust. 3. Pzp w ten sposób, iż Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców IDS oraz Inżynieria Rzeszów do uzupełnienia oferty w zakresie potwierdzającym, że



oferowana przewracarka osadu spełnia warunek weryfikacji podczas eksploatacji w trzech wskazanych przez tych wykonawców lokalizacjach,

4. art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp w ten sposób, iż Zamawiający nie wykluczył IDS z postępowania, mimo tego, iż. Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do eksperta nr 3 - Kierownika robót sanitarnych względnie art. 26 ust.3Pzp w ten sposób, iż Zamawiający zaniechał wezwania IDS do uzupełnienia oferty poprzez wskazanie na stanowisko eksperta nr 3 - Kierownika robót sanitarnych, osoby spełniającej warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący 4 wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odrzucenie oferty wykonawcy IDS;
3. odrzucenie oferty wykonawcy Inżynieria Rzeszów,
4. względnie nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy IDS oraz Inżynieria Rzeszów do uzupełnienia oferty poprzez wskazanie trzech lokalizacji, w jakich oferowana przewracarka osadu działa w warunkach produkcyjnych przez okres minimum trzech lat,
5. przeprowadzenie ponownej oceny ofert i dokonanie, ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący 4 zaznaczył, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów ustawy. Odwołujący 4 złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę i jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, jednak z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów nie może swojego interesu zrealizować. Odwołujący 4 może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wówczas zarówno oferta wykonawcy IDS jak i oferta wykonawcy Inżynieria zostałyby odrzucone, a tym samym, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez czynności i zaniechania Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

I. Warunki i wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ

#### Przewracarka osadu.

Pismem z dnia 10.01.2017r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ. Zmianie uległ m.in. dokument „Opis przedmiotu zamówienia - SST 01.Technologia (F934-PW-SST-01-TG-OG- 0002\_Rew\_2)”, Zgodnie z dokonaną, zmianą w części odnoszącej się do wyposażenia suszarni opis ogólny, Zamawiający w odniesieniu do przewracarki wymagał:

*„Przewracarka standardowo wyposażona jest w system napędowy umożliwiający niezależną i płynną regulację jej prędkości roboczej, Konstrukcja przewracarki ma umożliwiać przewracanie warstwy osadów o grubości do 40 cm.”*

Zgodnie z częścią I SIWZ „Instrukcja dla wykonawców” Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wykazu oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów zgodnie ze wzorem przygotowanym przez Zamawiającego (załącznik nr 11 do części I SIWZ). Pozycja jedenasta tego załącznika dotyczy przewracarki osadu w suszarni słonecznej.

#### Suszarnia osadu

W pkt 4.18.5 „Końcowe zagospodarowanie osadów wysuszonych” znajdującym się w projekcie budowlanym (Tom II Projekt Architektoniczno-Budowlany, Rozdział 1 Technologia, dokument nr F934-PB-PAB-GEN-TG-OG-1001) Zamawiający przedstawił następujący opis:

*„Obecnie na oczyszczalni osad przefermentowany, odwodniony i higienizowany wapnem jest odbierany przez firmę zewnętrzną, która wykorzystuje go rolniczo lub odwozi na składowisko odpadów. W okresie zimowym (4-5 miesięcy) osad składowany jest na nieczynnych poletkach osadowych, które, pełnią funkcję placu składowania osadów.*

*Składowanie osadu odbywa się na podstawie Decyzji Starosty Bocheńskiego z dnia 10.06.2011r., w której udzielono MPWiK zgody m.in. na wytwarzanie ustabilizowanych odpadów ściekowych i ich magazynowanie na dwóch placach .składowych o wymiarach 80 x 20 m i 30 x 20 m (część poletek osadowych). Odpady, na terenie zakładu mogą być gromadzone do czasu zebrania ilości uzasadniającej transport.*

*Przy takim sposobie zagospodarowanie osadów nie można zagwarantować, że emisja odorów z placu nie przekroczy granic działki oczyszczalni - zwłaszcza w okresach dodatnich temperatur.*

*Z drugiej strony od stycznia 2016 roku zgodnie z Dyrektywą 91/271/EWG wprowadzono zakaz składowania osadów zawierających substancje organicznego (o ciepłe spalania powyżej 6 MJ/kg) na składowiskach innych niż składowiska odpadów, niebezpiecznych (Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 8 stycznia ,2013. r.) oraz wprowadzono ograniczenia w stosowaniu osadów ściekowych w okresie zimowym na gruntach, zamrzniętych i przykrytych śniegiem.*

*Powyżej zakreślona sytuacja prawna sprawia, że, konieczne, jest suszenie osadów z przetrzymaniem w okresie zimy i następnie termiczne przekształcenie w spalarniach komunalnych, współspalanie w cementowniach lub rolnicze wykorzystanie.”*

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, że:

- suszarnia musi umożliwiać przetrzymanie osadów w okresie zimy eliminując, problem odorów;

■ zaprojektowane rozwiązanie musi umożliwiać odbiór osadu wysuszonego zarówno autocysterną do cementowni jak i przy pomocy kontenerów do spalarni komunalnych i do rolniczego wykorzystania.

Wymogi dotyczące suszarni słonecznej osadu oraz cele założone przez Zamawiającego zostały również opisane w projekcie wykonawczym, Tom 2 Opis techniczny technologii [nr dokumentu F934-PW-GEN-TG-OG-0001\_rew.I], str. 74-84.

W odpowiedzi na pytanie nr 25, pismem z dnia 30.01.2017r., Zamawiający potwierdził, że osady mają być na bieżąco wprowadzane do suszarni przez cały rok (zwłaszcza zimą). Na pytanie, czy warunkiem uznania przewracarek za równoważne i zgodne z SIWZ jest spełnienie wymogu bieżącego przyjmowania osadów oraz zachowanie odpowiedniej pojemności modułów suszarniczych, Zamawiający potwierdził, iż warunkiem tym jest spełnienie wszystkich wymogów SIWZ. A zatem także zachowanie, odpowiedniej pojemności modułów suszarniczych.

#### Wysokość cokołów, po których ma poruszać się przewracarka

Zamawiający w projekcie wykonawczym dla obiektu nr 55.0 Suszarnia słoneczna osadu zawarł rzuty i przekroje (dokument nr F934-PW-55-Q-TG-RS-003), z których wynika, iż oferowana przewracarka ma poruszać się po cokołach o wysokości 85 cm.

#### Zakaz oferowania urządzeń niesprawdzonych

W punkcie 9 ppkt 11 SIWZ, zgodnie z treścią ukształtowaną odpowiedzią z dnia 01.02.2017r., na pytanie nr 29, Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

*„Oferowane urządzenia nie mogą być urządzeniami testowymi ani prototypowymi. W celu wykazania, że oferowane urządzenie nie jest prototypem tj. jest sprawdzone w działaniu, pracuje na innych zrealizowanych obiektach, przez okres nie krótszy niż trzy lata od dnia wydania świadectwa przejęcia, do dnia złożenia oferty, Wykonawca wskaże w wykazie; o którym mowa w pkt 11.1 powyżej - co najmniej trzy lokalizacje, w której dane urządzenie zostało sprawdzone w działaniu. W razie wątpliwości Zamawiającego co do faktycznego funkcjonowania danego urządzenia we wskazanej lokalizacji, Zamawiający będzie uprawniony do zwrócenia się do podmiotu obsługującego dany obiekt o potwierdzenie cech i okresu pracy urządzenia we wskazanej lokalizacji.”*

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia - OST 00 ;Ogólna Specyfikacja Techniczna [F934-PW-OST-00-WB-OG-0001\_Rew\_2) - strona 48, Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

*„Nie dopuszcza się stosowania urządzeń prototypowych, niesprawdzonych w poprawnej eksploatacji. W celu uzyskania akceptacji wniosku materiałowego oprócz dokumentów potwierdzających zgodność urządzenia z wymogami specyfikacji należy załączyć referencje w formie listów referencyjnych od użytkowników, z co najmniej trzech lokalizacji*

*potwierdzających, że oferowane urządzenie spełniające wymogi specyfikacji pracuje poprawnie, przez co najmniej trzy lata na komunalnej oczyszczalni ścieków, a usuwane części pływające odprowadzane są do węzła przeróbki osadowej."*

#### Sprężarka powietrza

W opisie przedmiotu zamówienia - SST 01 Technologia w pkt 2,2.2.1 Instalacja do odwadniania osadów z. dwiema prasami taśmowymi, na str. 43 - Zamawiający zawarł wymagania odnośnie, sprężarki powietrza (poz. 1.6.), żądając, by pojemność jej zbiornika ciśnieniowego wynosiła 100L.

#### Biofiltr

W opisie przedmiotu zamówienia - SST 09 sieć dezodoryzacji, w Projekcie. Budowlanym, Projekcie Wykonawczym, oraz innych fragmentach dokumentacji, Zamawiający wymagał realizacji biofiltrów (58.1,58.2, 58.3). Z treści OPZ wynika wymaganie Zamawiającego, aby jeden z tych biofiltrów - biofiltr 58.3 posiadał stację dozowania ługu sodowego.

## II. Niezgodność ofert wykonawców IDS oraz Inżynieria z treścią SIWZ - przewracarka osadu

W ofercie IDS, w wykazie kluczowych urządzeń/materiałów w poz. 11 dotyczącej przewracarki wskazana została przewracarka osadu Solstice SRT11 produkowana przez Huber SE.

Identyczna przewracarka wskazana została w wykazie kluczowych urządzeń/materiałów złożonym w ofercie Inżynierii.

Zaoferowana przez obu wykonawców przewracarka osadu Solstice SRT 11 produkowana przez Huber SE nie spełnia wymogu posiadania konstrukcji umożliwiającej przewracanie warstwy osadów o grubości do 40 cm, a tym samym nie odpowiada treści SIWZ w brzmieniu ustalonym modyfikacją z dnia 10.01.2017r.

Technologia suszenia osadów HUBER oraz przewracarki tej firmy opierają się na suszeniu osadów w cienkiej warstwie, tj. w warstwie o grubości do max. 30 cm. Przewracarki HÜBER we wszystkich suszarniach słonecznych zrealizowanych w Polsce i za granicą poruszają się po cokołach o wysokości 30 cm, co w sposób jednoznaczny wyklucza nie tylko możliwość gromadzenia osadów w suszarni w warstwie grubszej niż 30 cm, ale także dowodzi, iż konstrukcja tych urządzeń nie jest przystosowaną do przewracania grubszych warstw.

Również w przedmiotowym postępowaniu, pomimo określenia przez Zamawiającego na rysunku w projekcie wykonawczym dla suszarni słonecznej osadu, że cokoły po których ma poruszać się przewracarka mają mieć wysokość 85 cm, wykonawcy IDS oraz Inżynieria złożyli wyjaśnienia, z których wynika, iż cokoły będą miały wysokość 30 cm. Mając na

uwadze charakterystykę pracy i parametry urządzenia Solstice SRT 11, przy umieszczeniu tej przewracarki .na cokołach o podanej przez obu wykonawców wysokości, nie jest możliwe przewracanie osadu o grubości 40 cm.

Tym samym warunek SIWZ, wymagający by urządzenia te były przystosowane do przewracania osadów w warstwie do 40 cm nie jest spełniony. Warunek ten jest szczególnie istotny z uwagi na fakt, iż suszarnia oprócz suszenia osadów ma zgodnie z dokumentacją projektową, pełnić funkcję magazynu osadów w miejsce likwidowanych odkrytych magazynów, które są do tej pory źródłem uciążliwych odorów i co stanowi zapewne jedną z istotnych przesłanek do budowy nowej suszarni.

Zaoferowanie przewracarki produkowanej przez HUBER doprowadzi do zmniejszenia pojemności magazynowej suszarni, albowiem cieńszą będzie warstwa magazynowanych w suszarni i przewracanych przez przewracarki osadów, jak i mniejsza powierzchnia użytkowa, na której mogą być w suszarni rozkładane i przewracane (tzw. czynna powierzchnia suszenia).

#### Czynna powierzchnia suszenia

W związku ze zmianą pokrycia hal suszarniczych z poliwęglanu na szkło, która została zakomunikowana w piśmie z dnia 10.01.2017r., Zamawiający zażądał koniecznej zmiany w projekcie wykonawczym, polegającej na ponownym przeliczeniu konstrukcji suszarni odpowiednio do zastosowanego materiału, a także dopuścił podział otwieranych okien dachowych na sekcje.

Do zadań wykonawcy ma zatem należeć wykonanie projektu konstrukcji oraz pokrycia hal suszarni słonecznej [odpowiedź napytanie 21 z dnia 25 stycznia 2017].

Poza tymi wyjątkami zarówno projekt budowlany, jak i projekt wykonawczy w odniesieniu do suszarni słonecznych obowiązują bez zmian i stanowią podstawowe kryterium uznania zgodności zaoferowanych przez wykonawców urządzeń z SIWZ. Tym samym dostarczane, jako wyposażenie suszarni słonecznych, przewracarki winne odpowiadać dokumentacji projektowej w pozostałym zakresie, w tym zostać dostosowane do zaprojektowanych fundamentów oraz cokołów, które definiują szerokość czynnej powierzchni suszenia każdej hali suszarniczej, co ma obok grubości złoża osadów, decydujący wpływ na pojemność magazynową suszarni.

Zgodnie z rysunkiem F934-PW-55.0-TG-RS-0003 odległość między wewnętrznymi ścianami cokołów każdej hali suszarniczej wynosi 11,3 m i do tego, wymiaru winna być dostosowana konstrukcja zaoferowanych przewracarek. Dla suszarni wyposażonych w przewracarki Huber w wersji SRT11, wymiar ten wynosi 11,0 m.

Zawężenie obszaru suszenia każdej z sekcji o 0,3 m na całej długości 134 m spowoduje niekorzystne dla Zamawiającego zmniejszenie powierzchni wewnętrznej suszarni

o 241 m<sup>2</sup>, w tym po uwzględnieniu części obsługowej o ok. 230 m<sup>2</sup>. Dla grubości warstwy osadów w wysokości max. 40 cm odpowiada to pojemności magazynowej suszarni równej 92 m<sup>3</sup>.

### III. Niezgodność ofert wykonawców IDS oraz Inżynieria z treścią SIWZ - wysokość cokołów

Oferta wykonawców IDS oraz Inżynieria jest niezgodna z wymogiem osadzenia przewracarki na cokołach o wysokości 85 cm. Wymóg taki wynika bezpośrednio z dokumentu przywołanego w I części uzasadnienia odwołania.

Natomiast w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień:

- wykonawca IDS w piśmie z dnia 27.03.2017 oświadczył, iż zamierza umieścić przewracarkę na cokole o wysokości 30 cm;
- wykonawca Inżynieria w piśmie z dnia 28.03.2017 oświadczył, iż zamierza umieścić przewracarkę na cokole o wysokości 30 cm.

Powyższe informacje wprost wskazują na niezgodność oferty tych wykonawców z powyższym wymogiem odnoszącym się do cokołów.

Dodatkowo wskazać należy iż w piśmie IDS pojawiło się stwierdzenie, iż część zamówienia tj. budowa słonecznej suszarni osadów została przewidziana w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Odwołujący 4 podnosi, iż nie znajduje żadnego uzasadnienia dla takiego przekonania wykonawcy IDS. Nic podobnego nie wynika z dokumentacji przetargowej, a zatem każdy z wykonawców miał obowiązek uwzględnić wszystkie postanowienia SIWZ w swojej ofercie. W przypadku dokonywania zmian w SIWZ Zamawiający wprowadzał je w stosownej, przewidzianej przepisami Pzp formule, jak np. w odniesieniu do pokrycia dachu, ścian bocznych i ścian szczytowych, w przypadku których materiał został zmieniony na szkło hartowane o grubości 4 mm i w takim zakresie Zamawiający dopuszczał zmiany projektowe, aby konstrukcja wytrzymała zwiększone obciążenia (modyfikacja SIWZ z dn. 10.01.2017). W żadnym natomiast miejscu SIWZ, czy też w pytaniach i odpowiedziach nie została dopuszczona zmiana w zakresie wysokości cokołów, po których ma się poruszać przewracarka.

W celu ewentualnego dostosowania konstrukcji przewracarek HUBER do treści SIWZ konieczne byłoby:

- podniesienie cokołów, po których porusza się przewracarka po wyżej 40 cm, tak by osady gromadzone w suszarni pomiędzy tymi cokołami mogły być układane w warstwę o żądanej przez Zamawiającego grubości, a przewracane nie przesypywały się poza obszar suszenia i nie zanieczyszczały cokołów, przy jednoczesnej zmianie konstrukcji przewracarek (zmiana gabarytów, zmiana konstrukcji poszczególnych elementów przewracarki) do, zmienionej wysokości cokołów;

- dokonanie zmiany systemów napędowych i wydatnego zwiększenia mocy silników, które umożliwią pokonanie oporów dwa razy grubszej warstwy mazistych osadów;
- dokonanie zmiany konstrukcji przewracarek, która będzie umożliwiać realizację funkcji recyrkulacji suszu polegającej na nabieraniu wysuszonych osadów i przewożeniu ich ponad grubszą warstwę suszonego złoża (40 cm zamiast 30 cm); wyżej opisany sposób recyrkulacji jest wymagany zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 22 z dnia 25.01.2017.

Mając zatem na uwadze zakaz oferowania urządzeń nie sprawdzonych w eksploatacji nie jest akceptowalne przyjęcie ewentualnej argumentacji wykonawców IDS oraz Inżynierii, że zaoferowana przewracarka zostanie dostosowana do wymagań SIWZ i wyprodukowana specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania.

Po pierwsze nic takiego nie wynika z wykazu kluczowych urządzeń/materiałów, w którym wskazany został typowy produkt HUBER to jest przewracarką Soistice SRT11 bez żadnej wzmianki o potencjalnej modyfikacji. Poza tym w swoich wyjaśnieniach obaj wykonawcy wskazali, iż przewracarka będzie poruszała się po cokołach o wysokości 30 cm. A poza tym modyfikacje jakie trzeba byłoby wprowadzić do oferowanej przewracarki, wskazane powyżej, są istotnymi zmianami w konstrukcji urządzeń, które stoją w sprzeczności z warunkiem postawionym przez Zamawiającego, iż nie dopuszczalne jest stosowanie urządzeń niesprawdzonych w poprawnej eksploatacji.

Moc znamionowa pojedynczej przewracarki Huber (dotyczy każdej użytkowanej w Polsce) wynosi 7,0 kW. Moc znamionowa przewracarek dopuszczalna przez Zamawiającego to zgodnie z SIWZ max. 15,0 kW. Dla grubości warstwy przewracanych osadów 40 cm, stosunek mocy do grubości złoża, zapewniający jego przewrócenie w całym przekroju wynosi wg SIWZ oraz oferty Odwołującego 0,375 kW/cm. Dla przewracarek Huber w wykonaniu znanym ze zrealizowanych już w Polsce suszarni, tj. odpowiednio dla 7,0 kW i 20 cm kształtuje się na technicznie porównywalnym poziomie i wynosi 0,35 kW/cm. Wynika z tego wniosek, że przystosowanie przewracarek Huber do przewracania osadów w warstwie dwukrotnie grubszej (40 cm zamiast 20-25 cm) musi pociągnąć za sobą konieczność zmiany nie tylko wymiarów gabarytowych ich elementów konstrukcyjnych (w szczególności bębna), ale także całego układu napędowego, a to będzie czynić zaoferowane dla suszarni w Bochni rozwiązanie całkowicie niesprawdzonym w praktyce eksploatacyjnej.

Analizując kwestię konstrukcji przewracarek, grubości warstwy przewracanych osadów i wysokości cokołów, stanowiących tory, po których porusza się urządzenie, należy zwrócić uwagę, iż w interesie Zamawiającego jest, by odległość między górną powierzchnią rozgarnianych lub przewracanych osadów, a górną krawędzią cokołów była jak największa (tak jak to przyjęto w projekcie budowlanym oraz projekcie wykonawczym) po to, by chronić

je przed zabrudzeniem i uniemożliwieniem jazdy przewracarki. Im warstwa suszonych i przewracanych osadów leży wyżej i bliżej górnej krawędzi cokołów i im cokoły są niższe, tym trudniej utrzymać ich czystość. Odwołujący 4 załączył do odwołania zdjęcie z jednej z suszarni wyposażonych w przewracarki Huber o cokołach o wysokości 30 cm.

Analiza zdjęć wskazuje, że osadzenie tych przewracarek na cokołach odpowiednio wyższych, tj. umożliwiających zgromadzenie i przewracanie osadów w warstwie o grubości do 40 cm (uwaga: na wszystkich publicznie dostępnych zdjęciach przewracarek Huber, przewracana warstwa osadów nie ma więcej niż 10 cm), musi iść w parze ze zmianą średnicy ich bębna. W przeciwnym razie łopaty przewracarki nie będą sięgały podłogi i nie zagwarantują przewracania osadów w całym przekroju, co jest warunkiem koniecznym do ich prawidłowego suszenia.

#### Brak wykazania przez wykonawców IDS oraz Inżynieria, że oferowane urządzenia są zgodne z wymaganiami Zamawiającego

Na podstawie publicznie dostępnych informacji stwierdzić należy, że we wszystkich suszarniach słonecznych wyposażonych w przewracarki Huber oddanych do eksploatacji w Polsce i za granicą, a także w ogrzewanych suszarniach hybrydowych, niezmiennie stosowane jest tzw. suszenie cienkowarstwowe w warstwach do-max. 30 cm, a wysokość cokołów, po których poruszają się te urządzenia to 30 cm. Do obiektów tych należą wszystkie obiekty referencyjne firmy Huber w Polsce eksploatowane na oczyszczalniach ścieków w Żaganiu, Antoniowie, Końskich (O.Ś. Kornica), Żarowie, Brodnicy, Opocznie, Łomiankach) Busku.

Mając powyższe na uwadze, wskazać należy, iż gdyby wykonawcy IDS oraz Inżynieria argumentowali, iż oferowaną przewracarką zostanie konstrukcyjnie dostosowana do wymogów SIWZ, to na przeszkodzie takiej argumentacji, oprócz tego co zostało wskazane powyżej, stoi również wymóg wskazania przez wykonawców trzech lokalizacji, w których oferowane urządzenia są eksploatowane. W żadnej z lokalizacji wskazanych przez IDS i Inżynierię przewracarki Huber nie pracują w takich warunkach i przy takich obciążeniach jakie są zakładane w przedmiotowym zamówieniu, w szczególności przewracarki w Żaganiu i Antoniowie nie są konstrukcyjnie przystosowanego przewracania osadów w warstwie o grubości do 40 cm. Są to przewracarki przeznaczone do suszenia i przewracania osadów w tzw. cienkiej warstwie.

#### Żagań

Suszarnia słoneczna w Żaganiu realizowana w procedurze tzw. czerwonej książki FIDIC została pierwotnie zaprojektowana do suszenia osadów w warstwie o grubości do 40 cm. Wysokość cokołów, po których miały się poruszać przewracarki wynosiła wg pierwotnego projektu 85 cm, szerokość czynna powierzchni suszenia (odległość między wewnętrznymi



ścianami cokołów 11,3 m, minimalna wymagana przez Zamawiającego gwarantowana zawartość suchej masy w wygarnianym suszu: 60 %.

Wybrany Wykonawca - Zakład Budowlany W. Zi Ława - złożył ofertę opartą na przewracarkach Huber jako urządzeniach równoważnych do zaprojektowanych. W złożonej ofercie zadeklarował:

szerokość powierzchni suszenia hal 1,2,3	11 m
powierzchnia suszenia	2 x 1320 m <sup>2</sup> +1 x 1221 m <sup>2</sup> = 3.861 m <sup>2</sup>
zawartość suchej masy w osadzie wysuszonym	ok. 60 % (wartość średnia]
wysokość cokołów wg załączonej do oferty DTR	300 mm

W trakcie realizacji zamówienia zmieniono w stosunku do dokumentacji projektowej:

- obniżono wysokość cokołów z 85 cm na 30 cm,
- zmniejszono czynną szerokość obszaru suszenia każdej z 3 hal z 11,3 m na 11,0 m.

Skutkiem powyższych zmian projektowych jest w przypadku suszarni w Żaganiu znaczące zmniejszenie pojemności magazynowej suszarni i jej zdolności do bieżącego przyjmowania odwodnionych osadów w zimie. Autor dokumentacji projektowej, a następnie zmian wprowadzonych w trakcie realizacji zamówienia - R. S. - opisał efekty zmian w sposób następujący:

- łączna czynna powierzchnia suszenia: 3;718 m<sup>2</sup> (wg projektu; 3.819 m<sup>2</sup>, wg oferty wykonawcy: 3861 m<sup>2</sup>);
- rozkład suchej masy osadów wygarnianych z suszarni w poszczególnych miesiącach: 27,3 (XII) - 93-94,5 5 (V-VIII);
- susz z 6-m-cy nie osiąga wymaganego w SIWZ min. 60 % suchej masy.

W efekcie zmniejszono pojemność magazynową suszarni i jej zdolność do bieżącego przyjmowania odwodnionych osadów i ich przetrzymania wewnątrz hal dostatecznie długo by osiągnęły wymaganą minimalną zawartość suchej masy w produkcie suszenia (60% s.m.) i zagwarantowały jego możliwie jednorodne własności. „Suszu” wygarniany z suszarni w Żaganiu o rozpiętości suchej masy od 27% do 95% jest bardzo niejednorodny: od postaci mazistej i błotnistej (niewiele różniącej się od osadów mokrych) o 27 - 33% s.m. do twardego i pyłącego granulatu o 90-95% s.m. Takie własności suszu wydają się przekreślać znalezienie odbiorców do utylizacji termicznej Suszu z suszarni słonecznej: (np. wytwórców paliw alternatywnych lub cementowni), a nawet do ich przyrodniczego wykorzystania.

W przypadku suszarni będącej przedmiotem postępowania, w odpowiedzi na pytanie 25 z dnia 30.01.2017 Zamawiający potwierdził, że:

- osady mają być przez cały rok (zwłaszcza zimą) od razu na bieżąco wprowadzane do suszarni,

- suszarnia ma przyjmować osady na bieżąco przez cały rok i mieć odpowiednią pojemność magazynową poszczególnych modułów suszarniczych,
- susz wygarniany z suszarni słonecznej ma osiągać min. 80% <sm. jako średnią, ważoną.

Mając na uwadze wszystkie wymagania Zamawiającego postawione w postępowaniu, należy stwierdzić, iż oferowana przez IDS oraz Inżynierię przewracarka nie odpowiada treści SIWZ. Przewracarka HUBER Solstice SRT 11 działająca m.in. w Żaganiu nie odpowiada konstrukcyjnie oraz funkcjonalnie przewracarce jaka powinna być zaoferowana Zamawiającemu..

#### Ozimek

Suszarnia w Antoniowie k. Ozimka jest kolejnym przykładem suszarni wybudowanej w oparciu, o przewracarkę Huber Solstice 11, która suszy osady wyłącznie w cienkiej warstwie. Suszarnia w Antoniowie była obiektem, który od jej uruchomienia wywoływał liczne protesty mieszkańców z uwagi na towarzyszące suszeniu odory. Decyzją Burmistrza Ozimka jest ona wyłączona z eksploatacji w okresie od jesieni do wiosny - tj. w zimie w ogóle nie spełnia funkcji magazynowej mokrych osadów przewidzianej m.in. dla suszarni w Bochni. Osady w Ozimku są zimą wywożone z oczyszczalni bez suszenia.

#### IV. Brak wymaganego doświadczenia w odniesieniu do osoby Kierownika robót sanitarnych

Zamawiający w pkt 9ppkt 2. II b) IDW str. II Instrukcji dla Wykonawców (IDW) nr opracowania: F934-PV\MDW-01-WB-OG-0001 wymagał dysponowania osobą na stanowisku „Ekspert nr 3 - Kierownik Robót Sanitarnych”. Wśród wymogów dla tego kierownika Zamawiający zawarł informację, iż musi on posiadać co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego, licząc od dnia uzyskania uprawnień, na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót-sanitarnych, w tym co najmniej przy realizacji jednej roboty obejmującej budowę; przebudowę lub rozbudowę oczyszczalni ścieków o wartości co najmniej 30 mln PLN.

Wykonawca IDS w dokumencie JEDZ wskazał na stanowisko Kierownika robót sanitarnych Pana M. W. (poz. 3). W wykazie zamieszczono cztery inwestycje, z których, żadna nie spełnia warunku realizacji jednej roboty obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę oczyszczalni ścieków o wartości co najmniej 30 mln PLN. Jedyne dwa zadania z określoną wartością robót to poz. 1.: Stacja termicznej utylizacji osadów ściekowych w Ciechanowie (jednak instalacji takiej nie można zakwalifikować jako oczyszczalni ścieków), oraz poz. 2.: Roboty w ramach uporządkowania gospodarki wodno-ściekowej w Golubiu Dobrzyniu, której zakres rzeczowy obejmował co prawda oczyszczalnię ścieków, jednak jej wartość była mniejsza niż wymagane 30 mln.

A zatem z treści wykazu nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wskazanego Eksperta nr 3.

#### V. Niezgodność oferty wykonawcy IDS oraz Inżynieria z treścią SIWZ - sprężarka powietrza - poz. 1.6

Pismem z dnia 05.04.2017r. wykonawca IDS został przez Zamawiającego wezwany do złożenia dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ, w tym w punkcie 3. do złożenia takiego dokumentu w odniesieniu do zaoferowanej sprężarki Metabo.

W odpowiedzi IDS złożył min. zestawienie (tabelę) parametrów technicznych dla poszczególnych sprężarek produkowanych przez Metabo, z którego wynika, iż sprężarka ta ma zbiornik ciśnieniowy o pojemności 100 l.

Jednakże, w istocie sprężarka ta posiada zbiornik o pojemności wynoszącej 90l, a zatem w odniesieniu do tego urządzenia treść oferty IDS nie odpowiada treści SIWZ.

Pismem z dnia 10.04.2017 r. wykonawca Inżynieria został przez Zamawiającego wezwany do złożenia dokumentów potwierdzających zgodność oferowanych urządzeń z wymaganiami SIWZ, w tym w punkcie 9. do złożenia takiego dokumentu w odniesieniu do zaoferowanej sprężarki Metabo.

W odpowiedzi Inżynieria złożyła m.in. zestawienie (tabelę) parametrów technicznych dla poszczególnych sprężarek produkowanych przez Metabo, z którego wynika, iż sprężarka ta ma zbiornik ciśnieniowy o pojemności 100l,

Jednakże, w istocie sprężarka ta posiada zbiornik o pojemności wynoszącej 90l, a zatem w odniesieniu do tego urządzenia treść oferty Inżynieria nie odpowiada treści SIWZ.

#### VI. Niezgodność oferty wykonawcy IDS z treścią SIWZ - biofiltr

W treści oferty IDS, na stronie 103 (poz. 20) tabeli Załącznika nr 11, pod pozycją obiekt 53.1 zaoferowano biofiltr EKOFINN POL 3500, z którego opisu wynika, iż jest on wyposażony w stację dozowania ługu sodowego.

W toku wyjaśniania oferty IDS w piśmie z dnia 5.05.2017 r. w pkt 26 swoich wyjaśnień powołał się na załączoną do przedmiotowego pisma treść oświadczenia producenta (str. 75), potwierdzającego, iż wszystkie trzy biofiltry posiadają stację dozowania ługu sodowego CNa OH.

Taka odpowiedź wraz z załączonym oświadczeniem producenta zmieniła treść oferty złożonej przez Wykonawcę IDS. Zamiast jednego biofiltra wyposażonego w stację ługowania, wprowadził on do swojej oferty trzy biofiltry wyposażone w taką stację, modyfikując tym samym treść swojej oferty po terminie jej złożenia.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego zgłoszenia złożyli wykonawcy:

- 1) konsorcjum Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie, Zakład Budowlany W. Z.i; po stronie Odwołującego (w dniu 5 czerwca 2017 roku);
- 2) Inżyniera Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, po stronie Zamawiającego, (w dniu 5 czerwca 2017 roku);
- 3) IDS BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, po stronie Zamawiającego (w dniu 5 czerwca 2017 roku).

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Sygn. akt KIO 1113/17, KIO 1122/17, KIO 1129/17

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący 1, 2 i 4 spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Dalej, ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy w wymaganej wysokości. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie uznała za skutecznego zgłoszenia przystąpienia w sprawie o sygn. akt KIO 1113/17 konsorcjum Seen z uwagi na uchybienie 3-dniowemu terminowi na złożenie przystąpienia. Wykonawca na posiedzeniu Izby potwierdził informację, iż kopia odwołania została mu przekazana w dniu 2 czerwca 2017 roku, nie zaprzeczył również, iż zgłoszenie przystąpienia wniósł do Prezesa KIO w dniu 8 czerwca 2017 roku. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca w terminie 3 dni, od dnia otrzymania kopii odwołania może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, wskazując stronę, do której przystępuje i wykazując interes w zgłoszeniu po określonej stronie. Jeżeli Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom w dniu 2 czerwca 2017 roku, to termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 5 czerwca 2017 roku. Zatem złożenie zgłoszenia w dniu 8 czerwca 2017 roku i przekazanie w tej samej dacie kopii zgłoszenia pozostałym uczestnikom postępowania odwoławczego uznać należało za spóźnione.

**sygn. akt KIO 1113/17**

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty IDS z powodu wymienionych niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie został przez Izbę uwzględniony.

Odwołujący 1 prawidłowo w odwołaniu podkreślił, iż podstawowym dokumentem, na którym ocenę i badanie ofert opierał Zamawiający był załącznik nr 11 Wykaz kluczowych urządzeń/materiałów. W treści tego zestawienia tabelarycznego należało podać szereg informacji odnoszących się do urządzeń kluczowych wskazanych przez Zamawiającego. Do tych informacji, dla każdego obiektu, należało załączyć pochodzące od producenta lub potwierdzone przez producenta dokumenty określające dane techniczne oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów, pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że są one zgodne z projektem oraz nie są urządzeniami prototypowymi ani testowymi, a w przypadku oferowania urządzeń równoważnych - także pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że oferowane kluczowe materiały/urządzenia są równoważne zgodnie z zasadami określonymi w Części III SIWZ.

Słusznie także dostrzeżono, że Zamawiający, badając ofertę brał pod uwagę całokształt informacji zawartych w tabeli Załącznika nr 11 wraz z informacjami wynikającymi z kart technicznych (folderów) oraz certyfikatów zgodności (deklaracji zgodności itp.).

W przypadku wątpliwości Odwołującego 1 co do pompy z pozycji 1.3 i dotyczących jej dokumentów przedmiotowych, to zauważyć należy, iż w załączniku nr 11 Przystępujący IDS wskazał na nazwę producenta pompy Boerger bez określenia jej typu i w tabeli określił parametry urządzenia. Jednocześnie w dalszej części oferty dołączono deklarację dla urządzenia CL-390, które po sprawdzeniu przez Zamawiającego nie spełniało poziomu wymaganych parametrów. Stąd też Przystępujący IDS został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie dostrzeżonych w ofercie rozbieżności. Przy składaniu wyjaśnień do pozycji 1.3 wykazu Przystępujący IDS załączył kartę katalogową dla pompy Boerger typ PL-200. Z tego powodu Odwołujący 1 wnioskował o odrzucenie oferty Przystępującego IDS.

Zdaniem składu orzekającego Izby argumentacja ta okazała się niezasadna. Zamawiający miał prawo wystąpić do Przystępującego o złożenie wyjaśnień. Choć w tabeli załącznika 11 prawidłowo określono parametry dla pompy z poz. 1.3, to w dalszej części oferty parametrów tych nie potwierdzał załączony dokument przedmiotowy dla pompy wskazanego w tabeli producenta – model CL-390. Zamawiający dysponując deklaracją zgodności w ofercie dla innego urządzenia, niż urządzenie w poz. 1.3 musiał rozbieżność między tymi informacjami wyjaśnić. Z kolei przy składaniu wyjaśnień Przystępujący IDS złożył w ocenie Izby prawidłowy dokument przedmiotowy potwierdzający dane z tabeli. Nie doszło więc do zmiany treści oferty, czy też złożenia drugiej oferty ale do wyjaśnienia rozbieżności i potwierdzenia wymagań oferowanego urządzenia. Taki sam skutek zostałby

osiągnięty gdyby w ofercie Przystępującego IDS brakowało w pierwotnej treści dokumentu przedmiotowego, który potwierdzać miał dane z załącznika nr 11. Zamawiający wówczas byłby zobowiązany wezwać takiego wykonawcę i umożliwić mu uzupełnienie dokumentów przedmiotowych. Przywołane przez Odwołującego 1 orzecznictwo o niedozwolonych zmianach nazwy i typu urządzeń nie można uznać za adekwatne, ponieważ w załączniku nr 11 Przystępujący nie wskazał typu urządzenia, typ ten wynikał z dokumentu przedmiotowego, lecz ten nie potwierdzał niezbędnych parametrów, zaś złożony przy wyjaśnieniach dokument wskazywał na prawidłowy model urządzenia produkowany przez ten sam podmiot wskazany w załączniku nr 11 i potwierdzał parametry urządzenia wyszczególnione w tabeli załącznika nr 11. Ustawa Pzp uprawnia Zamawiającego do wyjaśnienia właśnie takiego typu rozbieżności warstwie złożonego oświadczenia woli wykonawcy. Przy odmiennym rozumieniu obowiązujących regulacji prawnych każda oferta, w której doszło do rozbieżności między oświadczeniem woli a złożonymi dokumentami przedmiotowymi (lub w przypadku braku takich dokumentów) obowiązkowo byłaby odrzucana.

W odniesieniu do zarzutu w zakresie zmiany parametrów urządzenia agregatu kogeneracyjnego, czy też prowadzenia przez Zamawiającego niedozwolonych negocjacji z wykonawcą, to zauważyć należy, iż podobnie jak w przypadku pompy z pozycji 1.3, oznaczenia w pozycji w załączniku nr 11 nie odpowiadały dokumentom przedmiotowym znajdującym się w dalszej części oferty Przystępującego IDS, przy czym w tabeli ponownie wskazano producenta urządzenia (bez podania konkretnego typu) i prawidłowo określono parametry, załączono natomiast dokumenty przedmiotowe dla dwóch innych agregatów. Dopiero zaś w wyniku wyjaśnień Przystępujący wskazał na właściwy typ urządzenia o parametrach określonych w tabeli i załączył prawidłową kartę katalogową. Dostrzeżenia wymaga, iż pierwotnie określone parametry urządzenia nie uległy zmianie, zaś niespójności między kartą katalogową a deklaracją zgodności zostały wyjaśnione. Takie złożenie wyjaśnień w ocenie Izby nie stanowi zmiany treści oferty. Ponownie podkreślić należy, iż Zamawiający analizował oferty jako całość, traktując wszystkich wykonawców z uwzględnieniem zasady równego traktowania i we wszystkich przypadkach rozbieżności między danymi z załącznika nr 11 a dołączonymi dokumentami przedmiotowymi prosił o złożenie stosowanych wyjaśnień. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego 1, że w ofercie IDS (biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia) występują 4 typy agregatów. Sam Odwołujący 1 w odwołaniu zauważył, że w tabeli nr 11 podano jedynie nazwę producenta urządzenia i wskazano rodzinę agregatów bez wymienia określonego typu przy określeniu prawidłowo parametrów referencyjnych. Natomiast to dokumenty przedmiotowe nie

potwierdzały powyższych danych, złożenie zaś wyjaśnień, gdzie wskazano na konkretny podtyp urządzenia z wymienionej rodziny urządzeń, odpowiadający określonym parametrom doprowadziło do merytorycznej zgodności treści oferty. Przy czym przy ocenie zasadności zarzutów Izba nie brała pod uwagę dowodów i oświadczeń producentów złożonych przez Strony postępowania odwoławczego na rozprawie, ponieważ datowane są one po terminie składania ofert. Oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ dokonano na podstawie treści samej oferty, przeprowadzonej szczegółowej analizy oferty przez Zamawiającego w procesie badania ofert oraz złożonych przez wykonawców wyjaśnień w zakresie wezwania Zamawiającego.

Zarzut dotyczący biofiltrów i wyposażenia ich w stację ługu sodowego w ocenie składu Izby oparty został na błędnym przekonaniu Odwołującego. Rzeczywiście czytając literalnie dokumentację techniczną, w tym SST-09-Sieć dezodoryzacji wynika, że tylko obiekt 58.3 powinien posiadać takie wyposażeniem i takie oznaczenie znalazło się w ofercie Przystępującego IDS. Natomiast zdaniem Zamawiającego wszystkie biofiltry (58.1, 58.2, 58.3) powinny być wyposażone w stację dozowania ługu sodowego, co Zamawiający wywodził z zapisów opisu do projektu wykonawczego. Na rozprawie Zamawiający przyznał, iż informacja ta nie była do końca jasno sprecyzowana. Przekonanie Zamawiającego było także powodem wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w wyniku których oświadczył on, iż w jego przypadku wszystkie biofiltry posiadają sporne wyposażenie. W ocenie Izby złożenia wyjaśnień o przywołanej treści nie można uznać za niedozwoloną modyfikację treści oferty, która powinna skutkować odrzuceniem oferty. Przystępujący IDS zgodnie z wymogiem dokumentacji technicznej oznaczył obiekt 58.3 jako posiadający stację dozowania ługu sodowego, co jeszcze nie wykluczało możliwości zastosowania takiego wyposażenia w dwóch pozostałych biofiltrach. Brak oznaczenia ich w załączniku nr 11 wynikać może z braku wyraźnego zapisu SIWZ zobowiązującego do takiego wypełnienia załącznika. Z wyjaśnień wynika, że w wymaganym obiekcie 58.3 przewidziano stację ługu sodowego, więc także w tym zakresie wyjaśnienia nie modyfikują treści oferty. Zastosowanie natomiast dodatkowego, nadmiarowego wyposażenia w pozostałych dwóch biofiltrach, co wynika z przyjętych założeń technologicznych, nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający otrzymał dodatkowe wyposażenie, z którego może ale nie musi korzystać.

Konkludując tę część wywodów Izby, przedmiotowe orzeczenie nie deprecjonuje systematyki sporządzenia poszczególnych ofert, jednak dostrzeżenia wymaga, iż przy obszerności ofert w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, raczej nieunikniona była możliwość rozbieżności między załącznikiem nr 11 a dokumentami przedmiotowymi. Nie

każda jednak rozbieżność świadczy o złożeniu nieprawidłowej oferty. Nie jest niczym nadzwyczajnym (przy takiej liczbie specjalistycznych urządzeń) prawidłowe określenie parametrów urządzenia i załączenie niewłaściwych dokumentów przedmiotowych lub też odwrotnie załączenie właściwych dokumentów przedmiotowych a niejasne wskazanie wymaganych parametrów. W ocenie składu takie rozbieżności mogły być przez Zamawiającego wyjaśniane.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Seen nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert przekazaną przez Zamawiającego oferta konsorcjum Seen została odrzucona na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ. Wykonawca ten nie podał w załączniku nr 11 informacji dotyczących kluczowych urządzeń i materiałów wymaganych przez Zamawiającego w wymienionych w zawiadomieniu pozycjach. Zamawiający przewidział w postępowaniu zastosowanie procedury odwróconej, w pierwszej więc kolejności badana była merytoryczna zawartość ofert. W toku postępowania Zamawiający uznał, że oferta konsorcjum Seen zawiera nieusuwalne braki co do niezbędnej do oceny jej prawidłowości treści, nie odpowiada wymaganiom SIWZ. W związku z takim stanem rzeczy Zamawiający odstąpił od wyjaśniania ich dostrzeżonych niejasności oferty wynikających z rozbieżności między wypełnieniem tabeli – załącznika nr 11 a złożonymi dokumentami przedmiotowymi. Charakter dostrzeżonych niedoskonałości treści oferty dyskwalifikował ją z procesu badania i oceny więc wyjaśnianie innych jej elementów było bezprzedmiotowe. Być może podniesione zarzuty odwołania byłby zasadne, jednak nawet pozytywna ich weryfikacja (rozumiana jako potwierdzenie się zarzutu) nie może skutkować uwzględnieniem odwołania z uwagi na brak wpływu takiego rozstrzygnięcia na wynik postępowania. Kwestie podnoszone w odwołaniu w stosunku do konsorcjum Seen są jedynie dalszą rozbudową podstaw odrzucenia oferty, w konsekwencji, nawet mimo ich potwierdzenia, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, nie mają wpływu na wynik, co skutkowało oddaleniem zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania czynności wezwania IDS do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie zauważyć należy, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęte zostało w styczniu 2017 roku. Na określonej dacie Zamawiający dokonywał ustalenia niezbędnego poziomu wiedzy i doświadczenia wykonawcy, który gwarantuje



należyte wykonanie zadania. Na tę datę uwzględniano obowiązujący stan prawny i zasady prowadzenia postępowania potwierdzone przez doktrynę i orzecznictwo. Zarówno zaś doktryna i orzecznictwo KIO oraz sądów powszechnych na moment ogłoszenia postępowania dopuszczało możliwość potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia uzyskanego w ramach realizacji prac (robót budowlanych) przez konsorcjum wykonawców, którym wykazywał się samodzielnie w innym postępowaniu jednego z jego członków.

Izba ma świadomość, iż w dniu 4 maja 2017 roku Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie C-387/14 rozpatrywanej w wyniku odesłania prejudycjalnego Krajowej Izby Odwoławczej, w którym w motywie 89 stwierdził, iż *„Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.”* Niewątpliwie także opinia Rzecznika Generalnego TS, którą przywołał w odwołaniu Odwołujący 1 udostępniona została przed dniem wszczęcia postępowania.

Jednakże biorąc pod uwagę wyżej wskazane okoliczności, w tym przede wszystkim moment wszczęcia przedmiotowego postępowania oraz obowiązujący stan prawny, Zamawiający nie musiał przewidywać dla określenia warunku, następnie zaś badania poziomu jego spełnienia, aby wykonawcy potwierdzili jaki był ich faktyczny udział przy pracach w ramach uczestniczenia w konsorcjum. Trudności wynikałyby także z niedostosowania krajowych przepisów prawa, w tym przede wszystkim rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający. Odmienne podejście wprowadzałoby w pewnym sensie ryzyko nieprawidłowego zastosowania z wyprzedzeniem nowego systemu prawnego (w tym wypadku odmiennej reguły interpretacyjnej) od systemu prawnego przewidzianego w dyrektywie 2004/18 (na tej bowiem podstawie prawnej oparte było odesłanie prejudycjalne) i byłoby wyraźnie sprzeczne z zasadą pewności prawa w odniesieniu do wykonawców, której zapewnienie jest wyraźnym celem dyrektywy 2014/24, jak wynika w szczególności z jej motywu 2. Co się zaś tyczy opinii Rzecznika Generalnego, to jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, nie jest ona dokumentem wiążącym i nie przedstawiała ostatecznego stanowiska Trybunału. Nie można także zapominać o obowiązującej w prawie polskim zasadzie solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, do której to w wyroku TSUE w żaden sposób się

nie odniósł kładąc, jak się zdaje, akcent na faktyczne wykonanie poszczególnych elementów zamówienia przez poszczególnych uczestników konsorcjum.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, zgodnie ze złożonymi przez IDS dokumentami mającymi potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca wskazał konkretne zrealizowane inwestycje i przedstawił dowody potwierdzające należyte ich wykonanie bez szczegółowego rozgraniczenia, który z członków konsorcjum wykonywał określone prace jak dopuścił w postępowaniu Zamawiający. Tym samym zarzut Odwołującego 1 podlegał oddaleniu.

W konsekwencji z powodu niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów odwołania, w całości podlegało ono oddaleniu.

### **sygn. akt KIO 1122/17**

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty dotyczące nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego 2 oraz naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z zapisami SIWZ wykonawcy zobowiązani byli podać w załączniku nr 11 do oferty Wykaz oferowanych kluczowych urządzeń/materiałów, przy czym Zamawiający dokonał ustaleń, które urządzenia i materiały uznaje za kluczowe w zakresie oferowanego rozwiązania technicznego. Wykaz wskazywać miał typ/producenta oraz dane techniczne urządzeń i materiałów. Do wykazu należało załączyć także dokumenty pochodzące od producenta lub przez niego potwierdzone określające dane techniczne urządzeń i materiałów kluczowych potwierdzające dane wynikające z tabeli.

W ofercie Odwołującego 2 w wierszu 14 tabeli dla obiektu 55.0 System do transportu osadu dla pozycji 3.5, 3.6, 3.7 oraz w wierszu 15 tabeli dla obiektu 63.0 Stacja PAX dla pozycji 1.1., 1.2, 1.3., 1.5., 1.6., 1.7. brakowało powyższych danych, co Odwołujący sam przyznał w odwołaniu. Powyższe stało się powodem odrzucenia oferty, przy czym Odwołujący 2 wywodził, że brakujące elementy wymienionych pozycji nie były urządzeniami kluczowymi, a jedynie materiałami, natomiast załącznik nr 11 odnosił się do urządzeń kluczowych.

Co do wiersza 14 na rozprawie Odwołujący 2 wywodził, że Zamawiający z treści oferty na str. 189-190 mógł wywnioskować, kto jest dostawcą całego systemu do transportu bowiem w ofercie zamieszczono 2 z 6 stron specyfikacji technicznej producenta systemu Silexim. Zamawiający choćby z numeracji stron dołączonej specyfikacji technicznej powinien

wnioskować, iż oferta odnosi się do wszystkich elementów systemu, w tym pkt 3.5, 3.6 i 3.7. Co do stacji PAX, czyli wiersza 15, z oferty można było wywnioskować, kto jest dostawcą stacji, co wynikało ze stron 203-205 oferty, gdzie załączono deklarację zgodności firmy Dream Eco jako dostawcy całej stacji PAX. W ofercie Odwołującego 2 wskazano takie same obiekty referencyjne dla tego urzędu jak w ofercie wykonawcy IDS. W przypadku stacji PAX zdaniem Odwołującego 2 tylko pompę dozującą należy uznać za urządzenie technologiczne, pozostałe zaś elementy, m.in. wanna, zbiornik, zawór i płyta nie były urządzeniami, nie było więc obowiązku podawania ich typu i wskazania producenta. Poza tym podobne niedoskonałości (szczegółowo opisane w odwołaniu) w ofertach innych wykonawców wskazanych przez Odwołującego 2 Zamawiający wyjaśniał wzywając do złożenia stosowanych oświadczeń.

Z uwag natury ogólnej, 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. Stosownie do art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie treści tej oferty. Izba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie Zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Podkreślenia wymaga również, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech

oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Wyjaśnienia treści oferty mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należy uznać wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełniania wymagań SIWZ. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovenskoz a.s.). Reasumując, treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie Odwołujący 2 nie podał w ofercie wszystkich informacji o urządzeniach i materiałach kluczowych (wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w załączniku nr 11) istotnych dla oceny ich zgodności z SIWZ. Dopiero na rozprawie tak naprawdę Odwołujący 2 próbował wykazać zgodność oferty z SIWZ, precyzując z których miejsc w ofercie można wnioskować jakie rozwiązanie zaoferował. Proces oceny ofert po stronie Zamawiającego to nie proces wnioskowania z domysłów, co chciał lub nie chciał zaoferować dany wykonawca. Oferty powinny zawierać na tyle konkretne wskazania, aby Zamawiający mógł ocenić ich treść w odniesieniu do wymagań SIWZ, ewentualnie złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, jednakże w zakresie informacji już w ofercie uwzględnionych.

W ocenie składu orzekającego Izby przede wszystkim nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego 2, że nie miał on obowiązku podania informacji o materiałach wchodzących w skład danego urządzenia w ofercie. Skoro Zamawiający żądał podania w ofercie nazwy producenta, typu i danych technicznych urządzeń i materiałów (ponieważ tak zatytułowany był załącznik 11), to oczywiste jest, że oczekiwał danych identyfikujących i konkretyzujących wszystkie wyspecyfikowane przez niego oferowane urządzenia i materiały, w celu uzyskania informacji pozwalających na dokonanie weryfikacji urządzeń pod kątem ich zgodności z SIWZ. Dodatkowo Zamawiający precyzyjnie określił, które elementy urządzeń i materiałów uznaje za kluczowe, a więc które z informacji wymaganych mają najistotniejsze znaczenie. Dołączone zaś do załącznika nr 11 dokumenty potwierdzać miały dane wynikające z tabeli.

Izba zgadza się z oceną prawidłowości sporządzenia oferty przez Odwołującego 2 dokonaną przez Zamawiającego. Choć Odwołujący 2 załączył do oferty dokumenty przedmiotowe, to również z ich treści nie wynikały informacje na temat urządzeń i materiałów oferowanych w pozycjach wskazanych przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty. W przypadku wiersza 14 tabeli informacja wynikająca z części załączonej specyfikacji technicznej producenta systemu Silexim pokrywała się z danymi zawartymi w tabeli. Wykonawca załączył bowiem część specyfikacji technicznej dla urządzeń wymienionych w wierszu 14. Z całokształtu oferty nie wynika, że była to niezamierzona pomyłka wykonawcy, który przez nieuwagę nie dołączył całości dokumentu. Jak słusznie zauważył Zamawiający, w tabeli wymieniono te urządzenia, dla których załączono specyfikację techniczną. Co do wiersza 15, to jako urządzenie kluczowe Odwołujący 2 wskazał pompę, dla której załączył deklarację zgodności. Nie ma więc niezgodności między treścią tabeli a dokumentami przedmiotowymi i Zamawiający nie musiał badać tych aspektów oferty. Treść tabeli i treść złożonych dokumentów odnoszą się jedynie do części wymogów SIWZ.

Rację ma Odwołujący 2 wskazując, iż Zamawiający powinien dokonywać kompleksowej oceny treści oferty i analizować wszystkie jej elementy łącznie. Właśnie taką ocenę zdaniem Izby Zamawiający przeprowadził. W ofertach, w których istniały rozbieżności między treścią tabeli a złożonymi dokumentami przedmiotowymi lub też brakowało dokumentów albo złożono dokument a nie wypełniono tabeli, Zamawiający te elementy w wyniku wyjaśnień sprawdzał i dokonywał analizy złożonych wyjaśnień. W przypadku spornych pozycji Zamawiający uznawał wyjaśnienia, z których wynikało, że określone elementy będą wykonywane jako prace budowlane albo, że dostarczone urządzenie jest kompletem, którego dane techniczne potwierdzają dokumenty przedmiotowe. W każdym jednak przypadku istniała zgodność treści co do tabeli i dokumentów, w taki sensie, że odnosiły się one do wszystkich elementów urządzeń i materiałów kluczowych, wymieniając je szczegółowo. Takie szczegółowości zabrało w ofercie Odwołującego 2.

Jeszcze raz powtórzyć należy, iż sytuacja ta nie dotyczyła oferty Odwołującego 2, w której zarówno w tabeli, jak też wśród dokumentów przedmiotowych brakowało opisu elementów przedmiotu zamówienia uznanych przez Zamawiającego za kluczowe we wskazanych pozycjach. Niezgodność taka nie mogła być w żaden sposób naprawiona, złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, które zawierałby brakujące dane lub też uzupełnienie dokumentów z tymi danymi, oznaczałoby uzupełnienie merytorycznego zakresu złożonej oferty.

Podsumowując stwierdzić należy, że oferta Odwołującego 2 podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgłoszone przez Odwołującego wnioski dowodowe w celu wykazania zgodności z treścią SIWZ urządzeń, co do których nie

wskazano w treści oferty nie mogły mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, zmierzały bowiem do wykazania zgodności z wymaganiami urządzeń i materiałów nieskonkretyzowanych w ofercie.

### Zarzuty wobec oferty IDS

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zagęszczacza, który miał spełniać wymogi stopnia zagęszczenia min. 6% sm (suchej masy) w osadzie zagęszczonym Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał na rozbieżności w dokumentacji projektowej postępowania, gdzie w SST 01 Technologia określono wartość na min. 6%, natomiast w projekcie budowlanym wskazano 5%. Rozbieżność ta nie została w postępowaniu zauważona, dlatego też w ocenie Izby Zamawiający słusznie traktował warunek za spełniony przez wykonawców zarówno na poziomie 5 i 6%. Ponadto, jak wynika z odpowiedzi na pytania z dnia 25 stycznia 2017 roku, gdzie pytanie dotyczyło parametrów pracy zagęszczacza, kierować należało się parametrami z projektu budowlanego.

Hierarchia dokumentów ustalona przez Zamawiającego w akcie umowy, o której wspominał Odwołujący 2 na rozprawie, a która ustalała pierwszeństwo STWiOR nad dokumentacją projektową, dotyczy etapu realizacji prac kontraktowych po podpisaniu umowy. Nie może być ona w prosty sposób przełożona na etap przed podpisaniem kontraktu. W przypadku podobnych inwestycji, realizowanych zgodnie z wytycznymi FIDIC, często już w SIWZ ustala się zasady hierarchii dokumentów i która treść będzie decydująca w przypadku rozbieżności. W przedmiotowym przypadku takich zasad dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ustalono, więc zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Co do zarzutu dotyczącego zaoferowanych biofiltów, to Odwołujący 2 w żaden sposób nie zakwestionował analizy przeprowadzonej przez Zamawiającego z oceny ofert, czy zaproponowane urządzenia przez poszczególnych wykonawców spełniają wymogi SIWZ. Przy czym zauważyć należy, iż nie jest to analiza sprzed terminu składania ofert, ale analiza konkretnych rozwiązań ofertowych, przy uwzględnieniu wszystkich danych technicznych i założeń technologicznych przyjętych przez wykonawców, która w przypadku oferty IDS pokazuje, że proponowane rozwiązanie wypełnia wymogi SIWZ. Poza tym wydajność poszczególnych urządzeń może być zależna od wielu czynników a wartości określone przez Zamawiającego były wartościami minimalnymi.

W przypadku zarzutu związanego z powierzchnią filtrowania biofiltrów Przystępujący IDS zwracał uwagę na nieprecyzyjność tego pojęcia. Odwołując się do złożonego zdjęcia

poglądowego wskazał, że filtracja następuje w całej objętości bryły i parametr liczony w metrach kwadratowych nie jest adekwatny do zmierzenia rzeczywistej wydajności tego urządzenia. Odwołujący nie wykazał, że zaoferowany biofiltr nie osiąga wymaganej wydajności, a tylko wtedy można byłoby mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący wycofał część zarzutu dotyczącą wydajności biofiltrów co do obiektu 58.3. oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 dotyczący wykazania spełniania warunków doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych więc nie były one rozpoznawane przez Izbę.

Zarzut złożenia przez IDS oferty z rażąco niską ceną, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji koncentrował się na fragmencie złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w zakresie współpracy z podwykonawcami. Zdaniem Izby wnioski, które z tego stwierdzenia wyciągnął Odwołujący 2 są błędne i bezpodstawne. Złożone przez Przystępującego IDS wyjaśnienia wskazują, że posiada on krąg sprawdzonych podwykonawców, z którym stale współpracuje na określonych zasadach, a podmioty te stosują różne wysokości marży w poszczególnych inwestycjach, wyższe w przypadku inwestycji z podmiotami prywatnymi, niższe w przypadku podmiotów publicznych. Izba nie wie na jakiej podstawie z takiego stwierdzenia Odwołujący 2 zdołał wyprowadzić wniosek, że jego konkurent stosuje ceny dumpingowe i działa w celu eliminacji innych podmiotów z rynku. Dostrzeżenia wymaga, iż marża nie jest elementem cenotwórczym o stałej wysokości. Wysokość ta jest uzależniona od wielu czynników, np. wartości kontraktu, możliwości organizacyjnych przedsiębiorcy, korzystnych umów z podwykonawcami, etc. Ze złożonych przez IDS wyjaśnień wynika tylko, że podwykonawcy, z którymi współpracuje, różnicują marże przy współpracy na różnych obiektach. Nie oznacza to jednak jej zaniżania, zwłaszcza w przedmiotowym postępowaniu. Przynajmniej tezy takiej Odwołujący 2 w żaden sposób nie udowodnił. Cena oferty Przystępującego IDS w znaczący sposób nie odbiegała od wartości zamówienia i od średniej arytmetycznej ofert, dodatkowo wykonawca złożył obszerne wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego, potwierdzone znaczną ilością dowodów (w tym ofert handlowych dotyczących materiałów, umowami o współpracy, korespondencją co do ustaleń technologicznych dotyczących przedmiotowego przedsięwzięcia inwestycyjnego, oferowanych rabatów i upustów). Nie udowodniono także, że taki proces działania może doprowadzić do eliminacji z danej branży innych wykonawców funkcjonujących na rynku, co w obliczu ilości ofert złożonych w postępowaniu wydaje się tezą wręcz absurdalną.

W tym zakresie także nie mógł zostać uwzględniony zarzut zaniechania odtajnienia całości wyjaśnień odnośnie ceny złożonych przez Przystępującego IDS.

Aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa musi ona spełniać łącznie 3 cechy:

- mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny;
- informacja taka nie mogła zostać ujawniona do wiadomości publicznej;
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania celem zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Oдноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Oдноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

W ocenie składu orzekającego Izby informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny stanowią, w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, informacje posiadające dla danego przedsiębiorcy wartość gospodarczą, ponieważ są to informacje dotyczące sposobu szczegółowej kalkulacji ceny dla danego Zamawiającego w szczegółowo przedstawiony przez wybranego wykonawcę sposób, zawierają szczegółowe ceny cząstkowe wyceny poszczególnych etapów realizacji zamówienia. Wyjaśnienia zawierają informacje o negocjacjach ceny poszczególnych urzędzeń, a co ważniejsze odnoszą się do warunków handlowej współpracy między Przystępującym IDS a dostawcami lub producentami poszczególnych urzędzeń. Mogą i posiadają one zatem szczególną wartość gospodarczą ze względu na przywołane tam uwarunkowania rynkowe. Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej.



W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczający (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14). Niewątpliwie z taką informacją mamy w przedmiotowym postępowaniu do czynienia. Analiza ofert złożonych w postępowaniu pokazuje, że choć część wykonawców skorzystała z tożsamyh źródeł zaopatrzenia, to jeden z nich z uwagi na wynegocjowane warunki szczególne złożył korzystniejszą cenowo ofertę. Tym samym więc informacja o danym rynku dostawców i zasadach współpracy z tymi dostawcami wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności danego wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, że dysponentem informacji zawartych w ofertach handlowych potencjalnych dostawców lub podwykonawców są właśnie te podmioty trzecie, nie zaś wykonawca. Skoro zaś podmioty te nie wyraziły zgody w treści składanych ofert do ujawniania informacji, to tym samym uznać należy, że informacje te noszą przymiot informacji poufnych, a podmiot taki nie wyraził woli przekazania informacji poufnych. Ze złożonych przez Przystępującego IDS oświadczeń podmiotów trzecich wynikało, iż z uwagi na przyjętą politykę poufności, informacje objęte oświadczeniem nie mogą udostępniane podmiotom zewnętrznym i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zauważyć dalej należy, że Odwołujący 2 nie wykazał, by informacje z oferty Przystępującego IDS miały charakter publiczny. Odwołujący nie podał żadnego przykładu, z którego wynikałoby, że pozyskał określoną informację z powszechnie dostępnego źródła a informacja taka może znajdować się w wyjaśnieniach IDS. Przyjęte założenia technologiczne są odzwierciedleniem dotychczasowego doświadczenia wykonawcy. Izba dokonując analizy złożonych dokumentów i wyjaśnień, uznała, iż dokumenty te będące zbiorem informacji o sposobie realizacji zamówienia mogą mieć wartość gospodarczą. O ile niektóre informacje, wyrwane z kontekstu całego dokumentu zawierają informacje jawne, o tyle cały zbiór informacji zawartych w poszczególnych wyjaśnieniach obrazuje sposób realizacji zamówienia przyjęty przez wykonawcę, który warunkuje zaoferowanie konkurencyjnej ceny, stanowi także pracę koncepcyjną i twórczą.

Izba stwierdza, iż na podstawie otrzymanych wyjaśnień Zamawiający zasadnie doszedł do wniosku o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący 2 się nie przedstawił merytorycznej i obiektywnej argumentacji przemawiającej za tym, aby przychylić się do zniesienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przypadku oferty i składanych w toku postępowania wyjaśnień przez IDS. Zamawiający dochował należytej

staranności w przeprowadzeniu procesu badania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tych względów uznano, że swoim postępowaniem Zamawiający nie naruszył przepisów odnoszących się do przestrzegania zasady jawności w postępowaniu.

Konkludując, odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

### **sygn. akt KIO 1125/17**

W pierwszej kolejności Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień i uzupełnień konsorcjum Control Process.

Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś Przystępujący po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie*. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie

o sygn. akt KIO 2357/16, wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu z uwagi na fakt, że Odwołujący nie ma legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający w dniu 23 maja 2017 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Oferty pozostałych wykonawców, w tym oferta Przystępującego konsorcjum Control Process, której dotyczą zarzuty odwołania zostały albo odrzucone (konsorcjum Seen) albo były mniej korzystne. W ocenie składu orzekającego Izby wykonawca, którego oferta została wybrana, nie może skutecznie wnieść odwołania. Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana po pierwsze uzyskał on już zamówienie, co oznacza, że nie jest on w stanie wykazać przesłanki szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku czysto hipotetycznych przyszłych czynności Zamawiającego, które nie zostały wykonane i nie wiadomo czy w ogóle nastąpią.

Szkodę, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wniesienia odwołania, a nie jak twierdził Odwołujący 3 w momencie jego rozstrzygnięcia. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej Zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomią postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Szkody nie można także upatrywać w okoliczności korzystania przez innych wykonawców w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan w postępowaniu odwoławczym na moment wydania orzeczenia, ale sytuacji tej nie należy rozumieć w ten sposób, że z powodu potencjalnej możliwości uwzględnienia odwołania innego wykonawcy (także w zakresie zarzutów dotyczących oferty pierwotnie uznanej za najkorzystniejszą) Odwołujący poniesie szkodę. Szkoda wykonawcy wybranego przejawia się w utracie tej pozycji i najkorzystniejszej oferty z punktu widzenia ustalonych kryteriów oceny. Priorytetem

jest więc obrona prawidłowości aspektów formalnych i merytorycznych złożonej oferty. Temu celowi służy zaś instytucja zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, gdzie wybrana oferta jest atakowana przez pozostałych wykonawców, następnie zaś, w przypadku uwzględnienia takiego odwołania przez Izbę, złożenie skargi w ramach kontroli instancyjnej orzeczenia.

Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Kwestionowanie prawidłowości pozostałych złożonych ofert w postępowaniu ma ambiwalentny charakter dla sytuacji prawnej Odwołującego, którego oferta jest wybrana jako najkorzystniejsza. Okoliczność, że inne oferty podlegają odrzuceniu lub inni wykonawcy wykluczeniu bez skutecznej obrony własnej oferty nie pozwoli takiemu wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a dopiero wtedy przesłanka szkody może się zmaterializować.

Wobec stwierdzenia, że Odwołujący nie miał legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej, odwołanie podlegało oddaleniu bez merytorycznego rozpoznania podniesionych zarzutów.

#### **sygn. akt KIO 1129/17**

W zakresie zarzutów dotyczących przewracarki osadu, Zamawiający skierował do wykonawców IDS oraz Inżynieria Rzeszów szczegółowe wezwanie do wyjaśnień, czy oferowane urządzenia firmy Huber spełniają wymogi SIWZ, w tym czy moc przewracarki pozwala na przewracanie osadu w warstwie 40 cm, jaka jest maksymalna grubość warstwy osadu, którą urządzenie może przewrócić i jaka jest wysokość cokołów, na których urządzenie zostanie umieszczone. Z projektu wykonawczego wynikało, że przewracarka ma poruszać się na cokołach o wysokości 85 cm. Obaj wykonawcy złożyli szczegółowe wyjaśnienia, których część objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Z wyjaśnień wynikało, że przewracarki umożliwiają magazynowanie osadów warstwach grubości około 30 cm, jednak ich budowa nie ogranicza możliwości formowania warstw grubszych. Obaj Przystępujący podkreślali, że Zamawiający nie żądał podania wysokości cokołów w ofercie i że przewidują wykonanie cokołów o wysokości niższej niż zakładane 85 cm.

Na uwagę zasługuje okoliczność, że odpowiadając na pytania w postępowaniu, w tym pytanie nr 34 z 2 lutego 2017 roku dotyczące m.in. zmiany konstrukcji dachu, Zamawiający dopuścił zmiany konstrukcyjne w elementach fundamentów. Jak też prawidłowo zaznaczył

Przystępujący IDS zmiana projektu budowlanego w zakresie wysokości cokołów nie wymaga zmiany pozwolenia na budowę. Tak więc w ramach przyjętych rozwiązań technologicznych wykonawcy mogli zaoferować rozwiązanie oparte na niższej wysokości cokołów, z zachowaniem parametru umożliwiającego przewracanie osadu w warstwie do 40 cm. Złożone dokumenty przedmiotowe w ofertach i z wyjaśnieniami możliwość osiągnięcia tego parametru potwierdzają. Ponadto, że wysokość cokołu nie jest parametrem związanym z samym urządzeniem przewracarki i w żaden sposób ta wielkość nie jest powiązana z możliwościami pracy urządzenia. Nietrafione są także argumenty Odwołującego 4 o złożeniu w tym zakresie przez Przystępujących ofert z rozwiązaniem równoważnym. Po pierwsze sam Odwołujący 4 zauważył, iż żaden z wykonawców w swojej ofercie nie zaznaczył, że oferuje rozwiązanie równoważne. Równoważności zaś nie należy utożsamiać z wysokością cokołów. Pojęcie to mogłoby dotyczyć parametrów pracy samego urządzenia i zastosowania innego niż opisane i zakładane w dokumentacji technicznej rozwiązania technologicznego. Sama wysokość cokołów powiązana jest z określonym obiektem budowlanym, który może zostać jednakże odpowiednio przystosowany do urządzeń, które dany wykonawca zamierza zastosować. Zmiany w projekcie budowlanym o tak nieznaczącym charakterze, że nie jest wymagana zmiana pozwolenia na budowę nie świadczą o przewidzeniu równoważnych rozwiązań technologicznych.

Co do wymagania, iż należało zaoferować rozwiązanie, które umożliwia równomierne przewracanie warstw osadu i zapewnia równomierną recyrkulację, to pojęcia „równomierne rozłożenie osadu na powierzchni” nie należy utożsamiać z technologią opisaną w odwołaniu przez Odwołującego 4. Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie w jaki sposób należy rozumieć wymaganie równomiernego rozłożenia osadu na powierzchni, iż miał na myśli rozłożenie „płaszczyznowe”, nie zaś w bocznej czy też dolnej części przewracarki, tak aby obejmowały one całą szerokość urządzenia. Zapisy SIWZ oraz odpowiedzi na pytania tezie tej nie przeczą. Zamawiający miał na myśli równomierne rozłożenie na użytkowanej powierzchni bez konieczności zachowania i osiągnięcia kształtu określonej bryły, co nie wyklucza kształtu trapezu, który może powstać po pracy zaoferowanej przez Przystępujących przewracarki, a co jednocześnie realizowało będzie pozostałe założenia Zamawiającego. Osiągnięcie przez przewracany osad kształtu trapezu nie zaprzecza możliwości równomiernego rozłożenia tego osadu przy przewracaniu. Zarówno przy górnej i dolnej krawędzi przewracarki osad będzie równomiernie rozłożony ale nie na całej długości maszyny w jednakowy sposób co jednak nie wpłynie na osiągnięcie założeń technologicznych i sposób eksploatacji obiektu.

Złożone przez Odwołującego 4 publikacje prasowe z obiektów referencyjnych – funkcjonujących oczyszczalni w Żaganiu i Ozimku, zawierające wypowiedzi osób pracujących w tych obiektach odnoszą się do warunków, w których pracują dane obiekty i wskazują na osiągnięcie przyjętych w nich założeń technologicznych. W żadnym wypadku nie można natomiast wywodzić, że publikacje te potwierdzają możliwości pracy danego urządzenia i odnoszą się do parametrów technicznych w maksymalnym ujęciu danego urządzenia. Podanie w publikacji prasowej dla oczyszczalni w Żaganiu, że wysokość osadu osiąga 25 cm nie oznacza, że wysokość ta nie może być wyższa, co zapewnić może dane urządzenie.

Również złożona przez Odwołującego 4 opinia techniczna nie potwierdza zarzutów odwołania. Złożona opinia techniczna ma charakter opinii prywatnej, co oznacza, że stanowi jedynie dowód na twierdzenia osoby, która ją sporządziła. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa opinie prywatne nie są tożsame z opiniami sporządzanymi na polecenie sądu przez biegłych sądowych. Nie mogą zatem takie prywatne ekspertyzy zastępować opinii biegłych sądowych, a co za tym idzie nie są one dowodem na okoliczności wymagające wiadomości specjalnych. Opracowanie to, co wynika z wstępnej treści, bazuje na materiałach (publikacje, foldery) powszechnie dostępnych. Jak słusznie zauważył Przystępujący Inżyniera i Przystępujący IDS strona tytułowa tej pracy oraz rysunki techniczne w niej zamieszczone nie dotyczą przewracarki zaoferowanej przez wykonawców, o czym świadczą niezbieżnie użyte symbole dla oznaczenia urządzenia (SR9, podczas gdy w ofertach wpisano SR11) i parametry wysokościowe zamieszczone na rysunkach technicznych. Także wersja dołączonej do opinii instrukcji dla urządzenia (oznaczona jako 05/10) wskazywać może, że nie dotyczy ona obiektów podanych jako referencyjne, ponieważ oczyszczalnia w Żaganiu powstała w latach późniejszych niż rok 2010. Również inne elementy przedstawionej instrukcji podają w wątpliwość tezę, że dotyczy ona obiektów wymienionych przez Przystępujących. Natomiast Karty oceny rozwiązań technicznych dotyczą obiektów, dla których są sporządzane i odnoszą się do przyjętych w nich rozwiązań, nie muszą więc potwierdzać możliwości przewracania osadów na wysokości 40cm, gdy obiekt takiego założenia nie przewidywał, a zakładał maksymalną wysokość dla osadów na poziomie 30 cm lub niższym. Tym samym opracowanie to nie może świadczyć o niepotwierdzeniu przez Przystępujących prawidłowości zapisów SIWZ i niezgodności treści ich ofert z treścią SIWZ.

Odnosnie zarzutu Odwołującego 4, że osoba wskazana przez IDS nie spełnia wymogów dla kierownika robót sanitarnych, to jest nie posiada co najmniej 5 letniego

doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych i nie posiada doświadczenia przy realizacji co najmniej jednej roboty obejmującej przebudowę lub rozbudowę oczyszczalni ścieków o wartości co najmniej 30 mln zł na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót sanitarnych, to Odwołujący 4 zakwestionował robotę budowlaną polegającą na budowie stacji termicznej utylizacji odpadów ściekowych w Ciechanowie. Dostrzeżenia wymaga, jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, iż stacja termiczna utylizacji odpadów jest jednym z elementów oczyszczalni ścieków. Warunek zaś przewidywał możliwość wskazania doświadczenia zawodowego przy przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków. Wyposażenie oczyszczalni ścieków w stację termiczną w ocenie Izby uznać można za rozbudowę oczyszczalni, ponieważ w wyniku realizacji takiego zadania inwestycyjnego dochodzi do zmiany parametrów użytkowych obiektu, co jest warunkiem niezbędnym dla zakwalifikowania zadania jako rozbudowa (przebudowa – zgodnie z definicją wynikającą z ustawy Prawo budowlane). Odwołujący zaś powtórzył się potoczną definicją pojęcia „oczyszczalni ścieków”, w sytuacji gdzie nie istnieje legalna definicja tego pojęcia.

Zatem prace wykonywane przy rozbudowie oczyszczalni ścieków o określony obiekt uznać należało za prace przy rozbudowie oczyszczalni ścieków, a więc wskazane doświadczenie dla osoby przewidzianej na stanowisko kierownika robót sanitarnych potwierdzało ustalony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący 4 podniósł zarzut niespełnienia warunków technicznych przez sprężarkę Metabo, którą zaoferowali w swoich ofertach Przystępujący Inżyniera Rzeszów i IDS, iż nie spełnia ona wymogu pojemności 100 l.

Z ofert obu Przystępujących wynika, tak z załącznika nr 11, jak też z dokumentów przedmiotowych (dołączonych do oferty i złożonych z wyjaśnieniami), że wymóg ten jest przez urządzenie spełniony. Dodatkowo Zamawiający we własnym zakresie zwrócił się z zapytaniem do oficjalnego dystrybutora na rynek polski z prośbą o potwierdzenie danych technicznych wynikających z karty katalogowej, bez wskazywania które z parametrów należało udowodnić i na jakim poziomie. Zamawiający otrzymał oficjalne potwierdzenie z niezależnego źródła, że proponowana sprężarka ma pojemność 100 l. W opozycji do powyższego Odwołujący załączył korespondencję w wersji elektronicznej w jednym przypadku z podmiotem serwisującym produkty firmy Metabo, w drugiej zaś z przedstawicielami na rynek czeski i włoski. W zakresie przedstawionej przez Odwołującego 4 korespondencji mailowej, to słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, że oferta handlowa na terenie Włoch czy Czech może różnić się od oferty na rynek polski. Zatem

korespondencja ta nie może być dowodem na to, iż w Polsce nie są przez producenta oferowane urządzenia o pojemności 100l. Analogicznym przykładem może być rynek telefonów komórkowych, gdzie oferta aparatów telefonicznych w danym modelu aparatu w każdym kraju jest inna do tego stopnia, że tożsame produkty noszą inne oznaczenia modelu, choć parametry aparatu są tożsame. Co ciekawe w ofercie Odwołującego 4 zaferowano taki sam model sprężarki, natomiast po podniesieniu tej argumentacji przez Przystępującego Inżynierę Rzeszów Odwołujący 4 w replice do tej argumentacji tłumaczył, że proponuje inny model, choć treść oferty Odwołującego tego stanowiska nie potwierdza.

Odwołujący wycofał zarzutu dotyczący biofiltrów więc nie był on rozpoznawany przez Izbę.

W związku z powyższym odwołanie w całości nie zasługiwało na uwzględnienie.

Z powodów przedstawionych w uzasadnieniu orzeczenia, Izba oddaliła wszystkie odwołania.

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami) obciążając nimi poszczególnych wykonawców odwołujących się.

**Przewodniczący:** .....