

Sygn. akt: KIO 590/16

WYROK
z dnia 5 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2016 r. przez Odwołującego **VEOLIA WATER TECHNOLOGIES Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 2 (02-566 Warszawa),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Tauron Ciepło Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Katowicach, ul. Grażyńskiego 49 (40-126 Katowicach)

przy udziale

wykonawcy – **R.B.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Ochrony Środowiska „HYDROTECH” R.B., ul. Laski 1 (41-306 Dąbrowa Górnicza), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

wykonawcy – **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane „PRZEM-GRI” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Olsztynie, ul. Przemysłowa 3 (10-418 Olsztyn), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

1. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego **VEOLIA WATER TECHNOLOGIES Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **VEOLIA**

WATER TECHNOLOGIES Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego – VEOLIA WATER TECHNOLOGIES Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – TAURON Ciepło Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach kwotę **4.052 zł 64 gr.** (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt dwa złotych sześćdziesiąt cztery groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu dwóch pełnomocników na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Tauron Ciepło Sp. z o.o. z/s w Katowicach w trybie przetargu nieograniczonego na *modernizację Stacji Uzdatniania Ścieków (SUŚ) w Zakładzie Wytwarzania Katowice* (nr postępowania: 2015/TC/TC/04938/L), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2015/S 252-462201 w dniu 30 grudnia 2015 r., wobec czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców R.B. (Hydrotech), Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane PRZEM-GRI Sp. z o.o., zostało wniesione w dniu 18 kwietnia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Veolia Water Technologies Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 590/16).

Zamawiający w dniu 7 kwietnia 2016 r. przekazał Odwoływającemu informację o zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

Odwoływający zarzucił Zamawiającemu zaproszenie do aukcji elektronicznej w sytuacji, gdy nie było trzech ważnych ofert, w której powinien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie złożonych w postępowaniu ofert (z pominięciem aukcji elektronicznej), czym Zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Hydrotech, mimo że jej treść nie odpowiada treści siwz.;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Hydrotech, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane PRZEM-GRI Sp. z o.o. pomimo że jej treść nie odpowiada treści siwz.;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane PRZEM-GRI Sp. z o.o., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 7 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez brak właściwej weryfikacji ofert oraz naruszenie obowiązku zbadania, czy złożenie ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji;
- 6) art. 91 a Ustawy Pzp poprzez wezwanie do aukcji elektronicznej w sytuacji gdy nie był spełniony warunek trzech ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwoływający wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert Hydrotech i Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane PRZEM-GRI Sp. z o.o., unieważnienie

zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W podstawie faktycznej zarzutów Odwołujący wskazał na potrzebę zapewnienia prawidłowych praktyk po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia i koniecznością odrzucania ofert w sytuacji stwierdzenia działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk.

W ocenie Odwołującego treść ofert wykonawców PRZEM-GRI Sp. z o.o. i Hydrotech, identycznych na stronach od 26 (oferta PRZEM-GRI Sp. z o.o.) i od 19 (oferta Hydrotech), jak również późniejszy rozwój sytuacji, jednoznacznie wskazują na możliwość zaistnienia zmywy przetargowej, a na pewno na naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez oba podmioty. Obie oferty zawierają te same omyłki pisarskie i błędy merytoryczne, dotyczące niezaktualizowanej ilości ścieków surowych dla nowych kaset, niezgodnego z zamierzeniami Zamawiającego komentarza o przepływie ścieków oczyszczonych, który zgodnie z opisem nie zmienia się, stosowanych zamiennie pojęć powierzchnia filtracyjna i gęstość upakowania włókien membranowych, co jest niedopuszczalne i może prowadzić do mylnej interpretacji informacji zawartych w ofercie.

Za niedopuszczalne w warunkach uczciwej i rzetelnej konkurencji należy w szczególności uznać kształtowanie polityki cenowej i działań podejmowanych przez wykonawców w toku postępowania w porozumieniu z konkurencją i tym samym stwarzanie jedynie pozorów działania konkurencyjnego. Odnosząc się do znamion czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanych w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k. Odwołujący powołał się na stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19.12.2013 r., sygn. akt I ACa 769/13, iż „utrudnianie dostępu do rynku to nic innego, jak stawianie barier, przeszkód, które nie wynikają ani z rodzaju działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę oferującego nabywcom swoje towary albo usługi (strona podaży), ani też z uwarunkowań kształtujących zapotrzebowanie na dany towar albo usługi (strefa popytu), lecz są efektem nieuczciwych działań podejmowanych przez innych przedsiębiorców, które przykładowo zostały wymienione w kolejnych punktach art. 15 ust. 1 u.z.n.k.”.

W ocenie Odwołującego działania wykonawców mogą zostać zakwalifikowane jako zawarcie porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.z.n.k. O zmywie przetargowej świadczyć ma identyczność części ofert w tym powtarzające się błędy i omyłki, uprawniające do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu.

Odnosnie podstawy zarzutu niezgodności obu ofert z treścią siwz Odwołujący wskazał na zawarty w tych ofertach opis proponowanego rozwiązania dotyczącego kaset oraz koniecznych do wprowadzenia zmian na Stacji Uzdatniania Ścieków, który zawiera odstępstwa i niezgodności w stosunku do wymogów z załącznika do siwz „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia” – Część II oraz wzorze umowy, dotyczących nowych kaset, które „muszą w pełni współpracować z istniejącą infrastrukturą SUŚ”. Nie są spełnione wymagania dotyczące: wykorzystania systemu czyszczenia i mycia membran BW (backwash), pełnego wykorzystania systemu odpowietrzenia strumienia permeatu, wykorzystania istniejącego zbiornika DIP na cele czyszczenia modułów membranowych w pojedynczych kasetach.

Doświadczenie w eksploatacji SUŚ wskazuje na konieczność przeprowadzania regularnych czyszczeń chemicznych modułów membranowych z wykorzystaniem istniejącego węzła BW, który w szybki i skuteczny sposób przywraca zdolność produkcyjną SUŚ. W przypadku zastosowania modułów PH520 system BW nie będzie mógł być wykorzystywany, gdyż moduły PSH nie posiadają górnej głowicy i tym samym nie będzie mogła być zachowana droga dystrybucji roztworu czyszczącego poprzez górną głowicę membran. Utracona zostanie jeszcze jedna ważna funkcja systemu BW czyli możliwość podgrzewu wody roztworu czyszczącego. Obaj wykonawcy błędnie zakładają, że czyszczenie chemiczne odbywać się będzie jedynie przy użyciu płukania wstecznego, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe potwierdzać ma, że nowe kasety nie będą w pełni współpracować z istniejącą infrastrukturą. Ponadto, w ofertach opisano jedynie wprowadzenie zmian do systemu sterowania wynikających z zastosowania modułów membranowych PSH 520, niekompatybilnych z obecnym oprogramowaniem aplikacyjnym, bez wskazania planowych czynności usługowych w ramach adaptacji oraz modernizacji systemu sterowania. W świetle powyższego obie oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy.

Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy wskazał na brak zachowania transparentności czynności podejmowanych w postępowaniu z uwagi na brak oficjalnej pisemnej informacji na temat podmiotów, które zostały zakwalifikowane do aukcji elektronicznej. Powoduje to powstanie niepewności prawnej, a w konsekwencji może prowadzić do pozbawienia uczestnika postępowania prawa do złożenia środka ochrony prawnej. Zamawiający bez podania przyczyny odmówił udostępnienia Odwołującemu ofert Seen oraz GEHTECH, uniemożliwiając mu zapoznanie się z ofertami.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania i rozpoznała je na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, koniecznych dla skorzystania z środków ochrony prawnej w celu uchylecia lub zmiany kwestionowanych czynności Zamawiającego. Oceny tej Izba zobowiązana była dokonać z uwzględnieniem zakres zarzutów i żądań z nich wynikających, skierowanych wobec czynności oceny ofert wykonawców i zaproszenia do aukcji elektronicznej w celu wybrania oferty najkorzystniejszej. W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania odrzucenia dwóch konkurencyjnych względem oferty Odwołującego ofert, wybór oferty najkorzystniejszej odbywałby się w oparciu o ceny z ofert nie podlegające dalszemu obniżeniu, gdyż Zamawiający nie mógłby wezwać wykonawców (w tym Odwołującego) do udziału w aukcji elektronicznej, której celem jest uzyskanie korzystniejszych (tańszych) ofert. Ponieważ oferta Odwołującego byłaby wówczas najkorzystniejszą sytuacja tego wykonawcy uległaby polepszeniu i tylko od decyzji Zamawiającego, w kwestii oceny możliwości zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, uzależnione byłoby czy wykonawca uzyska to zamówienie. Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie, iż przy ocenie spełnienia przesłanek do wniesienia odwołania należało uwzględnić okoliczność, iż cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę środków, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przede wszystkim samo stwierdzenie przekroczenia kwoty podanej przez Zamawiającego przy otwarciu ofert nie oznacza automatycznie, że oferta z wyższą od założonej przez Zamawiającego ceną, nie będzie mogła być wybrana. Przepisy Ustawy pozostawiają bowiem Zamawiającemu możliwość pozyskania dodatkowej kwoty środków i dopóki Zamawiający nie wskaże jednoznacznie, iż takiej możliwości nie ma, nie można przesądzić o tym, że oferta Odwołującego nie zostanie wybrana. Ocena szansy na uzyskanie dodatkowych środków prezentowana przed Izbą przez Zamawiającego nie może być uznana za czynność podjętą w postępowaniu w związku z oceną oferty Odwołującego i ewentualnym stwierdzeniem podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Oceniając istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody przez

Odwołującego Izba miała na uwadze stan sprawy wyznaczony czynnościami podjętymi w postępowaniu na moment wniesienia odwołania, które wskazywały na możliwość zmiany pozycji oferty Odwołującego i uznania jej z najkorzystniejszą bez konieczności przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawe dla merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności wynikających z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść obu kwestionowanych ofert oraz zapisy siwz, z którymi oferty miały być niezgodne, tj. załącznik nr 1 do wzoru umowy – opis przedmiotu zamówienia.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest modernizacja istniejącej stacji uzdatniania ścieków zbudowanej na bezie urządzeń General Alektric (wcześniej Zenon), której zakres Zamawiający doprecyzował w załączniku nr 1 do umowy. Zamawiający na rozprawie wyjaśniał, iż oczekuje od zaoferowanego rozwiązania osiągnięcia celu, tj. uzyskania oczyszczonej wody w ilości oraz parametrach wskazanych w siwz (załącznik nr do wzoru umowy). Zamawiający nie narzucał konkretnego rozwiązania, a jedynym jego oczekiwaniem było, aby dostarczone urządzenia w pełni współpracowały z istniejącą infrastrukturą SUŚ i w tym właśnie wymaganii Odwołujący upatruje niezgodności ofert, które przewidują zastosowanie modułu PH520, przy którym system BW nie będzie mógł być wykorzystywany, gdyż moduły PSH nie posiadają górnej głowicy i tym samym nie będzie mogła być zachowana droga dystrybucji roztworu czyszczącego poprzez górną głowicę membran. Utracona zostanie jeszcze jedna ważna funkcja systemu BW czyli możliwość podgrzewu wody roztworu czyszczącego. Odwołujący wskazał, iż obaj wykonawcy błędnie zakładają, że czyszczenie chemiczne odbywać się będzie jedynie przy użyciu płukania wstecznego, co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Powyższe potwierdzać ma, że nowe kasety nie będą w pełni współpracować z istniejącą infrastrukturą. Ponadto, w ofertach opisano jedynie wprowadzenie zmian do systemu sterowania wynikających z zastosowania modułów membranowych PSH 520, niekompatybilnych z obecnym oprogramowaniem aplikacyjnym, bez wskazania planowych czynności usługowych w ramach adaptacji oraz modernizacji systemu sterowania.

Izba ustaliła, iż Zamawiający zaprosił pismami z dnia 07.04.2016 r. do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców: Veolia Water Technologies Sp. z o.o., SEEN Technologie Sp. z o.o. oraz Zakład Ochrony Środowiska HYDROTECH mgr R.B., informując tych wykonawców między innymi o terminie otwarcia aukcji w dniu 12.04.2016, g. 10:00 oraz ilości uzyskanych punktów. Zamawiający nie zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy PIB

„PRZEM-GRI” Sp. z o.o., uznając, że oferta podlega odrzuceniu (o czym inni wykonawcy mieli być poinformowani po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i wyborze oferty najkorzystniejszej).

W dniu 11.04.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców zaproszonych do aukcji elektronicznej, iż nie zostanie ona przeprowadzona w dniu wyznaczonym w zaproszeniu, a o terminie aukcji wykonawcy zostaną powiadomieni odrębnym pismem.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega oddaleniu, gdyż żadna z okoliczności wskazanych w podstawie zarzutów nie prowadziła do wniosku, iż wykonawcy Hydrotech oraz PRZEM-GRI dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, a także że ich oferty podlegały odrzuceniu z przyczyn wskazanych w odwołaniu.

Na wstępie Izba wskazuje, iż zarzuty związane z dopuszczeniem do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy PRZEM-GRI nie były uzasadnione zasadniczo z tej przyczyny, że Zamawiający nie zaprosił tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej, która miała się odbyć w dniu 12.04.2016 r. o godzinie 10:00., a to tej czynności dotyczy odwołanie. Okoliczność, iż Zamawiający odwołał aukcję nie oznacza, że unieważnił wynik oceny ofert, co miałyby wiązać się ze zmianą kręgu podmiotów, do których skierowane zostało w dniu 11.04.2016 r. zaproszenie. Skoro zatem oferta PRZEM-GRI została odrzucona, a wykonawca ten nie został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, to odwołanie w tym zakresie dotyczy czynności, której Zamawiający nie podjął, a zatem nie mogło być skuteczne.

W świetle powyższego dalsze rozważania dotyczą podstawy zarzutów skierowanych wobec oferty wykonawcy zaproszonego do udziału w aukcji elektronicznej, tj. Hydrotech, których podstawa faktyczna była wspólna również w odniesieniu do oferty PRZEM-GRI.

Istota zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, zasadniczo opierała na stwierdzonym podobieństwie oferty Hydrotech z ofertą PRZEM-GRI w części dotyczącej opisu oferowanego rozwiązania, na podstawie czego Odwołujący stwierdził, iż wykonawcy ci zawarli antykonkurencyjne porozumienie, wyczerpujące znamiona czynu nieuczciwej konkurencji o jakim mowa w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego, działania wykonawców mogą zostać zakwalifikowane jako zawarcie porozumienia, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.z.n.k.

Odnośząc się do tak określonej podstawy faktycznej zarzutu Izba dopuściła jako dowód w sprawie korespondencję mailową zawierającą oświadczenie producenta zaofertowanego rozwiązania, tj. spółki Koch Membrane z 21.04.2016 złożone wykonawcy Hydrotech, jako uprawdopodobniające wyjaśnienia tego wykonawcy złożone Zamawiającemu w piśmie z dnia 15.04.2016 r., oraz same wyjaśnienia. Producent poinformował w mailu skierowanym do Hydrotech, że *sporządzony przez Waszą firmę i uzgodniony przez nas opis technologii sposobu wymiany kaset filtracyjnych na stacji uzdatniania ścieków w Zakładzie wytwarzania Katowice na potrzeby przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja Stacji Uzdatniania Ścieków (SUS) w Zakładzie Wytwarzania Katowice” (nr referencyjny 2015/T/TC/04938/L) został przekazany również firmie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane PRZEM-GRI sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, która zwróciła się do nas o przedstawienie oferty techniczno-handlowej na to sam zadanie. Informacje te zostały przekazane w lutym br. w trakcie trwania prac ofertowych dla potrzeb przedmiotowego przetargu. Wasza firma przedstawiając dokumenty do uzgodnienia nie zastrzegła poufności proponowanego rozwiązania. Nasza Firma stoi na stanowisku że ze względu na otwartość i jawność działania, w przypadku braku formalnych zastrzeżeń, ma prawo udostępniać swoje produkty wraz z opisem wszystkim podmiotom które są nimi zainteresowane w formie jaką uzna za właściwą. Odpowiedź ta została wysłana na zapytanie Hydrotech z 21.04.2015 r., w którym zwracał się w związku z wniesionym odwołaniem o przekazanie informacji, czy uzgodniony (...) sposób zastąpienia kaset filtracyjnych firmy ZENON kasetami filtracyjnymi firmy KOCH był przekazany innym podmiotom, jeśli tak to komu i kiedy?*

Uwzględniając powyższe, Izba, na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, tj. przywołanych powyżej dokumentów z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby okoliczności dotyczące podobieństwa w ofertach dotyczącego opisu rozwiązania wskazywały na zawarcie niedozwolonego porozumienia, którego celem miało być wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji w tym postępowaniu, w szczególności polegającego na uzgodnieniu zakresu prac lub ceny. Wywody Odwołującego prezentowane na rozprawie o możliwym uzgodnieniu ceny pomiędzy wykonawcami w taki sposób, aby oferta droższa, tj. Hydrotech została wybrana nie były przekonujące już chociażby z tego powodu, że w związku z przewidywaną aukcją elektroniczną, ostateczna wysokość ceny uzależniona byłaby od przebiegu aukcji, w której aby móc wpływać na jej wynik, obaj wykonawcy pozostający w zмовie musieli by uczestniczyć. Z faktu, iż oferta PRZEM-GRI nie została zakwalifikowana do udziału w aukcji elektronicznej nie można wysnuwać tak swobodnych wniosków, jak te prezentowane przez Odwołującego. Nie można tracić z pola widzenia, iż podobieństwo ofert dotyczy opisu rozwiązania dedykowanego dla tego zamówienia uzgodnionego z

producentem urządzeń, który zainteresowany jest pozyskaniem nowego odbiorcy i, jak sam przyznał, udostępnił PRZEM-GRI materiały wcześniej uzgodnione z Hydrotech. Nie można w tym zakresie dopatrywać się zmywy przetargowej pomiędzy wykonawcami, którzy nie pozostawali ze sobą w kontakcie na etapie przygotowania ofert. Jediną okolicznością na podstawie, której Odwołujący formułował zarzut było podobieństwo obu ofert w części dotyczącej opisu oferowanego rozwiązania, co w świetle przedstawionej odpowiedzi producenta uprawdopodobnia wyjaśnienia Hydrotech, iż opis jaki wykonawca ten uzgodnił dla przedmiotowego zamówienia zostało udostępnione bez jego wiedzy innemu podmiotowi, który złożył ofertę bazującą na tych samych urządzeniach. Sam fakt korzystania z materiałów technicznych dotyczących oferowanych urządzeń nie jest w ocenie Izby wystarczający dla uznania, iż wykonawcy działali w zmywie, uwzględniając przy tym, że obaj wykonawcy pozostawali w kontakcie z producentem urządzeń.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Hydrotech na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał słuszności prezentowanej wykładni zapisu siwz, w którym Zamawiający wymagał zapewnienia, aby dostarczone urządzenia w pełni współpracowały z istniejącą infrastrukturą SUŚ. Izba uznała, iż w świetle opisu przedmiotu zamówienia zaproponowane rozwiązanie mogło bazować na innych urządzeniach niż te jakie obecnie są eksploatowane w SUŚ. Wynika to przede wszystkim ze sposobu opisu wymagań, w których zamawiający skupił się na określeniu oczekiwanego efektu w postaci ilości i jakości wody, pozostawiający wykonawcom dobór urządzeń, których parametry nie zostały przez Zamawiającego narzucone. Zamawiający w kolejnych postanowieniach załącznika nr 1 do wzoru umowy wskazywał na oczekiwania dotyczące kaset membranowych i SUŚ po modernizacji, między innymi opisując parametry jakościowe wody uzdatnionej. Wskazany przez Odwołującego zapis załącznika nr 1 do wzoru umowy nie zawierał szczegółowego opisu wymagań związanych z procesem chemicznego oczyszczania wody, a znaczenie jakie nadał mu Odwołujący odbiega od literalnej treści siwz. Brak wykorzystania pełnej funkcjonalności jednego z elementów stacji bez wykazania, że nie zakłóci to prawidłowej pracy stacji, co mogłoby wpływać na osiągnięcie parametrów wody wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, czynił podstawę zarzutu niepełną. Przede wszystkim oferowane przez Hydrotech rozwiązanie opiera się na innym procesie czyszczenia chemicznego, niż ten jaki obecnie odbywa się przez węzeł WB. Wymaganiem Zamawiającego było, aby urządzenia w pełni współpracowały z istniejącą infrastrukturą, co w ocenie Izby oznaczało konieczność takiego dopasowania urządzeń, które pozwolą na wykorzystanie obecnej infrastruktury, bez zakłócenia pracy urządzeń i potrzeby istotnej przebudowy rozwiązania działającego od przeszło dziesięciu lat. Hydrotech zaoferowało inny, nowszy moduł, który może być wykorzystany na obiekcie. Co istotne w sprawie,

zapewnienie współpracy nie mogło być rozumiane jako ograniczenie możliwych do zastosowania rozwiązań, tj. wyłącznie do dotychczas zainstalowanych urządzeń. W tym kierunku zmierzała argumentacja Odwołującego, który w ogóle nie odnosił się do twierdzeń Hydrotech, że zastosowanie modułu PH250 pozwoli osiągnąć parametry oczekiwane przez Zamawiającego. Skoro węzeł BW nie musi być wykorzystany dla osiągnięcia tych samych efektów, to nie można stwierdzić, aby moduł PH250 nie współpracował z urządzeniem w sposób zapewniający osiągnięcie celu, tj. uzyskania oczekiwanych parametrów jakościowych wody uzdatnionej.

W świetle poczynionych ustaleń co do przebiegu czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponieważ Odwołujący w żaden sposób nie rozwinął argumentacji dotyczącej braku udostępnienia treści ofert, Izba nie miała możliwości rozpoznania zarzutu, wyznaczonego okolicznościami faktycznymi, które nie zostały przez Odwołującego omówione, tak w odwołaniu, jak i na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe odwołanie nie mogło być zasadne, co prowadziło do stwierdzenia, iż Zamawiający nie naruszył wskazanych w podstawie zarzutów przepisów Ustawy, a czynność oceny oferty Hydrotech nie wymaga korekty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy, obejmującym wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby dwóch pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego. Izba nie uwzględniła kwoty wskazane w zestawieniu kosztów, która nie znajdowała uzasadnienia w załączonym rachunku. Ponadto Izba nie mogła stwierdzić dlaczego podana kwota 120 zł. została przemnożona razy 6, skoro na rozprawie Zamawiającego reprezentowało pięciu pełnomocników (jeżeli prawidłowo Izba uznała, iż mnożnik dotyczy ilości pełnomocników).

Przewodniczący: