

Sygn. akt: KIO 1501/18

**WYROK**  
**z dnia 17 sierpnia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 sierpnia 2018 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 lipca 2018 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) PTB NICKEL Sp. z o. o. z siedzibą w Jelonku k. Poznania - Lider konsorcjum; 2) „Firma M.” Sp. z o. o. Sp. K. z siedzibą w Bytomiu - Partner konsorcjum, ul. Szyby Rycerskie 1, 41-909 Bytom; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Obornicka 6B, 62-002 Suchy Las** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Zduńskiej Woli Sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli, ul. Królewska 15, 98-220 Zduńska Wola**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Mostostal Warszawa S.A. (Lider konsorcjum); 2) SANELL sp. z o. o., ul. Zbąszyńska 3, 91 - 342 Łódź (Partner konsorcjum); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 12 A, 02-673 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) PTB NICKEL Sp. z o. o. z siedzibą w Jelonku k. Poznania - Lider konsorcjum; 2) „Firma M.” Sp. z o. o. Sp. K. z siedzibą w Bytomiu - Partner konsorcjum, ul. Szyby Rycerskie 1, 41-909 Bytom; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Obornicka 6B, 62-002 Suchy Las i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) PTB NICKEL Sp. z o. o. z siedzibą w Jelonku k. Poznania - Lider konsorcjum; 2) „Firma M.” Sp. z o. o. Sp. K. z siedzibą w Bytomiu - Partner konsorcjum, ul. Szyby Rycerskie 1, 41-909 Bytom; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Obornicka 6B, 62-002 Suchy Las** 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 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Sieradzu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Budowa centrum rekreacyjno-sportowego RELAKS w Zduńskiej Woli*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 077-170751 z 20.04.2018 r., przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Zduńskiej Woli Sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej Woli, ul. Królewska 15, 98-220 Zduńska Wola zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 20.07.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Firm: 1) Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12 A, 02-673 Warszawa (Lider konsorcjum); 2) SANELL sp. z o. o., ul. Zbąszyńska 3, 91 - 342 Łódź (Partner konsorcjum); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Konstruktorska 12 A, 02-673 Warszawa zwany dalej: „*Konsorcjum Mostostal*” albo „*wykonawców Mostostal Warszawa S.A. i Sannell Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – Konsorcjum Firm: 1) PTB NICKEL Sp. z o. o. z siedzibą w Jelonku k. Poznania - Lider konsorcjum, ul. Obornicka 6B, 62-002 Suchy Las; 2) „Firma M.” Sp. z o. o. Sp. K. z siedzibą w Bytomiu - Partner konsorcjum, ul. Szyby Rycerskie 1, 41-909 Bytom zwanej dalej: „*Konsorcjum PTB NICKEL*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 30.07.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum PTB NICKEL wniosła odwołanie na w/w czynności z 20.07.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.05.2018 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „*Pzp*” poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum wykonawców Mostostal Warszawa S.A. i Sannell Sp. z o.o. do wykazania prawidłowego potencjału technicznego - doświadczenia, co w świetle treści oferty Wykonawcy było obowiązkiem Zamawiającego i miało wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania - tj. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców Mostostal Warszawa S.A. i Sanell Sp. z o.o. mimo sprzeczności treści tej oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”;
3. art. 90 ust. 3 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców - Mostostal Warszawa S.A. I Sannell Sp. z o.o. pomimo, że Wykonawca ten nie udowodnił, iż jego oferta zawiera cenę, która nie spełnia przesłanek ceny rażąco niskiej i

nie może za taką być uznana, którym to zaniechaniem Zamawiający naruszył zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum wykonawców Mostostal Warszawa S.A. i Sanell Sp. z o.o. z pominięciem kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji oraz mimo sprzeczności treści tej oferty z treścią SIWZ;

Mając na uwadze powyższe wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku nakazanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców Mostostal Warszawa S.A. i Sanell Sp. z o.o. z uwagi na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ;

względnie,

3. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku nakazanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców Mostostal Warszawa S.A. i Sanell Sp. z o.o. z uwagi brak wykazania, że cena oferty Konsorcjum nie jest rażąco niska;

względnie:

4. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej wyniku nakazanie wezwania Wykonawców Mostostal Warszawa S.A. oraz Sannell Sp. z o.o. do wykazania prawidłowego, zgodnego z warunkami udziału postępowania potencjału technicznego - doświadczenia,

5. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa w specjalności <sieci i instalacje wodno-kanalizacyjne> na okoliczności wskazane w treści odwołania w celu określenia, czy zaoferowana przez Wykonawcę - Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. oraz Sannell Sp. z o.o. jako kryterium oceny ofert ilość wody do płukania instalacji w systemie tygodniowym jest możliwa w realizacji zamówienia zgodnie z projektem budowlanym załączonym do SIWZ oraz ofertą tegoż wykonawcy

Zarzut I. Zamawiający w postępowaniu przed dokonaniem wyboru oferty zastosował procedurę jej oceny pod kątem kalkulacji ceny, aby wykluczyć możliwość zastosowania ceny rażąco niskiej, (bezsporne) Wykonawca - Mostostal Warszawa S.A. oraz Sannell Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 14.06.2018 r., do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny, które wskazywało, że: *„wyjaśnienia powinny odnosić się nie tylko do ceny za przedmiot zamówienia, ale także do cen rynkowych oraz obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny, w szczególności takich jak oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wybrane rozwiązania organizacyjne, sprzyjające warunki zamówienia, pomoc publiczna, koszty osobowe i koszty techniczne”* udzielił z pozoru szczegółowych odpowiedzi zwłaszcza w zakresie posiadania

wielu ofert i wycen części realizacji zamówienia, jednakże odpowiedzi te nie są pełne i jako takie potwierdzają brak wykazania przez Wykonawcę zastosowania ceny rażąco niskiej. Wykonawca wiele miejsca w swojej odpowiedzi poświęcił kwestii zasadności samego wezwania do udzielania wyjaśnień, kwestionując jego podstawy, lecz udzielając ich pominał wymagania jakie w wezwaniu zostały postawione. Wymagania te powinny zostać wypełnione precyzyjnie poprzez przedłożenie dowodów lub jak w przypadku pomocy publicznej przynajmniej oświadczeniu o jej nie otrzymaniu lub braku wpływu jeśli pomoc ta nie miałaby znaczenia. Odpowiedź lakonicznie wskazuje, że wynagrodzenia osób uczestniczących w realizacji zamówienia zostały określone na poziomie wyższym od wynagrodzeń minimalnych zaś pomija zupełnie kwestie pomocy publicznej o której wskazanie i określenie ewentualnego wpływu wnosił wprost Zamawiający w wezwaniu. Brak kilku elementów z wezwania w tym schematów organizacyjnych, podziału wynagrodzeń uwzględnionego w kosztach i nadto pomocy publicznej potwierdza wprost, że odpowiedź Wykonawcy nie jest pełna. Wykonawca w ramach weryfikacji rażąco niskiej ceny jest zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie nosi znamion rażąco niskiej. Zamawiający w tym przypadku nie ma prawa wezwać ponownie Wykonawcy do uzupełnienia wyjaśnień, bowiem ten element został pierwotnie objęty treścią wezwania, co do którego nie udzielono odpowiedzi. Oferta wykonawcy, który nie wykazał, że jego cena nie nosi znamion rażąco niskiej, w tym w szczególności nie udzielił wyjaśnień podlega odrzuceniu.

Zarzut II. W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w Rozdziale VI ust. 1 pkt. 3) ppkt a) tiret pierwszy, Zamawiający wymagał wykazania przez Wykonawcę w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert doświadczenia w realizacji minimum dwóch robót polegających na budowie obiektu rekreacyjno - sportowego z basenami wewnętrznymi (krytymi) o powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 400m<sup>2</sup> wraz z infrastrukturą towarzyszącą, o wartość netto nie mniejszej niż 22 mln. złotych netto. Z treści warunku wynika jednoznacznie, że wykonawca miał wykazać, że wykonał należycie zadania spełniające postawiony warunek. Wykonawca temu warunkowi nie sprostął, a zastosowana przez Zamawiającego procedura weryfikacji potencjału nie obejmowała okoliczności potwierdzających, czy Mostostal Warszawa realizując wspólnie z innymi podmiotami zadanie Budowy Wodnego Centrum Rekreacyjno Sportowego AQUASFERA w Olsztynie (wraz z Warmińskim Przedsiębiorstwem Budowlanym ROMBUD Sp. z o.o. oraz Acciona Constricción S.A.) oraz Rozbudowy Basebolowego Kompleksu Turystyczno-Rekreacyjno - Sportowego w Kutnie (wraz z Przedsiębiorstwem Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A.). Zauważył, iż w ramach dokumentów i poświadczeń przedstawionych przez Wykonawcę w zakresie wykazania powyższego warunku Wykonawca przedstawił wyłącznie doświadczenie Spółki Mostostal Warszawa S.A. i to zdobyte w realizacji wspólnych inwestycji razem z innymi Partnerami, którzy nie

uczestniczą w Postępowaniu w ramach którego niniejsze odwołanie zostało złożone. Ani z poświadczeń, ani też z przedstawionych innych dokumentów w postępowaniu nie wynika zaś jakie doświadczenie oraz jakiej wartości roboty wykonał w ramach wspólnej realizacji Mostostal Warszawa S.A. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt* wykonawca indywidualnie biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może powoływać się na doświadczenie grupy wykonawców, której był członkiem przy realizacji innego zamówienia publicznego, jeżeli faktycznie i konkretnie w jego realizacji nie uczestniczył. Oznacza w świetle postawionego warunku, który nie wskazuje na dopuszczenie robót w których jedynie uczestniczył wykonawca, a tylko te które wykonał, że przynajmniej nie ma wiedzy Zamawiający o tym jakim faktycznie doświadczeniem indywidualnym legitymował się Mostostal Warszawa S.A. oraz czy spełnił wymagania postępowania. O ile w przypadku robót budowlanych w Olsztynie wątpliwości mogłyby być niewielkie, także wskutek udzielanych innych wyjaśnień oraz wartości zadania, to roboty w Kutnie względem wymaganej wartości oscylują na granicy postawionego progu, co może oznaczać, że nawet niewielka jak na wymagania, bo około 1 miliona wartość robót Partnera w tym przypadku powoduje, że doświadczenie w realizacji robót Mostostal Warszawa S.A. nie spełnia postawionego warunku. Zaniechanie weryfikacji tego warunku w ww. zakresie stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp, gdyż stanowi obowiązek Zamawiającego, a nie jedynie uprawnienie. Charakter tego naruszenia jest na tyle doniosły, że ewentualna weryfikacja może doprowadzić do stwierdzenia, że Wykonawca został wybrany niezgodnie z warunkami postępowania, zaś nie wykazanie warunku udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem tegoż wykonawcy z postępowania.

Zarzut III. Przedmiotem postępowania o zamówienie publiczne oznaczonego nr 9/2018, prowadzonego przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Zduńskiej Woli Spółka z Ograniczoną Odpowiedzialnością jest wyłonienie wykonawcy do wykonania roboty budowlanej na podstawie posiadanego przez Zamawiającego projektu budowlanego. Oferta złożona przez konsorcjum wykonawców Mostostal Warszawa S.A. i Sanell Sp. z o.o. przewiduje zastosowanie dodatkowej instalacji ultrafiltracji przeznaczonej do oczyszczania wody zużytej do płukania filtrów (tzw. popłuczyn). W efekcie procesu ultrafiltracji wody zużytej do płukania filtrów (popłuczyn) odzyskuje się większość wody z popłuczyn w ilości 80%, która w tym procesie uzyskuje odpowiednią czystość i może wrócić do obiegu basenowego, natomiast „koncentrat” popłuczyn jest zrzucany do kanalizacji jako ściek. Abstrahując od korzyści z tego procesu technologicznego należy wskazać, że projekt budowlany, wg którego wykonawcy obowiązani byli przygotować oferty na wykonanie przedmiotowej roboty budowlanej, nie przewiduje tej instalacji, tak więc

oferta nr 1 jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i jako taka winna być odrzucona przez Zamawiającego, czego Zamawiający zaniechał.

W tym miejscu wskazał na implikacje zastosowania tej nieprzewidzianej w projekcie budowlanym instalacji, poza oczywistą niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- po pierwsze - w związku z wprowadzeniem do obiegu technologicznego nowej instalacji znajdzie najprawdopodobniej potrzeba zmiany posadowienia urządzeń, a co za tym idzie i wymiarów pomieszczeń; a także może zajść konieczność przeprojektowania budynku z uwagi na potrzebę zastosowania zbiornika uśredniającego. W efekcie powyższego konieczna może być zmiana pozwolenia na budowę;
- po drugie - z uwagi na potrzebę zasilenia i zaopatrzenia nieprzewidzianej w projekcie budowlanym instalacji nieaktualne stają się założenia Zamawiającego dotyczące zapotrzebowania projektowanego budynku na energię elektryczną, chemikalia do czyszczenia instalacji oraz koszty wymiany dodatkowych filtrów w pewnym cyklu czasowym.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przewidział 4 kryteria oceny ofert. Oprócz kryterium ceny o wadze 60% zamawiający ważył oferty pod względem: kryterium T - terminu wykonania zamówienia o wadze 15%; kryterium techniczno-ekonomicznym K o wadze 20% - sumarycznej ilości wody, jaką ma konsumować instalacja do płukania 6 filtrów w ciągu tygodnia przy wymaganym dwukrotnym płukaniu filtrów w ciągu tygodnia; Kryterium społeczne S o wadze 5% - ilości pracowników skierowanych do realizacji zamówienia zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na pełen etat przez cały czas realizacji umowy, pochodzących z jednej z grup upośledzonych społecznie w rozumieniu art. 29 ust. 4 Pzp. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - załącznikiem do SIWZ stanowiącym opis techniczny projektu branży sanitarnej o nazwie ZW-TBAS-PB-28-12-2016- w4-rew2, będącym podstawą sporządzenia oferty przez wykonawców, w dziale 3 tego dokumentu pn. *Opis procesu uzdatniania wody* zapisano, iż proces uzdatniania wody basenowej ma spełniać wymogi normy DIN 19643. Norma DIN 19643 jednoznacznie określa pojęcie wody koniecznej do płukania filtrów VR wyrażonej w m<sup>3</sup> wzoru  $VR=6 \times VF$ , gdzie VF to powierzchnia przekroju filtra (powierzchnia filtracji) wyrażona w m<sup>2</sup>. Przyjęcie przez Zamawiającego takiego rozumienia pojęcia „wody do płukania filtrów” potwierdzają również założenia projektowe zawarte w *Projekcie budowlanym instalacji wodociągowej i kanalizacji sanitarnej* (element projektu budowlanego stanowiącego załącznik do SIWZ), gdzie w jednostce redakcyjnej tekstu II. 10 pn. *Obliczenia ilości ścieków* Zamawiający założył: „*ścieki z płukania filtrów łącznie: 290 m<sup>3</sup> / tydzień. Czas płukania wynosi 8 min. Filtry płukane są 2 razy w tygodniu. Każdy filtr jest płukany oddzielnie. Płukanie nie może zostać przerwane.*” Przy rozumieniu pojęcia wody do płukania filtrów wg zalecanej w SIWZ normy DIN 19643 ilość wody do płukania 6 obiegów filtrów w projektowanym obiekcie w ciągu tygodnia, przy

założeniu dwukrotnego płukania, nie może być mniejsza niż 262,25 m<sup>3</sup>. Zastosowanie przez konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. i Sanell Sp. z o.o. dodatkowej, nieprzewidzianej i niezgodnej z treścią SIWZ, instalacji ultrafiltracji wody użytej do płukania filtrów (popłuczyn) zmniejsza ilość ścieków odprowadzanych do kanalizacji, jednak nie zmniejsza ilości wody zużywanej do płukania filtrów, co należy rozumieć zgodnie z normą DIN 19643 wg wskazania zawartego w treści SIWZ. Konsorcjum Mostostal Warszawa S.A. i Sanell Sp. z o.o. w swojej ofercie nr 2 dla kryterium K wskazało wartość 29,5 m<sup>3</sup>, co najprawdopodobniej jest ilością ścieków zrzucanych do kanalizacji po procesie ultrafiltracji wody zużytej do płukania filtrów. Jest to wartość niemożliwa do osiągnięcia do dwukrotnego płukania 6 zespołów filtrów w projektowanym obiekcie zgodnie z normą DIN 19643. Tym samym oferta w nr 2, złożona przez konsorcjum wykonawców Mostostal Warszawa S.A. i Sanell Sp. z o.o., w zakresie tego kryterium pozostaje nie tylko niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale również nierealna w zakresie realizacji zamówienia opartego na przedmiotowej ofercie. Zamawiający mimo nierealności parametru K (ilości wody zużytej w ciągu tygodnia podczas płukania filtrów dla obiegów 1-6 przy wymaganym płukaniu każdego filtra 2 razy w tygodniu) nie wyjaśnił przedmiotowej kwestii i dopuścił w tym kryterium wartość nierealną lub wartość ilości ścieków po ultrafiltracji popłuczyn, co oznaczałoby, że dopuścił się zakazanej zmiany kryterium wyboru po terminie składania ofert. Powyższe oznacza również, że oferta nr 2 w zakresie kryterium K jest wprost niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz, że warunek nierzeczywisty został przez Zamawiającego oceniony w kryterium (przyznanie punktów) tak jakby był realny i mógłby skutkować prawidłową oceną punktową. Takie działanie Zamawiającego względem oferty wybranego wykonawcy narusza uczciwą konkurencję w stosunku do innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu w tym do Odwołującego. Może też być źródłem naliczenia potężnych kar umownych za niespełnienie deklaracji z kryterium w ramach realizacji Umowy, co nie może samo w sobie usprawiedliwiać niespełnienia zobowiązania zawartego w ofercie względem Zamawiającego, a Zamawiającego usprawiedliwiać w tym względzie niejako za posiadanie ekwiwalentu pieniężnego (kar).

Zamawiający w dniu 30.07.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.08.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Mostostal zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.



Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

W kontekście interesu w uzyskaniu zamówienia. W pierwszej kolejności Izba podnosi, że wada wskazywana w piśmie procesowym Przystępującego oraz na rozprawie w ofercie Odwołującego nie była przedmiotem oceny ze strony Zamawiającego, więc wszelkiego rodzaju oceny, czy też skutki (unieważnienie postępowania) wynikające z takich czy innych zapisów w ofercie Odwołującego są przedwczesne. W konsekwencji ewentualne unieważnienie postępowanie dotyczy stanu przyszłego i niepewnego. Jednocześnie, Izba sygnalizuje wraz z wyrokiem TSUE z 11.05.2017 r., sygn. akt: C-131/16 Archus et Gama – pojęcie danego zamówienia może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania (za wyrokiem KIO z 07.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1222/17, KIO 1224/17, patrz też: postanowienie z 24.10.2017 r., sygn. akt: KIO 2145/17, czy też wyrok KIO z 24.04.2018 r., sygn. akt: KIO 624/18, KIO 645/18).

W następnej kolejności co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego, z uwagi na brak środków finansowych na wybór oferty Odwołującego, na co wskazywał Zamawiający i Przystępujący, Izba wskazuje na następujące okoliczności. Takie stanowisko, co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia, po stronie Odwołującego ma charakter przedwczesny. Nie złożono na rozprawie żadnych dokumentów potwierdzających brak środków, sam protokół postępowania w tym zakresie nie jest niepodważalnym dowodem. Nawet, gdyby taki dokument przedstawiono można by jedynie rozpatrywać go jako wstępną deklarację wymagającą potwierdzenia w sytuacji zaistnienia sytuacji, gdy jedyną ważną ofertą w postępowaniu będzie oferta przekraczające środki przeznaczone przez Zamawiającego. Należy zauważyć, że Wykonawca ma prawo domagać się przeprowadzenia czynności oceny złożonych ofert, jak i samego wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami Pzp. Ewentualne unieważnienie postępowania, byłoby natomiast czynnością następczą, po wyborze oferty najkorzystniejszej i podlegałoby kontroli ze strony Wykonawców, w ramach środków ochrony prawnej. Podobnie w wyroku

KIO z 18.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1338/13, czy też wyroku KIO z 02.04.2014 r., sygn. akt: KIO 568/14. Dodatkowo, działania Przystępującego może w aktualnej sytuacji procesowej rodzić wątpliwości, czy nie jest przejawem taktyki procesowej, tym bardziej że Przystępujący wiedział o terminie rozprawy i mógł uzyskać stosowny dowód od Zamawiającego, po którego stronie przystąpił. W tym bowiem wypadku, należy także wziąć pod uwagę, daleko idące skutki, ewentualnego uznania braku interesu, w tym brak rozpatrzenia merytorycznego zarzutów odwołania. Podobnie w wyroku KIO z 26.05.2015 r., sygn. akt: KIO 983/15. (za wyrokiem KIO z 14.12.2015 r., sygn. akt: KIO 2622/15, jak i wyrokiem KIO 29.03.2017 r., sygn. akt: KIO 512/17).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ, zmiany SIWZ z 25.05.2018 r., jak i wyjaśnienia nr 1, 2, 3, 4, 5 i 6, projektu budowlanego (zał. nr 1 do SIWZ), projektu umowy (zał. nr 10 do SIWZ) – zwłaszcza branża sanitarna /WODKAN - PB\_Z.Wola\_RELAKS\_W-K\_Opis oraz Technologia Basenowa - ZW-TBAS-PB-28-12-2016-w4-rew2/, Wytyczne do opracowania projektu wykonawczego (zał. nr 4 do SIWZ), oferty Przystępującego, wezwania w trybie 26 ust. 1 Pzp, odpowiedzi z 12.07.2018 r. wraz z wykazem robót i listem referencyjnym Prezydenta Olsztyna, protokołem końcowym odbioru robót, poświadczeniem z 05.04.2013 r., wezwaniem do uzupełnienia z 17.07.2018 r., odpowiedzią z 19.07.2018 r. wraz z protokołem odbioru technicznego i przekazania do eksploatacji 07.02.2012 r., decyzją z 17.02.2012 r. – pozwolenie na użytkowanie, kopią umowy JRP.II-03/04/2011/08, wezwaniem z 14.06.2018 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnieniami wraz z 42 załącznikami /w tym kosztorys ofertowy/ (całość została odtajniona przez Zamawiającego), jak i wyborze oferty najkorzystniejszej z 20.07.2018 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- Wyliczenie minimalnej ilości wody zużywanej do płukania 6 obwodów filtrów w projektowanym obiekcie w ciągu tygodnia przy wymogu dwukrotnego płukania zgodnie z wymogami normy DIN 19643.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone w raz z pismem procesowym przez Przystępującego:

1. Dobór podstawowych parametrów obiegu basenowych i podstawowych urządzeń obiegu uzdatniania wody basenowej. Bilans zrzutu ścieków i zapotrzebowania wody na potrzeby technologii uzdatniania wody basenowej;
2. Wyliczenie opłacalności zastosowania urządzenia do ultrafiltracji;
3. Porównanie różnicy w kosztach eksploatacji między ofertami;

4. Porozumienie Wykonawcze z 07.01.2010 r. do umowy konsorcjum – dotyczy zadania w Kutnie.

5. Wyciąg z formularza oferty Odwołującego.

Izba oddaliła wniosek o powołanie dowód z opinii biegłego w zakresie budownictwa w specjalizacji: instalacje - sieci i instalacje wodno-kanalizacyjne na okoliczność rozumienia pojęcia ilości wody zużywanej do płukania filtrów w rozumieniu normy DIN 19643, minimalnej ilości wody zużywanej do płukania obwodów filtrów 1-6 w tygodniu przy dwukrotnym płukaniu każdego filtra w projektowanym obiekcie w rozumieniu określonym przez wskazaną normę DIN19633. Uznając w tym zakresie, że Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania innej technologii niż wynikająca z projektu budowlanego.

Izba wzięła także pod uwagę i zapoznała się z załącznikiem do protokołu, tj. złożonym na rozprawie - oświadczeniem Odwołującego na piśmie w ramach, którego przedstawił swoje stanowisko do zarzutu naruszenia art. 26 ust.3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wzięły pod uwagę odwołanie i przystąpienie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

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

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Przystępującego do wykazania prawidłowego potencjału technicznego - doświadczenia, co w świetle treści oferty Wykonawcy było obowiązkiem Zamawiającego i miało wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania - tj. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Przystępującego mimo sprzeczności treści tej oferty z treścią SIWZ;
3. art. 90 ust. 3 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców - Przystępującego pomimo, że Wykonawca ten nie udowodnił, iż jego oferta zawiera cenę, która nie spełnia przesłanek ceny rażąco niskiej i nie może za taką być uznana, którym to zaniechaniem Zamawiający naruszył zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Przystępującego z pominięciem kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji oraz mimo sprzeczności treści tej oferty z treścią SIWZ;

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania.

Następnie w ramach SIWZ – istotne są postanowienia z Rozdz. III pkt 1 a) i g), Rozdz. VI ust. 3 lit. a tiret pierwszy, Rozdz. VIII ust. 7 pkt 2 lit. a, Rozdz. XVI, projekt budowlany (zał. nr 1 do SIWZ), projekt umowy (zał. nr 10 do SIWZ) – zwłaszcza branża sanitarna /WODKAN - PB\_Z.Wola\_RELAKS\_W-K\_Opis oraz Technologia Basenowa - ZW-TBAS-PB-28-12-2016-w4-rew2/, Wytycznych do opracowania projektu wykonawczego (zał. nr 4 do SIWZ). Treść oferty Przystępującego, jak i wezwanie w trybie 26 ust. 1 Pzp, odpowiedzi z 12.07.2018 r. wraz z wykazem robót i listem referencyjnym Prezydenta Olsztyna, protokołem końcowym odbioru robót, poświadczeniem z 05.04.2013 r., wezwaniem do uzupełnienia z 17.07.2018 r., odpowiedzią z 19.07.2018 r. wraz z protokołem odbioru technicznego i przekazania do eksploatacji 07.02.2012 r., decyzją z 17.02.2012 r. – pozwolenie na użytkowanie, kopią umowy JRP.II-03/04/2011/08, wezwanie z 14.06.2018 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, wyjaśnienia wraz z 42 załącznikami /w tym kosztorys ofertowy/ (całość została odtajniona przez Zamawiającego).

Uznając, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności wykazywania się przez Przystępującego zadaniem w Kutnie, co do wyczerpującego charakteru wyjaśnień uzyskanych przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp oraz odnośnie możliwości zaoferowania dodatkowego urządzenia do ilfirtacji przez Przystępującego w kontekście projektu budowlanego i postanowień SIWZ. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanego zarzutu.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba po analizie zgromadzonego materiału dowodowego i weryfikacji złożonych oświadczeń złożonych na rozprawie uznała zaistnienie przesłanek do oddalenia odwołania.

W pierwszej kolejności, Izba stwierdziła, że podzieliła jedynie częściowo stanowisko Przystępującego, co do nieprecyzyjnego charakteru zarzutu dotyczącego doświadczenia jakim miał się wykazać w niniejszym postępowaniu. Nie jest bowiem najważniejsza kwestia podania właściwej podstawy prawnej w ramach zarzutu, ale okoliczności faktycznych

będących istotą zarzutu. Izba uznała, że o zarzucie nie decyduje jedynie wskazana podstawa prawna, ale także podstawa faktyczna zarzutu. Samo bowiem wskazanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu, zarzuty to okoliczności faktyczne, na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem się Zamawiającego w postępowaniu, a które zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej doprowadziło do naruszenia przepisów prawa. (za wyrokiem KIO z 18.06.2018 r., sygn. akt: KIO/UZP 545/08). W wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. w sprawie o sygn. akt: X Ga 110/09 stwierdza się, że: "O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.". Podobnie (za wyrokiem KIO z 21.01.2015 r., sygn. akt: KIO 17/15), zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Wskazany przepis jednoznacznie wymaga, aby zarzut został zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. W wyroku KIO z 12.02.2014 r. o sygn. akt: KIO 140/14 KIO zaakcentowała, że zarzut to nie tylko wskazanie normy prawa, ale także uzasadnienie faktyczne. Zarzut winien wskazywać konkretną czynność lub zaniechanie zamawiającego, przez które doszło do naruszenia przepisów prawa, a także winien określać okoliczności faktyczne, potwierdzające naruszenie przepisów prawa (art. 180 ust. 1 Pzp). Zarzuty winny zostać w pełni sprecyzowane już w samym odwołaniu, gdyż umożliwia to zamawiającemu i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez Odwołującego czynności Zamawiającego. Określenie, po wniesieniu odwołania, dodatkowych podstaw faktycznych, świadczących o naruszeniu wskazanych w odwołaniu podstaw prawnych, należy uznać za spóźnione. Podobnie w wyroku z 10.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1498/13 KIO podkreśliła, że przepisy Pzp, nakazują potrzebę ścisłego odczytywania zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, decydująca o uwzględnieniu żądania odwołania. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnie wskazanej podstawie faktycznej. Rolą Odwołującego podnoszącego dany zarzut jest precyzyjne uchwycenie i wykazanie kwestii, która jego zdaniem wskazuje na naruszenie prawa przez Zamawiającego, ogólne sformułowanie zarzutu uniemożliwia jego uwzględnienie, gdyż Izba nie może wywodzić z tych ogólnych czy

nieprecyzyjnych sformułowań domniemanej treści zarzutu, będącego w rzeczywistości istotnym w sprawie. (za wyrokiem KIO z 11.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1536/17).

Jednocześnie, w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący wnosił w zarzucie o wyczerpanie trybu z art. 26 ust. 3 Pzp, bez którego nie można wykluczyć na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp. W ocenie Izby, Odwołujący w sposób wystarczający określił zarzut, co do zadania w Kutnie. Inny stan rzeczy miał miejsce odnośnie zadania w Olsztynie. Odwołujący bowiem przeczył sam w sobie w odwołaniu w tym zakresie. Raz twierdząc, że winno to zadanie podlegać zweryfikowaniu później zaś stwierdzając, że: „o ile w przypadku robót budowlanych w Olsztynie wątpliwości mogłyby być niewielkie”. Wobec powyższego, Izba ograniczyła się w rozpoznaniu zarzutu co do zarzutu w Kutnie, w zakresie zadania w Olsztynie stwierdzając, że owe „niewielkie wątpliwości” Odwołującego – Przystępujący rozwiął okazując stosowny dokument potwierdzający wykazanie się zadaniem na oczekiwany przez Zamawiającego zakres i wartość (stosowne porozumienie wykonawcze między członkami konsorcjum oraz aneks do umowy nr 3/12 z dnia 6.12.2012r.). Izba wobec „niewielkich wątpliwości” Odwołującego przystąpiła na taką formę działania Przystępującego na rozprawie, dokonując w tym zakresie stosownego wpisu do protokołu, a strony były obecne przy okazaniu tego dokument.

Odnosząc się sensu stricto już do zarzutu dotyczącego zadania w Kutnie. Izba potwierdza co do zasady sposób rozumienia wyroku Esaprojekt w stosunku do konsorcjum – motyw 64. Doświadczenie członka konsorcjum należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego Wykonawcy w realizacji w ramach konsorcjum, czyli jego faktycznego wkładu. Wykonawca nie może polegać, do celów wymaganych przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Niewystarczające jest powoływanie się na potencjał całego konsorcjum – bez wyraźnego wskazania, jaką część – i o jakiej wartości – realizował Wykonawca (występujący poprzednio w konsorcjum). Podobnie stwierdza wyrok KIO z 04.10.2017 r., sygn. akt: 1987/17, wyrok KIO z 26.05.2017 r., sygn. akt: 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, ale również wyrok KIO z 22.03.2018 r., sygn. akt: KIO 326/18, KIO 327/18, jak i wyrok KIO z 11.04.2018 r., sygn. akt: KIO 568/18.

1. Jednakże, Izba podkreśla, że wyroki przywołane przez Zamawiającego o sygn. akt: KIO 1854/17, ale i o sygn. akt: KIO 1113/17 zwracają uwagę, podobnie zresztą, jak i wyrok KIO z 22.03.2018 r., sygn. akt: KIO 326/18, KIO 327/18, jak i wyrok KIO z 11.04.2018 r., sygn. akt: KIO 568/18 – na kwestie możliwości, jakie daje Zamawiającemu w SIWZ art. 23 ust. 5 i 6 Pzp. Izba stoi na stanowisku, że aby w sposób jednoznaczny wymagać wykazania się faktycznym doświadczeniem wynikającym z wcześniejszego konsorcjum Zamawiający winien to jasno określić w SIWZ. Należy bowiem zauważyć, że Wykonawcy nie mogą być zaskakiwani nie wyrażonymi w SIWZ żądaniami określonych dokumentów.

W przedmiotowym stanie faktycznym tak nie było, wobec powyższego, Izba wzięła powyższą okoliczność pod uwagę. Kierując się także tym, że wszelkie niejasne postanowienia SIWZ (w tym wypadku ich brak) nie można interpretować na niekorzyść, w tym wypadku Przystępującego. Nadto w przytoczonych orzeczeniach z 2018 r., Izba każdorazowo analizowała dany stan faktyczny oraz dowody przedkładane w sprawie. W tym wypadku, Przystępujący złożył wraz z pismem procesowym dowód, który potwierdzał oczekiwane doświadczenie Mostostal Warszawa S.A. w zakresie zadania w Kutnie (Porozumienie Wykonawcze z 07.01.2010 r. do umowy konsorcjum – dotyczy zadania w Kutnie).

Izba uznała abstrahując, od przywołanych powyżej braków w SIWZ, że ewentualne wzywanie do wyjaśnień, czy też w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jedynie zbędnie przedłużyłoby postępowanie. Tym bardziej, że Zamawiający znał inwestycję w Kutnie, gdyż przeprowadził tam wizje lokalną i miał wiedzę o kluczowym udziale w tej realizacji przez Mostostal Warszawa S.A.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie trzeciego zarzutu, Izba w/w zarzut oddaliła.

W tym zakresie podkreślając przede wszystkim jego głośowny charakter. Odwołujący zakwestionował wyjaśnienia ceny rażąco niskiej ograniczając się jedynie do stwierdzenia braku odniesienia się do pomocy publicznej i załączenia dowodów takich jak schemat organizacyjny. Przy czym, nie odniósł się w żaden sposób do 42 załączników do wyjaśnień o charakterze dowodowym (m.in. kosztorys ofertowy). Nie odniósł się do ofert dostawców materiałów, czy też wykonawców usług budowlanych, czyli podwykonawców. Jego argumentacja na rozprawie nie została w żaden sposób pogłębiona. Izba podkreśla, że okoliczność iż ciężar dowodowy, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust.1a Pzp spoczywa na Wykonawcy, który ją złożył, nie zwalnia Odwołującego z jakiegokolwiek dowodzenia na rzecz zasadności swoich zarzutów. Należy w tym miejscu potwierdzić wywody Przystępującego, że żądania zawarte w wezwaniu z 14.06. 2018 r. miały charakter przykładowy. Dotyczyło to także schematów organizacyjnych, czy też podziału wynagrodzeń.

Jedynie sygnalizacyjnie, Izba podkreśla, że zarzuty Przystępującego sformułowane, co do samego wezwania z 14.06.2018 r., skoro nie zostało ono zakwestionowane na wcześniejszym etapie poprzez odwołanie, jego obecne kwestionowanie jest spóźnione. Zamawiający zaś może wzywać do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej (w zakresie ceny która budzi wątpliwości zamawiającego) także gdy różnica w postępowaniu nie jest niższa niż 30 %.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie drugiego zarzutu, Izba w/w zarzut oddaliła.

Należy wyjaśniać, że kluczową jest kwestia tego rodzaju, że w ocenie Izby, zarzut podlega oddaleniu, jak i wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, z uwagi na to, że Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania innej technologii nie tylko takiej wynikającej wprost z projektu budowlanego. Jednocześnie oddalając sam zarzut, jak i wniosek z uwagi na następujące okoliczności.

a) Zamawiający jednoznacznie określił w Rozdz. III pkt 1 a SIWZ, że zobowiązuje Wykonawców w ramach przedmiotu zamówienia do opracowania projektów wykonawczych,

b) Nadto, w ramach Rozdz. III pkt 1 g SIWZ stwierdził, że szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia zawarty jest m.in. w Wytycznych do opracowania projektów wykonawczych – w ich ramach – I. Technologia basenowa: „*należy rozważyć zmianę technologii przygotowania i uzdatniania wody w wannach SPA poprzez wyeliminowanie jednego układu uzdatniania wody co daje znaczne oszczędności przy zachowaniu sprawności układu. Z uwagi na takie same parametry fizyko – chemiczne jak również tę samą funkcję układów celowe jest zastosowanie wspólnego dla trzech wanien układu uzdatniania (...)*”;

c) Odwołujący sam przyznał na rozprawie, że w pewnych miejscach projekt budowlany miał charakter ogólny,

d) Przystępujący powołał się w piśmie procesowym („*Odwołujący pominął, że Zamawiający dopuścił możliwość połączenia oddzielnych obiegów wanien z hydromasażem w jeden wspólny obieg. Może więc istnieć 5 obiegów, a niewyłącznie 6, jak określono to w odwołaniu*”) i na rozprawie na fragment z Wytycznych (przywołany powyżej), a nie z odpowiedzi na pytania (jak wskazywał na rozprawie), który jednakże potwierdził możliwość zmiany ilości obiegów z 6 na 5,

e) Zamawiający wskazał na rozprawie, że nie określił żadnego max, jak i minimalnego współczynnika K,

f) Przystępujący podniósł, że zarzuty Odwołującego wynikają z odmiennej technologii (Porównanie różnicy w kosztach eksploatacji między ofertami; Wyliczenie opłacalności zastosowania urządzenia do ultrafiltracji), a przywołane przez Odwołującego na rozprawie wielkości dotyczą złóż piaskowych, a nie zeolitem zwłaszcza co do prędkości filtracji. Dla innych złóż niż piaskowe wielkość nie jest określona w normie DIN 19643, ale określają je sami producenci. Wyjaśnił też stosownym harmonogramem (w ramach dokumentu - Dobór podstawowych parametrów obiegów basenowych i podstawowych urządzeń obiegów uzdatniania wody basenowej. Bilans zrzutu ścieków i zapotrzebowania wody na potrzeby technologii uzdatniania wody basenowej), że wartość wody nie dotyczy tylko jednego, ale



dwóch płukań. Podkreślił także że nie będzie konieczności zmiany sposobu użytkowania, gdyż sama instalacja jest urządzeniem dodatkowym, a sam basen nie ulegnie zmianie (nie zmieni się lustro wody).

Jednocześnie Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający określił, jako jedno z kryteriów współczynnik K (Rozdz. XVI SIWZ), który pozwalał Wykonawcom na wybór takiej metody realizacji (jej premiowanie) która miała zapewnić Zamawiającemu najkorzystniejszy produkt tak technicznie, jak i ekonomicznie. A współczynnik K był parametrem gwarantowanym (przypis u dołu - na str. 22 SIWZ).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba z uwagi na oddalenie wszystkich zarzutów oddaliła także zarzut czwarty – naruszenia przez Zamawiającego - art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:**

.....