

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, MTM Ekotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - PRZEMYSŁÓWKA sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przy udziale uczestnika po stronie odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AK NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Strabag Umwelttechnik GmbH z siedzibą w Düsseldorf, Niemcy przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz ENTSORGA Italia S.p.A. z siedzibą w Tortona, Włochy

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, MTM Ekotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - PRZEMYSŁÓWKA sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, MTM Ekotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - PRZEMYSŁÓWKA sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy rzecz zamawiającego Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą – projektowanie i roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń w ramach Projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy”. (wewnętrzny identyfikator: MKUO ProNatura: ZP/NO/43/24). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S 164/2024 w dniu 23 sierpnia 2024 r. pod numerem 506378-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 31 stycznia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MTM Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, MTM Ekotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - PRZEMYSŁÓWKA sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Warszawa SA z siedzibą w Warszawie oraz ENTSORGA Italia S.p.A. z siedzibą w Tortona, Włochy (dalej jak

„Przystępujący Instal”) – naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp;

2.zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego Instal pomimo, że zaoferowana przez tego wykonawcę technologia jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zakazu oferowania rozwiązań prototypowych – naruszenie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp;

w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Instal na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp:

3.zaniechania wezwania Przystępującego Instal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunków dotyczących:

a)doświadczenia zawodowego na potwierdzenie spełniania warunku wykonania w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień, z których każde obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 00 Mg/rok i wartości co najmniej 34 000 000,00 zł netto każda, wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej. Dostawy obejmować muszą min. montaż oraz rozruchy – mechaniczny i technologiczny.

b)personelu kluczowego na stanowisko: Projektant technolog oraz Technolog pomimo, że wykazane przez Instal w Postępowaniu zamówienia referencyjne oraz doświadczenie zawodowe personelu nie spełniają warunków udziału w postępowaniu

- naruszenie art. 128 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Instal jako niezgodnej z warunkami zamówienia, dokonania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełniania warunków udziału w odniesieniu do doświadczenia zawodowego wykonawcy oraz personelu w zakresie podniesionym w odwołaniu, co w konsekwencji winno prowadzić do kontynuacji procesu badania i oceny ofert w postępowaniu z możliwością uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Zamawiający w dniu 19 lutego 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący Instal w dniu 19 lutego 2025 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w dniu 24 lutego 2025 r. złożył pismo procesowe wraz z dowodami, podtrzymując zarzuty i żądania odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AK NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Strabag Umweltechnik GmbH z siedzibą w Düsseldorf, Niemcy oraz po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instal Warszawa SA z siedzibą w Warszawie oraz ENTSORGA Italia S.p.A. z siedzibą w Tortona, Włochy.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, wyjaśnienia treści oferty złożone przez Przystępującego Instal na wezwanie Zamawiającego, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego Instal, wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych złożone przez Przystępującego Instal na wezwanie Zamawiającego, zawiadomienie o wyborze oferty Przystępującego Instal jako najkorzystniejszej. Izba ponadto wzięła pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika wyrażone w złożonych pismach procesowych oraz na rozprawie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

1.złożonych przez Odwołującego:

1.1.korespondencja z firmą EISENMANN (dowód nr 1 do odwołania),

1.2.ekspertyza Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu (dowód nr 2 do odwołania),

2.złożonych przez Zamawiającego:

2.1.komunikat ZenViro Tech dotyczący instalacji w Santhià wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 4.1 do odpowiedzi na odwołanie),

2.2.opis urządzenia ZenViro Tech wraz z tłumaczeniem (załącznik nr 4.2 do odpowiedzi na odwołanie),

2.3.pismo spółki Białskie Wodociągi i Kanalizacja „WOD-KAN” sp. z o.o. z 21 lutego 2025 r. (przekazane drogą mejlową w dniu posiedzenia),

3.złożonych przez Przystępującego Instal:

3.1.wyciąg z umowy z dnia 2 lipca 2019 r. zawartej pomiędzy ENTSORGA a Eisenmann Corporation wraz z tłumaczeniem na język polski (dowód nr 1 do pisma),

3.2.artykuł „Odzysk surowców z odpadów organicznych poprzez fermentację suchą” A. Grosser, Politechnika Częstochowska, Wydział Infrastruktury i Środowiska (dowód nr 2 do pisma),

3.3.prezentacja „Przeróbka beztlenowa bioodpadów komunalnych. Przegląd i porównanie technologii. Emisje” Prof. dr hab. inż. A. Jędrzaka z dnia 10 maja 2023 r. (dowód nr 3 do pisma),

3.4.prezentacja „Biogazownie” mgr inż. K.M. i Mgr inż. A.K. (dowód nr 4 do pisma),

3.5.certyfikaty referencyjne wystawione przez Territorio e Risorse s.r.l. wraz z tłumaczeniami (złożone na posiedzeniu),

na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów objęte tezami dowodowymi.

Za twierdzenia Odwołującego, a nie dowody, Izba uznała załączone do pisma z 24 lutego 2025 r. opracowania własne Odwołującego: grafikę obrazującą potencjalną fazę realizacji przedmiotu umowy (oznaczoną jako dowód nr 1), schemat poglądowy ciągu technologicznego fermentacji beztlenowej odpadów (oznaczony jako dowód nr 2), opracowanie dotyczące zrealizowanych w Polsce instalacji fermentacji w technologii suchej (oznaczone jako dowód nr 3), opracowanie dotyczące awarii mieszadła oparte na wyciągu z raportu rocznego spółki Territorio e Risorse s.r.l. (dowód nr 4 do pisma procesowego), opracowanie dotyczące uzyskania pozwolenia zintegrowanego w celu uruchomienia instalacji fermentacji (oznaczone jako dowód nr 5).

Izba pominęła dowód nr 4.3 załączony do odpowiedzi Zamawiającego do odwołanie (kopia artykułu z prasy branżowej - opis instalacji wykorzystującej rozwiązania techniczne Zenviro Tech) z uwagi na brak złożenia jego tłumaczenia na język polski. Zgodnie z art. 506 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Art. 506 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp stanowi, że wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Częścią II SWZ przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą – projektowanie i roboty budowlane wraz z dostawą urządzeń w ramach Projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy” na warunkach i w zakresie określonym w dokumentach zamówienia, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym: I wykonanie części projektowej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę, II wykonanie robót budowlano-montażowych wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Przedmiotem zamówienia jest w szczególności realizacja następujących czynności, zaprojektowanie oraz wybudowanie następujących obiektów: przygotowanie terenu, budowa instalacji recyklingu organicznego wraz z infrastrukturą towarzyszącą, dostawa i montaż niezbędnych do funkcjonowania instalacji urządzeń, przebudowa kolizji planowanej Inwestycji z istniejącymi obiektami (place na terenie Zakładu oraz sieci uzbrojenia terenu), budowa niezbędnych elementów infrastruktury technicznej (m.in. zewnętrznych instalacji: wodociągowej, kanalizacji ścieków deszczowych i technologicznych, instalacji elektroenergetycznej, teletechnicznej, modernizacja i rozbudowa stacji transformatorowej jeżeli zajdzie taka potrzeba etc.), budowa wraz z odbudową placów manewrowych i technologicznych, dróg pożarowych i dojazdowych.

W Części III SWZ w punkcie 1.2.4) Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Wykonawca ubiegający się o zamówienie musi wykazać się:

A.Wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia, wykazując, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 10 lat przed upływem składania ofert (a w odniesieniu do warunku jak w pkt.A3) poniżej- 7 lat przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:
(...)

A3) dwa zamówienia, z których każde obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 000 Mg/rok i wartości co najmniej 34 000 000,00 zł netto każda, wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej. Dostawy obejmować muszą min. montaż oraz rozruchy – mechaniczny i technologiczny.

Zamawiający dopuszcza przedstawienie zrealizowanych zamówień spełniających jednocześnie kilka z warunków wskazanych powyżej (zamówienia kompleksowe) przy czym w takim wypadku Wykonawca powinien wykazać, że

wartość i przedmiot poszczególnych elementów zamówienia kompleksowego odpowiada opisanym wyżej warunkom.

B. Wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

(...)

B4) jedną osobą, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia jako Projektant technolog. Osoba ta musi posiadać minimum 5 lat doświadczenia w projektowaniu oraz doświadczenie w wykonaniu jako projektant lub projektant sprawdzający co najmniej dwóch projektów technologicznych dotyczących budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej, ciągłej o przepływie tłokowym odpadów pochodzenia komunalnego o wydajności minimum 15.000 Mg/rok, w tym co najmniej jednej dotyczącej budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie, na podstawie których to dokumentacji zostały zrealizowane inwestycje,

B5) jedną osobą, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia jako Technolog. Osoba ta musi posiadać minimum 5 lat doświadczenia jako specjalista ds. technologii lub w pełnieniu inaczej nazwanej funkcji polegającej na zarządzaniu, koordynowaniu i nadzorowaniu wykonania instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej, ciągłej o przepływie tłokowym odpadów pochodzenia komunalnego o wydajności minimum 15.000 Mg/rok, w tym co najmniej jednej dotyczącej budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie, wraz z rozruchami i przygotowaniem do eksploatacji.

W Części III SWZ w punkcie 5.5) lit. a) d. wskazano, że Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu m.in. :

- wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;
- wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zgodnie z Częścią IV SWZ pkt 1.1.1) oferta powinna zawierać formularz oferty napisany zgodnie ze wzorem zawartym w załączniku nr 2 do SWZ wraz ze wszystkimi załącznikami, o których mowa w pkt 2 oraz formularz cenowy, którego wzór stanowi załącznik nr 2a do SWZ.

W punkcie 2.3.1 PFU stanowiącego załącznik do SWZ, w ramach wymagań ogólnych, wskazano, że Zamawiający wyklucza możliwość zastosowania maszyn, urządzeń wyposażenia oraz rozwiązań technologicznych i technicznych (konstrukcyjnych) mających charakter prototypowy.

W części opisowej PFU, w definicjach i skrótach, wskazano definicję pojęcia prototyp/urządzenie prototypowe: maszyna, urządzenie, niesprawdzone w poprawnej eksploatacji trwającej co najmniej 1 rok na minimum 2 instalacjach.

W postępowaniu oferty złożyli Przystępujący Instal z ceną 156 064 860,00 zł, Odwołujący z ceną 164 570 000,00 zł oraz Przystępujący Konsorcjum AK NOVA sp. z o.o., Strabag Umwelttechnik GmbH z ceną 177 579 651,00 zł.

Zamawiający pismem z 10 grudnia 2024 r. wezwał Przystępującego Instal na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. Zamawiający, w związku ze zgłoszonymi przez innego uczestnika postępowania wątpliwościami, wezwał Przystępującego Instal do wyjaśnienia:

- 1) Czy zastosowana technologia będzie nosiła znamiona prototypowości zgodnie z definicją zawartą w PFU, tj. „Prototyp/Urządzenie prototypowe to Maszyna, urządzenie niesprawdzone w poprawnej eksploatacji trwającej co najmniej 1 rok na minimum 2 instalacjach”?
- 2) Czy wykonawca potwierdza, że zastosowane mieszadło nie będzie posiadało mechanicznych ułożyskowanych

elementów podparcia mieszadła w komorze (czyli połączenia wewnątrz komory dwóch lub więcej mieszadeł)?

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący Instal wyjaśnił, że treść złożonej oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, opisem przedmiotu zamówienia oraz zawiera rozwiązania technologiczne i technologiczne odpowiadające wymaganiom Zamawiającego. Wskazał, że informacje zawarte w przytoczonym w wezwaniu fragmencie pisma „innego uczestnika postępowania” są bardzo ogólnymi stwierdzeniami do których trudno odnieść się bezpośrednio. Odpowiadając na wątpliwości Zamawiającego sformułowane w przekazanym wezwaniu, wykonawca wyjaśnił, że:

- 1) zaproponowana w złożonej ofercie technologia nie nosi i nie będzie nosiła znamion prototypowości, zgodnie z definicją określoną w PFU. Potwierdził, że wszystkie zaproponowane maszyny, urządzenia zostały sprawdzone w poprawnej eksploatacji trwającej co najmniej 1 rok na minimum 2 instalacjach.
- 2) potwierdza, że przewidziane do zastosowania mieszadło spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego określone w dokumentacji postępowania oraz nie będzie posiadało mechanicznych ułożyskowanych elementów podparcia mieszadła wewnątrz komory w celu jego podtrzymania/mocowania w czasie eksploatacji (czyli połączenia wewnątrz komory dwóch lub więcej mieszadeł).

Przystępujący Instal podkreślił, że zaproponowana oferta, w tym maszyny, urządzenia, zaproponowane rozwiązania technologiczne i techniczne odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w dokumentach postępowania.

Zamawiający pismem z 11 grudnia 2024 r. na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego Instal do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na to wezwanie ww. wykonawca złożył m.in. wykaz dostaw, w którym wskazał:

1. dostawy realizowane na rzecz Territorio e Risorse Srl, Corso Svizzera 25 – Torino, termin realizacji: 10.2019-12.2020, nazwa zadania: *Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane we Włoszech – Santhià (VC) – Strada Generala 25* zadanie obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności ponad 30 000 Mg/rok (50 000 Mg/rok) i wartości ponad 34 000 000,00 zł netto wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej. Dostawy obejmować również montaż oraz rozruchy – mechaniczny i technologiczny. W kolumnie wartość dostaw wskazano: ponad 34 000 000 zł netto, wartość umowy: 11 627 500 EURO tj. ponad 49 mln zł netto
2. dostawy realizowane na rzecz Territorio e Risorse Srl, Corso Svizzera 25 – Torino, termin realizacji: 11.2021-11.2023, nazwa zadania: *Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane we Włoszech – Santhià (VC) – Strada Generala 25* - zadanie obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności ponad 30 000 Mg/rok (40 000 Mg/rok) i wartości ponad 34 000 000,00 zł netto wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej. Dostawy obejmować również montaż oraz rozruchy – mechaniczny i technologiczny. W kolumnie wartość dostaw wskazano: ponad 34 000 000 zł netto, wartość umowy: 17 375 500 EURO tj. ponad 70 mln zł netto.

Do wykazu załączono dokumenty potwierdzające, że wskazane dostawy zostały wykonane należycie. W liście referencyjnym dotyczącym inwestycji wskazanej w poz. 1 wykazu wskazano m.in. w wierszu Budowa/Inwestycja: Kompostownia TMB: w całości wykonana przez Entsorga Italia SpA, Budowa instalacji tlenowej, Modernizacja sekcji tlenowej, Sekcja fermentacji beztlenowej z wydzielonych odpadów organicznych: w całości wykonana przez Entsorga Italia SpA, Fermentacja beztlenowa z produkcją biogazu i biometanu grudzień 2020 r. Jako datę rozpoczęcia – datę zakończenia budowy sekcji beztlenowej wskazano październik 2019 – grudzień 2020, a jako datę rozpoczęcia – datę zakończenia dla eksploatacji i konserwacji październik 2019 – nadal. Wartość kontraktu określono na 11,627,500.00 euro. Wydajność określono na 50,000 Mg/rok. W opisie faz procesu wskazano m.in. sekcja pól suchej fermentacji beztlenowej – COW Technology® – zakończenie w grudniu 2020 r. W liście referencyjnym dotyczącym inwestycji wskazanej w poz. 2 wykazu wskazano m.in. w wierszu Budowa/Inwestycja: Sekcja fermentacji tlenowej z wydzielonych odpadów organicznych: w całości wykonana przez Entsorga Italia SpA. Koniec montażu sekcji fermentacji beztlenowej z produkcją biogazu i modernizacją do biometanu: listopad 2023 r. Jako datę rozpoczęcia – datę zakończenia budowy sekcji beztlenowej wskazano listopad 2021 – listopad 2023, a jako datę rozpoczęcia – datę zakończenia dla eksploatacji listopad 2021 – wrzesień 2024. Wartość kontraktu określono na 17 375 500,00 euro, wydajność określono na 40,000 Mg/rok. W opisie faz procesu wskazano m.in. sekcja pól suchej fermentacji beztlenowej – COW Technology® – zakończenie listopad 2023 r.

Przystępujący Instal złożył także wykaz osób, w którym w poz. 4 jako Projektanta – technologa wskazał P.P., podając w kolumnie trzeciej (kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego) następujące informacje:

1. Posiada ponad 5 lat doświadczenia w projektowaniu

2. Posiada doświadczenie w wykonaniu jako projektant lub projektant sprawdzający dwóch projektów technologicznych dotyczących budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej, ciągłej o przepływie tłokowym odpadów pochodzenia komunalnego o wydajności minimum 15.000 Mg/rok, w tym co najmniej jedna dotycząca budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie:

Zakład Przetwarzania odpadów w Santhia Włochy.

Nazwa zadania (1) - Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane 25. Przepustowość: 50 000 Mg/rok. Bioodpady.

Nazwa zadania (2) - Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane we Włoszech – Santhia (VC) – Strada Generala 25. Przepustowość: 40 000 Mg/rok, Bioodpady.

Powyższe inwestycje zostały zrealizowane na podstawie opracowanych dokumentacji.

W poz. 5 wykazu osób jako Technologa Przystępujący Instal wskazał G.F., podając w kolumnie trzeciej (kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego) następujące informacje:

1. Posiada ponad 5 lat doświadczenia jako specjalista ds. technologii lub w pełnieniu inaczey nazwanej funkcji polegającej na zarządzaniu, koordynowaniu i nadzorowaniu wykonania instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej, ciągłej o przepływie tłokowym odpadów pochodzenia komunalnego o wydajności minimum 15.000 Mg/rok, w tym co najmniej jednej dotyczącej budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie:

Nazwa zadania (1) - Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane we Włoszech – Santhia (VC) – Strada Generala 25. Przepustowość: 50 000 Mg/rok. Bioodpady. 09.10.2019 – nadal;

Nazwa zadania (2) - Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane we Włoszech – Santhia (VC) – Strada Generala 25. Przepustowość: 40 000 Mg/rok, Bioodpady. 11.2021-09.2024.

Obie realizacje obejmowały również m.in. rozruchy, przygotowanie do eksploatacji.

Zamawiający w wezwaniu z 7 stycznia 2025 r. skierowanym do Przystępującego Instal wskazał m.in., że w przedłożonym Wykazie osób Wykonawca oświadcza, zgodnie z wymogiem SWZ, że:

1) osoba wskazana do pełnienia funkcji Projektanta technologa (poz. 4) – P.P. - posiada doświadczenie w wykonaniu dwóch projektów technologicznych dotyczących budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej o przepływie tłokowym (...), wskazując na potwierdzenie powyższego dwa zadania:

a) Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane we Włoszech – Santhia (VC) – Strada Generala 25. Przepustowość: 50 000 Mg/rok. Bioodpady;

b) Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane we Włoszech – Santhia (VC) – Strada Generala 25. Przepustowość: 40 000 Mg/rok, Bioodpady.

Jednocześnie w przedłożonych przez Wykonawcę dokumentach referencyjnych dla w/w zadań określono, iż zastosowana technologia fermentacji beztlenowej COW® jest technologią półsuchą.

2) osoba wskazana do pełnienia funkcji Technologa (poz.5) - G.F. - posiada doświadczenie jako specjalista technolog przy wykonaniu instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej o przepływie tłokowym (...), wskazując na potwierdzenie powyższego dwa zadania:

a) Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane we Włoszech – Santhia (VC) – Strada Generala 25. Przepustowość: 50 000 Mg/rok. Bioodpady. 09.10.2019 – nadal;

b) Mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów z wykorzystaniem technologii BEE® i fermentacją beztlenową w technologii COW® z produkcją biogazu i przekształcaniem go w biometan, zlokalizowane we Włoszech – Santhia (VC) – Strada Generala 25. Przepustowość: 40 000 Mg/rok, Bioodpady. 11.2021-09.2024.

Jednocześnie w przedłożonych przez Wykonawcę dokumentach referencyjnych dla w/w zadań określono, iż zastosowana technologia fermentacji beztlenowej COW® jest technologią półsuchą.

Celem wyjaśnienia wątpliwości i jednoznacznego potwierdzenia spełniania warunku, na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 Zamawiający wezwał Przystępującego Instal do wyjaśnienia używanego nazewnictwa technologii fermentacji półsuchej,

w odniesieniu do określenia zastosowanego w wymogu tj. fermentacji suchej względnie - uzupełnienia poprzez przedłożenie wykazu osób, potwierdzającego spełnianie warunku tj. posiadanie przez personel wymaganego doświadczenia opisanego w SWZ.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący Instal złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, że wskazane osoby posiadają wymagane przez Zamawiającego, opisane w SWZ doświadczenie w zakresie instalacji fermentacji metanowej suchej, a rozbieżność wynika jedynie ze stosowanego nazewnictwa. Wykonawca wyjaśnił, że w przytoczonych przez Zamawiającego dokumentach referencyjnych została użyta nazwa handlowa „semi-dry”, stosowana na rynku włoskim, służąca do rozróżniania technologii: mokrej (ciągłe podawanie, z zawartością suchej masy w podawanych odpadach na poziomie ok. 12% s.m.), półsuchoj (przepływ tłokowy, ciągłe podawanie, z zawartością suchej masy w podawanych odpadach na poziomie ok 30% s.m.) oraz suchej, która odnosiła się do procesu fermentacji nieciągłej (komorowa/szarżowa, proces wsadowy, o zawartości suchej masy na poziomie ok. 35%). Dla oceny klasyfikacji wskazanych inwestycji niezbędne jest więc odniesienie się do sposobu prowadzenia procesu oraz zawartości suchej masy w odpadach poddawanych procesowi. W przypadku obu wskazanych w Wykazie inwestycji realizacji, są to instalacje fermentacji ciągłej o zawartość suchej masy ok. 29%. Wykonawca podkreślił, że brak jest określenia przez Zamawiającego definicji instalacji fermentacji suchej. Nie istnieje również naukowa definicja oraz jednoznacznie przyjęty podział, a więc dla oceny wskazanych inwestycji niezbędne jest posłużenie się praktycznym rozróżnieniem wskazanych pojęć. W literaturze jednym z najpopularniejszych podziałów fermentacji metanowej w zależności od zawartości suchej masy we wsadzie jest podział na fermentację mokrą i suchą. W pierwszym przypadku fermentacji poddawany jest wsad o zawartości suchej masy do 10% (niektóre źródła podają nawet do 15%), podczas gdy w drugim systemie jej zawartość waha się w przedziale od 20 do 40%. Poza tym „głównym” podziałem „w niektórych publikacjach wyodrębniany jest trzeci typ fermentacji, czyli tzw. systemy „półsucho”, w których zawartość suchej masy mieści się pomiędzy podanymi wcześniej zakresami”. Prof. dr hab. inż. Andrzej Jędrzak w swoim opracowaniu „Przeróbka beztlenowa bioodpadów komunalnych. Przegląd i porównanie technologii. Emisje” ogranicza ten podział również do fermentacji mokrej i suchej o parametrach jak niżej: „Jako „mokrą” określa się fermentację substratów płynnych, w których zawartość suchej masy nie przekracza 15% i wynosi najczęściej od 8 do 12%. Fermentację odpadów o wyższej zawartości suchej masy nazywa się „suchą”. Maksymalna zawartość suchej masy w substratach <40%.” Podsumowując w oparciu o każdy z przytoczonych powyżej podziałów wskazane inwestycje klasyfikowane są jako instalacje fermentacji suchej. Wykonawca zwrócił również uwagę, że określona wartość suchej masy w realizowanych inwestycjach jest zbliżona parametrom określonym w przedmiocie niniejszego postępowania, a więc potwierdza doświadczenie kadry na podobnych/porównywalnych inwestycjach.

Zamawiający 21 stycznia 2025 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego Instal jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu, a wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, względnie wezwania go do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a zatem wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego Instal pomimo, że zaoferowana przez tego wykonawcę technologia jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zakazu oferowania rozwiązań prototypowych.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy merytoryczna treść oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowane rozwiązanie nie posiada wymaganych w opisie przedmiotu zamówienia cech, parametrów, właściwości bądź posiada takie cechy, parametry lub właściwości, które nie zostały dopuszczone warunkami zamówienia.

Odwołujący wywodził niezgodność oferty Przystępującego Instal z warunkami zamówienia w oparciu o tezę, że

technologia fermentacji dostarczana przez firmę ENTSORGA Italia S.p.A na terenie Włoch, tj. instalacje referencyjne wskazane przez Przystępującego Instal w wykazie dostaw (zlokalizowane w m. Santhià) oraz inna instalacja niewskazana jako obiekt referencyjny, zlokalizowana w m. Siena, znacząco odbiegają od parametrów wymaganych przez Zamawiającego w PFU, a główne różnice techniczno-technologiczne dotyczą po pierwsze temperatury prowadzenia procesu fermentacji beztlenowej, a co za tym idzie między innymi higienizacji odpadów w trakcie tego procesu, a po drugie rozwiązania dotyczącego mieszadła komory fermentacyjnej. W konsekwencji Odwołujący twierdził, że oferta Przystępującego Instal jest niezgodna z określonym w punkcie 2.3.1 PFU zakazem zastosowania maszyn, urządzeń wyposażenia oraz rozwiązań technologicznych i technicznych (konstrukcyjnych) mających charakter prototypowy.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego należy w pierwszej kolejności wskazać, że nie było okolicznością sporną to, że Zamawiający w PFU wprowadził zakaz zastosowania maszyn, urządzeń, wyposażenia oraz rozwiązań technologicznych i technicznych (konstrukcyjnych) mających charakter prototypowy. Przez prototyp/urządzenie prototypowe Zamawiający rozumiał maszynę, urządzenie, niesprawdzone w poprawnej eksploatacji trwającej co najmniej 1 rok na minimum 2 instalacjach. Jednocześnie nie było także sporne to, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców, aby składając ofertę wskazali konkretne rozwiązania technologiczne, techniczne (konstrukcyjne), maszyny, urządzenia czy wyposażenie, które zamierzają zastosować w instalacji recyklingu, której zaprojektowanie i wybudowanie stanowi przedmiot zamówienia. Zamawiający nie wymagał także złożenia jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Zamawiający wymagał jedynie – poza standardowymi oświadczeniami i informacjami – złożenia formularza cenowego z rozbiciem na cenę dokumentacji projektowej niezbędnej do uzyskania pozwolenia na budowę i jego uzyskania, cenę pozostałej dokumentacji projektowej (w tym STWiORB i projekty wykonawcze), cenę robót budowlanych oraz cenę dostaw i montażu maszyn i urządzeń, rozruchu instalacji i szkolenia pracowników. Powyższe oznacza, że Zamawiający nie przewidział w SWZ żadnych mechanizmów weryfikacji na etapie badania i oceny ofert oferowanych rozwiązań pod kątem ich ewentualnej prototypowości, a tym samym przesunął w praktyce tę weryfikację na etap realizacji zamówienia (na etap odbioru projektu technologicznego). Taka treść SWZ wiązała wszystkich wykonawców na etapie składania ofert, jak i wiązała samego Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert.

Zauważyć ponadto należy, że zamówienie realizowane będzie w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a zatem wykonawca aby sporządzić ofertę i wycenić przedmiot zamówienia musiał zapoznać się z warunkami zamówienia oraz musiał uwzględnić określone w PFU założenia i wymagania, niemniej miał większą swobodę w kształtowaniu treści oferty – chociażby właśnie w zakresie planowanych maszyn, urządzeń czy technologii, jakie zastosowałby, gdyby uzyskał zamówienie. Wykonawca kalkulując cenę oferty oczywiście musiał przyjąć określone założenia projektowe, technologiczne czy organizacyjne wynikające z dokumentów zamówienia, niemniej niewątpliwie to dopiero na etapie projektowania instalacji (w projekcie technologicznym) dojdzie do ostatecznego skonkretyzowania maszyn, urządzeń, wyposażenia oraz rozwiązań technologicznych i technicznych (konstrukcyjnych), które zostaną zastosowane przy budowie instalacji, w granicach zakreślonych uprzednio w PFU, będącym bazą dla przygotowania dokumentacji projektowej.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego oparte jest na zbyt daleko idącym i nieudowodnionym założeniu, że skoro rozwiązania technologiczne stosowane dotychczas przez firmę ENTSORGA Italia mogą różnić się konstrukcyjnie czy technologicznie od wymaganych przez Zamawiającego, to oznacza, że Zamawiającemu zaoferowano rozwiązania prototypowe, niesprawdzone w poprawnej eksploatacji trwającej co najmniej 1 rok na minimum 2 instalacjach. W ocenie Izby prawdziwość takiego założenia nie sposób przesądzić z uwagi na fakt, że Zamawiający nie wymagał skonkretyzowania przez wykonawców w ofercie ani maszyn, urządzeń, wyposażenia, ani rozwiązań technologicznych i technicznych, jakie wykonawca oferuje. Z samego faktu, że instalacje referencyjne czy inne instalacje firmy ENTSORGA mogą odbiegać technologicznie od założeń niezbędnych do przyjęcia podczas realizacji przedmiotowej inwestycji, nie można – w sposób wyłącznie dorozumiany – wywodzić okoliczności, że Przystępujący Instal zaoferował takie rozwiązania, urządzenia czy maszyny, które stanowią prototypy. Oparcie niezgodności oferty z warunkami zamówienia na przypuszczeniu Odwołującego nie może być uznane za wystarczające. Jak jednolicie podkreśla się w orzecznictwie podstawa do odrzucenia oferty wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp materializuje się wyłącznie w przypadku, gdy niezgodność oferty z warunkami zamówienia jest po pierwsze oczywista i niewątpliwa, czyli Zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, a po drugie postanowienia dokumentów zamówienia, z których wywodzona jest niezgodność są jasne i klarowne. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, musi być jednoznacznie możliwa do zidentyfikowania.

W rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją, gdyż potencjalna niezgodność treści oferty Konsorcjum Instal z wyrażonym w PFU zakazem zastosowania rozwiązań prototypowych nie jest wywodzona przez

Odwolującego z treści oferty, lecz wyłącznie z jego przypuszczeń opartych na informacjach o dotychczas zrealizowanych przez partnera Konsorcjum - firmę ENTSORGA Italia instalacjach, w tym na informacjach wynikających z wykazu dostaw, który został złożony wyłącznie w celu wykazania spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu i który był podmiotowym, a nie przedmiotowym środkiem dowodowym. Skoro Zamawiający nie wymagał od wykonawców na etapie składania ofert skonkretyzowania oferowanego rozwiązania ani nie przewidział obowiązku przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych mających potwierdzić, że oferowane rozwiązania nie są prototypowe, to nie sposób w oparciu wyłącznie o pewne prawdopodobieństwo zaoferowania przez Przystępującego Instal określonej technologii, wywodzić niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, skoro konkretne i ostateczne rozwiązanie zostanie przedstawione dopiero w projekcie technologicznym.

Podkreślić dodatkowo należy, jak słusznie spostrzegł Zamawiający, że wymagania, aby oferowane maszyny, urządzenia, wyposażenie, rozwiązań technologiczne i techniczne były sprawdzone w poprawnej eksploatacji trwającej co najmniej rok na minimum dwóch instalacjach nie należy utożsamiać z obowiązkiem, aby były to instalacje zrealizowane wyłącznie przez wykonawcę. Odwołujący, przyjmując, że Przystępujący Instal zaoferuje rozwiązania Eisemann (ZenViro Tech), nie wziął pod uwagę okoliczności, że mogły być one wykorzystane w instalacjach zrealizowanych również przez inne podmioty, a nie tylko firmę ENTSORGA w trzech instalacjach zlokalizowanych na terenie Włoch.

Powyższe w sposób samoistny przesądza o niezasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp opartego na twierdzeniu, że zaoferowana przez Przystępującego Instal technologia jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie zakazu oferowania rozwiązań prototypowych. W konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają twierdzenia Odwołującego mające wykazać różnice technologiczne pomiędzy przedmiotem zamówienia, a technologią dostarczaną przez firmę ENTSORGA Italia w zakresie temperatury prowadzenia procesu fermentacji beztlenowej i mieszadła komory fermentacyjnej oraz składane na ww. okoliczności dowody.

Za niewykazany Izba uznała także zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego Instal do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. W myśl art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Pierwszym z warunków kwestionowanych przez Odwołującego było doświadczenie wykonawcy w wykonaniu (wykonywaniu) dwóch zamówień, z których każde obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 000 Mg/rok i wartości co najmniej 34 000 000,00 zł netto każda, wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej. Dostawy obejmować musiały min. montaż oraz rozruchy – mechaniczny i technologiczny. Odwołujący kwestionował zarówno wartość referencyjnych dostaw, jak i wydajność instalacji.

Odnosząc się do powyższego przede wszystkim należy zauważyć, że treść wykazu dostaw złożonego przez Przystępującego Instal potwierdza spełnienie ww. wymagań. W zakresie pierwszej dostawy wskazano zadanie, które obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności ponad 30 000 Mg/rok (50 000 Mg/rok) i wartości ponad 34 000 000,00 zł netto wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej, a wartość całej umowy określono na 11 627 500 euro tj. ponad 49 mln zł netto. W zakresie drugiej dostawy wskazano zadanie, które obejmowało zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności ponad 30 000 Mg/rok (40 000 Mg/rok) i wartości ponad 34 000 000,00 zł netto wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej, a wartość całej umowy określono na 17 375 500 euro tj. ponad 70 mln zł netto. Załączone referencje potwierdzają wartość umów, jak i wydajność instalacji, wskazaną w wykazie.

Odwolujący kwestionując wartość zamówień referencyjnych podniósł, że z referencji załączonych do wykazu dostaw wynika, że w zakres rzeczowy i wartościowy zrealizowanych umów wchodził nie tylko zakres warunku referencyjnego, lecz również czynności dotyczące eksploatacji i fermentacji, a w dokumentach tych nie wskazano jaka kwota przeznaczona była na „zaprojektowanie i dostawę technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (...) wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej.” Odnosząc się do

powyższego Izba wskazuje, że jak wynika wprost z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.) dokumenty składane wraz z wykazem dostaw lub usług stanowią dowody określające, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane (lub są wykonywane) należycie. Dowodami takimi są m.in. referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zostały wykonane (lub są wykonywane). Referencje ze swej natury służą zatem potwierdzeniu należytego wykonania zamówień referencyjnych i brak jest obowiązku, aby w ich treści wyszczególniono wszystkie elementy wymagane w treści warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji referencje złożone przez Przystępującego Instal nie musiały zawierać informacji o wartości zaprojektowania i dostawy technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności ponad 30 000 Mg/rok wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej.

To nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw stanowił potwierdzenie posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Przystępujący Instal – mając świadomość, że zadania referencyjne obejmowały szerszy zakres niż określony w warunku - wskazał w wykazie dostaw nie tylko wartość umów, ale także wyodrębnił wartość zaprojektowania i dostawy technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności ponad 30 000 Mg/rok wraz z węzłem przeróbki biogazu, w technologii fermentacji przepływowej. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek argumentów, które mogłyby podać w wątpliwość zadeklarowaną wartość tego elementu zadania. Stanowisko przedstawione w odwołaniu zostało ograniczone wyłącznie do wyrażenia przez Odwołującego opinii, że „sam proces fermentacji i obróbki biogazu nie spełnia minimalnej wartości dostaw 34 000 000 zł netto każda”, która nie została poparta ani rzeczową argumentacją, ani jakimkolwiek dowodami. Jak słusznie zauważył Zamawiający, wartość umów była znacząco wyższa niż wymagana wartość dostaw referencyjnych i brak jest podstaw do stwierdzenia wyłącznie w oparciu o głoślowne domniemania Odwołującego, że dostawy referencyjne nie osiągnęły wymaganej wartości. Izba wskazuje, że to obowiązkiem Odwołującego, który z faktu niewykazania wymaganej wartości dostaw przez Przystępującego Instal wywodził skutek w postaci konieczności wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu dostaw, było udowodnić ten fakt, a poprzestanie na hasłowej tezie nie może być uznane za wystarczające. Jedyne jako uzupełnienie Izba wskazuje, że złożone przez Przystępującego Instal dowody - certyfikaty referencyjne, opisujące jaki procent umowy stanowiła sekcja beztlenowa fermentacji, potwierdzają prawdziwość informacji przedstawionych w wykazie dostaw. Okoliczności przeciwnych Odwołujący nie wykazał.

Z kolei kwestionując wydajność instalacji referencyjnych Odwołujący oparł swoją argumentację wyłącznie na wybranych fragmentach artykułu naukowego, wywodząc z niego parametry technologiczne instalacji fermentacji w Santhià oraz wnioszek, że strumień odpadów kierowanych do instalacji fermentacji jest mniejszy niż 30 000 Mg/rok. Izba stwierdziła, że twierdzenia przedstawione w odwołaniu nie podważają w sposób dostateczny wydajności instalacji referencyjnych wskazanej w wykazie dostaw i potwierdzonej w referencjach wystawionych przez odbiorcę inwestycji. Jak zauważył Zamawiający, wyliczenia Odwołującego zostały oparte nie o dane dotyczące wydajności instalacji referencyjnych (maksymalne możliwe do osiągnięcia parametry pracy), lecz o artykuł relacjonujący rzeczywiste obciążenie instalacji w danym czasie, w określonych warunkach będących przedmiotem badań. Na powyższe wskazał również Przystępujący Instal, podnosząc, że artykuł naukowy odnosił się do badań dotyczących sposobu działania instalacji i osiąganych przez nią mocy w określonych warunkach oraz danych wyjściowych, podczas eksploatacji. Na wydajność instalacji w okresie eksploatacji wpływ ma wiele czynników, w tym sposób jej użytkowania przez inwestora, który może określić parametry eksploatacji według własnych potrzeb i nie musi wykorzystywać jej pełnych możliwości projektowych, pełnej mocy. Warunek udziału w postępowaniu odnosił się zaś do zaprojektowania i dostawy technologii fermentacji odpadów komunalnych ulegających biodegradacji o wydajności min. 30 000 Mg/rok i brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący Instal nie wykazał spełnienia tego warunku, składając referencje pochodzące od odbiorcy instalacji, które potwierdzają zakładaną wydajność na wyższym niż wymagany poziomie (odpowiednio 40 000 Mg i 50 000 Mg rocznie). Ponadto Przystępujący Instal w postępowaniu odwoławczym złożył certyfikaty referencyjne wystawione przez Territorio e Risorse Srl (odbiorcę instalacji) dodatkowo potwierdzające wydajność sekcji fermentacyjnej. Izba za wiarygodne i posiadające decydującą moc dowodową uznała dowody w postaci referencji i oświadczeń pochodzących od odbiorcy inwestycji. Twierdzenia Odwołującego zostało oparte jedynie o jego własne wyliczenia i wklejone w treść odwołania fragmenty publikacji empirycznych, które to publikacje nawet nie zostały złożone jako dowody w postępowaniu odwoławczym. W tym stanie rzeczy Izba uznała stanowisko Odwołującego za niewykazane.

Niezależnie od powyższego – jedynie w ramach uzupełnienia - Izba wskazuje, że nawet gdyby uznać, że w oparciu o treść wykazu dostaw oraz załączonych do niego referencji po stronie Zamawiającego powinny powstać wątpliwości co do spełnienia wymagań dotyczących wydajności instalacji oraz wartości zadań referencyjnych (czego Odwołujący nie

dowiódł), to treść podmiotowych środków dowodowych w powyższym zakresie co do zasady podlegać powinna wyjaśnieniu w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. W odwołaniu nie postawiono zarzutu naruszenia ww. przepisu, a skoro to zakres zaskarżenia determinuje zakres rozpoznania sprawy przez Izbę, to odwołanie i tak nie mogłoby w powyższym zakresie podlegać uwzględnieniu.

Drugą okolicznością podniesioną przez Odwołującego w ramach zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp było to, że Przystępujący Instal nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Projektanta technologa i Technologa w zakresie projektowania i nadzorowania budowy instalacji w technologii fermentacji suchej, co Odwołujący wywodził z faktu, że w listach referencyjnych złożonych przez Przystępującego Instal, w opisie faz procesu, znalazło się sformułowanie „sekcja półsuchej fermentacji beztlenowej”.

W tym kontekście należy w pierwszej kolejności wskazać, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „instalacja fermentacji suchej”. Nie było także sporne, że nie istnieje definicja legalna tego pojęcia. Z kolei zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że w publikacjach naukowych przyjmuje się różne podziały rodzajów fermentacji ze względu na wilgotność substratu. W treści odwołania powołano się na publikacje opisujące podział rodzajów fermentacji w zależności od zawartości suchej masy na trzy kategorie: suchą, półsuchą (półstałą) i mokrą. W opracowaniu „Różne aspekty dodatku biowęgla do półsuchej fermentacji beztlenowej frakcji organicznej stałych odpadów komunalnych trybie ciągłym” wskazano dla fermentacji mokrej zawartość substancji stałych <10%, dla fermentacji półstałej 10-20%, a dla fermentacji suchej >20%. W opracowaniu „Połączony wpływ żelaza (...) na półsuchą fermentację beztlenową obornika świńskiego” wyróżniono zawartość substancji stałych dla fermentacji mokrej <5%, dla fermentacji półsuchej 10-15%, a dla fermentacji suchej >20%. W artykule „Badanie wydajności i kinetyki półsuchej termofilnej fermentacji beztlenowej frakcji organicznej stałych odpadów komunalnych” wskazano zawartość substancji stałych dla fermentacji mokrej <10%, dla fermentacji półsuchej 10-15%, a dla fermentacji suchej >15%. Z kolei jak wynika z artykułu „Odzysk surowców z odpadów organicznych poprzez fermentację suchą” złożonego przez Przystępującego Instal (dowód nr 2 do pisma) „w literaturze można znaleźć wiele systemów klasyfikacji procesu fermentacji metanowej. Jeden z najpopularniejszych dzieli je w zależności od zawartości suchej masy we wsadzie na suche oraz mokre. W pierwszym przypadku fermentacji poddawany jest wsad o zawartości suchej masy do 10% (niektóre źródła podają nawet do 15%), podczas gdy w drugim systemie jej zawartość waha się w przedziale od 20 do 40%. W niektórych publikacjach wyodrębniany jest trzeci typ fermentacji, czyli tzw. systemy półsuche, w których zawartość suchej masy mieści się pomiędzy podanymi wcześniej zakresami.” W ww. opracowaniu, w tabeli 6.1 zawierającej porównanie systemów fermentacji, wskazano dla fermentacji mokrej zawartość suchej masy <10, a dla fermentacji suchej 10-40. Podobnie w prezentacji „Przeróbka beztlenowa bioodpadów komunalnych. Przegląd i porównanie technologii. Emisje” złożonej przez Przystępującego (dowód nr 3 do pisma) ze względu na wilgotność substratu wyróżniono technologie mokre (z pełnym wymieszaniem) i suche (o przepływie tłokowym). Wskazano tam, że jako „mokrą” określa się fermentację substratów płynnych, w których zawartość suchej masy nie przekracza 15% i wynosi najczęściej od 8 do 12%. Fermentację odpadów o wyższej zawartości suchej masy nazywa się „suchą”. Maksymalna zawartość suchej masy w substratach <40%. Z kolei w prezentacji „Biogazownie” (dowód nr 4 do pisma Przystępującego Instal) wyróżniono podział ze względu na wilgotność substratu na fermentację suchą (sucha masa 22-40%), półsuchą (sucha masa 20+/-2%) oraz mokrą (sucha masa 8-12%).

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że istnieją różne podziały typów fermentacji w zależności od zawartości suchej masy we wsadzie, a skoro tak to nie można automatycznie, wyłącznie w oparciu o samą nomenklaturę użytą w referencjach złożonych przez Przystępującego Instal, wystawionych przez inwestora, uznać, że doświadczenie Projektanta technologa oraz Technologa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Stosując podział fermentacji na suchą i mokrą nie ma wątpliwości, że osoby wskazane na stanowiska Projektanta technologa oraz Technologa mają doświadczenie w projektowaniu/nadzorze budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej o przepływie tłokowym. Nawet jednak przy podziale rodzajów fermentacji na suchą, półsuchą i mokrą – bazując na źródłach wskazanych zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego Instal, gdzie za fermentację suchą uznaje się fermentację odpadów o zawartości suchej masy we wsadzie na poziomie od 15 do 22% (w zależności od źródła) – to zawartość suchej masy we wsadzie w instalacjach referencyjnych wskazuje na fermentację suchą. Jak bowiem wynika z wyjaśnień złożonych przez Przystępującego Instal na wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zawartość suchej masy w obu instalacjach w miejscowości Santhià wynosi ok. 29%. Powyższe nie było przedmiotem sporu, potwierdza to chociażby przywołany w odwołaniu artykuł naukowy, gdzie wskazano na zawartość 28-32% mas substancji stałych.

W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący Instal nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Projektanta technologa i Technologa w zakresie projektowania i nadzorowania budowy instalacji w technologii fermentacji suchej. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które przeczyłyby twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, że instalacje referencyjne wskazane w

ramach doświadczenia ww. osób, ze względu na zawartość suchej masy we wsadzie, mogą być kwalifikowane jako instalacje fermentacji suchej.

Odnosząc się do ostatniego z aspektów podniesionych jako uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, tj. okresu doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Technologa, Izba stwierdziła, że argumentacja Odwołującego została oparta na założeniu, że okres realizacji inwestycji wskazanych w poz. 5 wykazu osób nie potwierdza posiadania przez ww. osobę wymaganego pięcioletniego doświadczenia, ponieważ wymóg referencyjny dotyczył wyłącznie okresu budowy instalacji, a nie jej eksploatacji.

W tym zakresie należy po pierwsze wskazać na treść kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że dysponuje „jedną osobą, która będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia jako Technolog. Osoba ta musi posiadać minimum 5 lat doświadczenia jako specjalista ds. technologii lub w pełnieniu inaczej nazwanej funkcji polegającej na zarządzaniu, koordynowaniu i nadzorowaniu wykonania instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej, ciągłej o przepływie tłokowym odpadów pochodzenia komunalnego o wydajności minimum 15.000 Mg/rok, w tym co najmniej jednej dotyczącej budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie, wraz z rozruchami i przygotowaniem do eksploatacji.”

Literalne brzmienie ww. warunku wskazuje, że osoba mająca być skierowana do realizacji zamówienia na stanowisko Technologa ma:

- 1) posiadać minimum 5 lat doświadczenia jako specjalista ds. technologii lub w pełnieniu inaczej nazwanej funkcji polegającej na zarządzaniu, koordynowaniu i nadzorowaniu wykonania instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej, ciągłej o przepływie tłokowym odpadów pochodzenia komunalnego o wydajności minimum 15.000 Mg/rok;
- 2) w tym co najmniej jednej dotyczącej budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie, wraz z rozruchami i przygotowaniem do eksploatacji.

W świetle treści warunku nie ma zatem podstaw do ograniczania wymaganego pięcioletniego okresu doświadczenia Technologa wyłącznie do doświadczenia pozyskanego w okresie „budowy instalacji metanowej suchej poziomej ciągłej”, jak twierdził Odwołujący. Pełnienie przedmiotowej funkcji przy budowie instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie, wraz z rozruchami i przygotowaniem do eksploatacji, było tylko elementem wymaganego w SWZ doświadczenia. W tym zakresie w treści warunku nie sprecyzowano jak długo należało wykonywać ww. czynności. Natomiast pięcioletni okres doświadczenia odnosił się do pełnienia funkcji specjalisty ds. technologii lub inaczej nazwanej funkcji polegającej na zarządzaniu, koordynowaniu i nadzorowaniu wykonania instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej, ciągłej o przepływie tłokowym odpadów pochodzenia komunalnego o wydajności minimum 15.000 Mg/rok. Przystępujący Instal w poz. 5 wykazu osób wskazał, że p. G.F. posiada ponad 5 lat doświadczenia jako specjalista ds. technologii lub w pełnieniu inaczej nazwanej funkcji polegającej na zarządzaniu, koordynowaniu i nadzorowaniu wykonania instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej, ciągłej o przepływie tłokowym odpadów pochodzenia komunalnego o wydajności minimum 15.000 Mg/rok, w tym co najmniej jednej dotyczącej budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie. Wymienione następnie dwa zadania zostały wskazane w celu wykazania drugiej części warunku udziału w postępowaniu, tj. pełnienia funkcji przy budowie instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie.

Odwołujący błędnie, w celu podważenia okresu doświadczenia p. G.F., powoływał się na daty budowy sekcji beztlenowej w dwóch instalacjach zlokalizowanych w miejscowości Santhià, podczas gdy daty te dotyczyły inwestycji przywołanych w wykazie osób jedynie w celu potwierdzenia drugiej, szczegółowej części spornego warunku udziału w postępowaniu, tj. tej dotyczącej budowy instalacji fermentacji metanowej suchej poziomej ciągłej bioodpadów pochodzenia komunalnego zbieranych selektywnie. W analogiczny sposób Przystępujący Instal przedstawił w poz. 4 wykazu osób doświadczenie Projektanta Technologa, czego Odwołujący nie kwestionował. W ocenie Izby w oparciu o treść wykazu osób nie ma podstaw do przyjęcia, że doświadczenie ww. osoby ograniczało się wyłącznie do tych dwóch podanych w wykazie instalacji. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnych innych argumentów, które mogłyby podważyć prawdziwość oświadczenia Przystępującego Instal złożonego w wykazie osób. Jedynie na marginesie, podobnie jak w przypadku zarzutu dotyczącego wykazu dostaw, Izba wskazuje, że nawet gdyby stwierdzić, że Zamawiający powinien był na podstawie treści wykazu osób powziąć wątpliwości co do posiadania przez ww. osobę wymaganego pięcioletniego doświadczenia, to wątpliwości te co do zasady powinny podlegać wyjaśnieniom, w odwołaniu nie postawiono jednak zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp nie został udowodniony.

W konsekwencji brak było podstaw do podważenia prawidłowości czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty

Przystępującego Instal, a tym samym również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, podlegał oddaleniu.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodnicząca:.....