Sygn. akt: KIO 1018/15

WYROK
z dnia 27 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 maja 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2015 r. przez **wykonawcę Limba spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 133** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej, ul. Bolesława Prusa 66**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zawartego w sekcji III.3.2. ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału 6 pkt. 6.2. lp. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez nadanie dotychczasowym postanowieniom następującego brzmienia:**
„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Warunek ten będzie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że **w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zadania polegające na budowie instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów biodegradowalnych składających się (każda z nich) m.in. z zamkniętych tuneli o** żelbetowych ścianach, **systemu wymuszonego napowietrzania, systemu oczyszczania powietrza w biofiltrze, oraz betonowego placu o przerobowej dojrzewania kompostu/stabilizatu przepustowości instalacji (każda z nich) nie mniejszej niż 15.000 Mg/rok,"**

---

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej, ul. Bolesława Prusa 66 i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Limba spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 133** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcę Limba spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 133** kwoty 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą nadpłatę uiszczonego wpisu

2.2. zasądza od **zamawiającego Zakładu Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej, ul. Bolesława Prusa 66** na rzecz **wykonawcy Limba spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 133** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie : trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów uiszczonego wpisu oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1018/15

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowy system gospodarki odpadami realizowany przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Etap II został wszczęty ogłoszeniem o zamówieniu publicznym zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dniu 11 maja 2015r. za numerem 2015 – 109510.
W tym samym dniu zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz.)
Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 – dalej ustawy).
W dniu 15 maja 2015r. wykonawca Limba spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wólczyńska 133 – dalej odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 15 maja 2015r. faksem i drogą elektroniczną. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wysokości 20 000zł.
Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień dotyczących opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
a) art. 22 ust 4 ustawy przez zastosowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie związanego z przedmiotem zamówienia oraz nie proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia;
b) art. 22 ust. 4 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy przez opisanie metody dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu zmiany opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez:
1. zmianę dotychczasowego brzmienia postanowienia pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu na:
„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Warunek ten będzie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a

jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zadania polegające na budowie instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów biodegradowalnych składających się (każda z nich) m.in. z zamkniętych tuneli o żelbetowych ścianach, systemu wymuszonego napowietrzania, systemu oczyszczania powietrza w biofiltrze, oraz betonowego placu dojrzewania kompostu/stabilizatu o przepustowości przerobowej instalacji (każda z nich) nie mniejszej niż 15.000 Mg/rok,"
2. zmianę dotychczasowego brzmienia postanowienia pkt 6.2. L.p. 2 siwz na:
„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Warunek ten będzie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zadania polegające na budowie instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów biodegradowalnych składających się (każda z nich) m.in. z zamkniętych tuneli o żelbetowych ścianach, systemu wymuszonego napowietrzania, systemu oczyszczania powietrza w biofiltrze, oraz betonowego placu dojrzewania kompostu/stabilizatu o przepustowości przerobowej instalacji (każda z nich) nie mniejszej niż 15.000 Mg/rok",
Wniósł o zwrot kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia, a ukształtowanie przez zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w siwz w części dot. warunków oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, powoduje, że odwołujący oraz inni wykonawcy, biorący udział w postępowaniu, nie będą w stanie sprostać wymaganiom, postawionym w zakresie oceny posiadanej wiedzy i doświadczenia, mimo że technologia którą dysponuje odwołujący spełnia warunki siwz. W konsekwencji gdyby nie nieuzasadnione postanowienia dot. oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odwołujący mógłby skutecznie ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.
Odwołujący wskazał, iż utrzymanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz w dotychczasowej wersji, doprowadzi do nieuzasadnionego zawężenia kręgu podmiotów, które mogłyby skutecznie ubiegać się o udzielenie niniejszego zamówienia. W związku z czym uważa, że posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy we wnoszeniu przedmiotowego odwołania.
Odwołujący podniósł, że jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Warunek ten będzie spełniony, jeśli

wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zadania polegające na budowie instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów biodegradowalnych składających się (każda z nich) m.in. z zamkniętych tuneli o żelbetowych ścianach, dachach zapewniających naturalne doświetlenie tuneli, systemu wymuszonego negatywnego napowietrzania, systemu oczyszczania powietrza w biofiltrze, oraz betonowego placu dojrzewania kompostu/stabilizatu o przepustowości przerobowej instalacji (każda z nich) nie mniejszej niż 20.000 Mg/rok".
W dniu 13 maja 2015 r., na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy, zamawiający dokonał modyfikacji ww. postanowienia siwz, w ten sposób że zmienił pierwotny wymóg przepustowości przerobowej każdej z instalacji, min. 20.000 Mg/rok, na 15.000 Mg/rok.
W celu wykazania, iż zaskarżony opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zdaniem odwołującego niezbędnym jest odwołanie się do konkretnych postanowień siwz oraz załącznika nr 4a do siwz - Wykaz wymagań dla instalacji i urządzeń równoważnych dla zadania objętego niniejszym postępowaniem.
Mianowicie, zamawiający w siwz wskazał na konkretne rozwiązania technologiczne, pokrywające się z wymaganiem posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, przewidzianym w zaskarżonych postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz dot. opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W Projekcie Budowlanym jest bezpośrednie powołanie się na technologie Compost System na stronie 20 w dziale 11.4 Opis Technologii gdzie wskazane jest napowietrzanie negatywne oraz konstrukcją dachu. Odwołujący podniósł, że zamawiający jednocześnie dopuścił możliwość zastąpienia materiałów, produktów, urządzeń i systemów podanych w specyfikacji i załącznikach, równoważnymi materiałami, produktami, urządzeniami i systemami o parametrach nie gorszych lub lepszych niż opisane w dokumentacji przetargowej. Przy czym w zakresie kompostowni odpadów biodegradowalnych, zamawiający zobowiązał wykonawców do wzięcia pod uwagę treści załącznika nr 4a do siwz.
Treść tego załącznika nr 4a do siwz, na stronie 3, zakłada między innymi, że:
„system napowietrzania musi być systemem napowietrzania negatywnego, gdzie odsysanie powietrza odbywa się przez podposadzkowy, pneumatycznie szczelny system napowietrzania z kanałami".
Odwołujący wskazał, iż dysponuje równoważną technologią, która spełnia wymagania przewidziane w treści załącznika nr 4a do siwz. Technologia ta, pomimo że oparta na zgoła odmiennym rozwiązaniu niż przewidziane w siwz, jest powszechnie uznawana za technologię równoważną do technologii wymaganej przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zdaje sobie sprawę, iż ocena czy technologia zaproponowana przez odwołującego spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego, stanowi kwestię odrębną od sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że jego technologia spełnia warunki stawiane przez zamawiającego, i gdyby nie tak rygorystycznie postawione wymagania co do obowiązku posiadania wiedzy i doświadczenia, odwołujący mógłby skutecznie ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Na poparcie swego stanowiska odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 313/10, wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2621/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2010 r., sygn. akt KIO 189/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2012 r. sygn. akt KIO 2059/12. W ocenie odwołującego ostatnie przytoczone powyżej orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, oddaje sytuację jaka ma miejsce w niniejszym postępowaniu. Mianowicie jak zostało wskazane, postanowienia siwz w zakresie wiedzy I doświadczenia wymagają, aby wykonawca wykonał co najmniej dwa zadania polegające na budowie instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów biodegradowalnych składających się m.in. (...) dachach zapewniających naturalne doświetlenie tuneli, systemu wymuszonego negatywnego napowietrzania („.). Zamawiający wymaga jednocześnie, aby w przypadku zastosowania rozwiązania równoważnego, zastosowano także system napowietrzania negatywnego. Zamawiający wymaga, aby wykonawca posiadał konkretne doświadczenie na budowę instalacji o konstrukcji dachu zapewniającego naturalne doświetlenie tuneli oraz napowietrzenia negatywnego (zasysanie powietrza z wnętrze boksów). Rozwiązanie dachu ażurowego jest charakterystyczne dla kilku obecnych na rynku technologii, jednakże połączenie tego wymogu z wymogiem napowietrzenia negatywnego ogranicza możliwość udziału w postępowaniu w sposób skuteczny ponieważ spełnia to tylko jedna technologia na rynku tj. Compost System. Różnica w przypadku napowietrzenia dotyczy sposobu napowietrzenia złoża i nie ma ona wpływu na efekt końcowy samej instalacji analogicznie jak w przypadku konstrukcji dachu, gdzie również nie ma to żadnego wpływu na sam fakt doświadczenia wykonawcy, a jedynie wskazuje na różne konkretne rozwiązania techniczne wyróżniające poszczególne firmy dostarczające tego typu technologie. Zamawiający nie może wymagać, aby wykonawca posiadał doświadczenie dla konkretnej technologii, przewidując jednocześnie rozwiązania równoważne. Skonstruowanie postanowień siwz w taki sposób sprawia, że możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego jest iluzoryczna, albowiem w każdym układzie. czy to na podstawie siwz, czy też załącznika nr 4a do siwz, wykonawca może przedstawić wyłącznie rozwiązanie technologiczne Compost System.
Odwołujący wskazuje, iż na rynku funkcjonują inne, równoważne rozwiązania technologiczne w stosunku do Compost System. Odwołujący wskazał na technologię firmy Hantsch i

---

podniósł, że oba rozwiązania różnią się sposobem napowietrzania złoża. Technologia Hantsch zakłada napowietrzanie pozytywne (tj. wdmuchiwanie powietrza) do wnętrz boksów. Natomiast technologia Compost System zakłada napowietrzanie negatywne (zasysanie powietrza z wnętrza boksów) przez pryzmę kompostu.
Obie powyższe technologie, Compost System oraz Hantsch, były przedmiotem szczegółowego porównania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 1458/13. Po dokładnym przeanalizowaniu dwóch ww. technologii. Izba doszła do wniosku, że pomimo różnic technologicznych, oba rozwiązania są równoważne.
Z powyższego wynika, iż gdyby odwołujący spełniał wymagania stawiane przez zamawiającego w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, mógłby skutecznie ubiegać się o udzielenie rzeczonego zamówienia, albowiem technologia jaką dysponuje odwołujący jest równoważna z technologią wymaganą przez zamawiającego.
W ocenie odwołującego opisany przez zamawiającego sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wynika to przede wszystkim z dopuszczenia przez zamawiającego możliwości składania ofert zawierających rozwiązania równoważne, przy jednoczesnym restrykcyjnym obowiązku posiadania stosownej wiedzy i doświadczenia z zakresu realizacji zamówienia w konkretnej technologii. W konsekwencji, w ocenie odwołującego, restrykcyjne wymagania co do posiadania wiedzy i doświadczenia stawiane przez zamawiającego, sprawiają, że technologia równoważna nigdy nie zostanie zastosowana, albowiem podmioty chcące ubiegać się o udzielenie zamówienia i zaoferować

rozwiązanie równoważne, zostaną wyeliminowane już na samym początku etapu badania i oceny ofert, w związku z niespełnianiem wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Dochodzi tym samym, według odwołującego, do ewidentnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji.
Odwołujący podniósł, że jedyną możliwością obrony praw jest w takiej sytuacji wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej celem przymuszenia Zamawiającego do zmiany opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz. Wskazał, że w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej podkreśla się, że nadużycie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalenia warunków zamówienia, nadmierny rygoryzm i asekuracja, niewłaściwe stosowanie prawa, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawodawcę, a w konsekwencji zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu.

W dniu 18 maja 2015r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię znanym mu wykonawcom oraz zamieszczając treść odwołania na stronie internetowej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, zmiany ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji treści siwz wraz z załącznikami
Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że
W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt III.3.2) Wiedza i doświadczenie w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Warunek ten będzie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwa zadania polegające na budowie instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów biodegradowalnych składających się (każda z nich) m.in. z zamkniętych tuneli o żelbetowych ścianach, dachach zapewniających naturalne doświetlenie tuneli, systemu wymuszonego negatywnego napowietrzania, systemu oczyszczania powietrza w biofiltrze, oraz betonowego placu dojrzewania kompostu/stabilizatu o przepustowości przerobowej instalacji (każda z nich) nie mniejszej niż 20.000 Mg/rok.
Analogiczne postanowienia zawarł zamawiający w treści siwz w pkt 6.2.2. siwz. W pkt 3.1.8 siwz zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, że nazwy własne materiałów, produktów, urządzeń i systemów, podanych w specyfikacji i załącznikach (w szczególności dokumentacji projektowej) służą wyłącznie do podania wymagań i parametrów jakościowych. Zamawiający dopuszcza możliwość zastąpienia ich innymi równoważnymi materiałami, produktami, urządzeniami i systemami parametrach nie gorszych lub lepszych niż opisane w wyżej wymienionych dokumentach (w zakresie kompostowni odpadów biodegradowalnych należy wziąć pod uwagę treść załącznika nr 4a).
Z załącznika nr 4a do siwz wynikają następujące wymagania zamawiającego w zakresie równoważności kompostowni:
„Zamawiający w projekcie wykonawczym i w projekcie technologicznym określił szczegółowo sposób i formę wykonania elementów budowlanych i technologicznych kompostowni odpadów biodegradowalnych. Wymagania dla instalacji i urządzeń innych niż
ale element służący do zaprojektowane, równoważnych stanowią oferty oceny równoważności w stosunku do rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej i opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych oraz

---

opisem przedmiotu zamówienia, w tym wymaganiami dotyczącymi stabilizacji tlenowej frakcji 0-80mm wydzielonej mechanicznie ze zmieszanych opadów komunalnych i wypełnił niniejszy wykaz zgodnie z ich wymaganiami.
Wykonawca jest odpowiedzialny za jakość zastosowanych materiałów, maszyn, urządzeń i

wyposażenia, za ich montaż i uruchomienie, za ich zgodność z dokumentacją projektową, wymaganiami specyfikacji technicznych a przede wszystkim technologicznych oraz opisem przedmiotu zamówienia.
Wykonawca stosując rozwiązania równoważne jest w pełni odpowiedzialny za taki dobór maszyn, urządzeń, sprzętu, armatury, wyposażenia oraz materiałów i innych by uzyskać wymagane parametry techniczne i technologiczne instalacji oraz by dostosować je do istniejących i projektowanych budynków bez zmiany ich istniejącej/zaprojektowanej powierzchni, kubatury i układu przestrzennego, tak by nie zachodziła konieczność zmiany tych budynków, zmiany projektu budowlanego i pozwolenia na budowę.
Jeżeli Wykonawca przedstawi rozwiązanie równoważne do rozwiązania przewidzianego w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych i opisie przedmiotu zamówienia, dla którego konieczna będzie zmiana projektu budowlanego i pozwolenia na budowę, to jest zobowiązany do samodzielnego jego zatwierdzenia, w tym opracowania wszelkich niezbędnych dokumentacji i uzyskania niezbędnych zezwoleń zgodnie z obowiązującymi wymaganiami, w tym pozwolenia na budowę.
Koszty zatwierdzenia rozwiązania równoważnego, w tym opracowania wszelkich niezbędnych dokumentacji i uzyskania niezbędnych decyzji i zezwoleń zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym uzyskania ewentualnej zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia oraz zmiany pozwolenia na budowę, ponosi Wykonawca rozwiązań zamiennych.
Czas wymagany do zatwierdzenia rozwiązania równoważnego nie może wpłynąć na wymagany termin realizacji zadania.
Dokumentacja będzie zweryfikowana i zatwierdzona przez Zamawiającego. Zamawiający zastrzega sobie prawo odrzucenia wszystkich ofert, które nie spełniają wymagań określonych dla przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie dopuszcza możliwości oferowania rozwiązań zamiennych tylko dla poszczególnych części projektu. Wykonawca musi udowodnić, że oferowane rozwiązania zamienne są w pełni zintegrowane technicznie, konstrukcyjnie, technologicznie i logistycznie z pozostałą częścią projektu.
Wykonawca zobowiązany jest załączyć karty katalogowe maszyn, urządzeń i wyposażenia do niniejszego Wykazu i/lub inne dokumenty wystawione przez producenta potwierdzające ich równoważność. Opisane parametry jakości i wydajności zamiennych rozwiązań

technologicznych i technicznych muszą być potwierdzone danymi z realnych, funkcjonujących i tożsamych dla oferowanej instalacji.
Urządzenia, maszyny i wyposażenie nie mogą być prototypami i muszą być fabrycznie nowe.”
Na str. 17 projektu budowlanego znajduje się pkt. 11.4. zawierający opis technologii kompostowania lub stabilizacji tlenowej w systemie procesu aerobowego z negatywnym napowietrzaniem oraz oczyszczaniem powietrza procesowego w biofiltrze. Na pkt. 11.4. składa się między innymi pkt 11.4.1. ogólna charakterystyka procesu, w którym na str. 20 projektu budowlanego zamawiający wskazał, że dla instalacji w Starym Lubiejewie przewiduje się zaprojektowanie w pełni technologicznie kontrolowanego i sterowanego procesu kompostowania. Niżej opisany system jest przemysłową technologią prowadzenia kontrolowanego, statyczno – dynamicznego i hermetyzowanego procesu biostabilizacji tlenowej w tunelu, takiego jak , np. COMPObox firmy Compost Systems GmbH, który od lat stosowany jest z powodzeniem głównie w dwóch rodzajach instalacji: w MBP (zakładach mechaniczno biologicznej obróbki) i kompostowniach, czyli tych zakładach, w których produkowany jest polepszacz gleby lub wysokiej jakości nawóz organiczny - „kompost”.
Na str. 22 projektu budowlanego zamawiający przewidział w pkt 11.4.5. kontrolę procesu jako przebiegający samoczynnie proces kompostowania, który wymaga stałej kontroli. Napowietrzanie zaopatruje mikroorganizmy w tlen, zraszanie w wodę. Nie wolno dopuścić, aby temperatura wsadu przekraczała 75 o C. Efektywne schładzanie pryzmy polega na wysysaniu nasyconego parą powietrza z kompostującego się materiału. Para wodna jest nośnikiem energii poza pryzmę. Przenikające do wnętrza pryzmy suche powietrze powoduje odciąganie wilgoci z materiału powodując jego schładzanie (analogicznie do efektu pocenia się). Straty materiałowe w efekcie rozpadu organiki (głównie ubytek Corg) powodują osiadanie i zagęszczenie się pryzmy. Dla odpowiednio efektywnego napowietrzania konieczne jest okresowe rozluźnienie materiału, które także przyczynia się do efektywnego schłodzenia pryzmy i boksu. Proces wentylacji oraz system napowietrzania zostały ujęte w

dokumentacji projektowej w pkt 11.5.6 i 11.5.7, zaś szczegółowy opis urządzeń dla tych systemów zawierają pkt 11.5.8. i 11.5.9 projektu budowlanego.
W pkt 11.5.4. dokumentacji projektowej – Dachy modułów kompostujących - wskazuje się, że pokrycie dachów modułów kompostujących wykonane zostanie jako odporna na korozję, nieprzepuszczalna membrana zatrzymująca wewnątrz boksów gorące gazy procesowe i wilgoć oraz przepuszczająca do boksu maksymalną ilość światła dziennego (ok. 60%).

W dniu 13 maja 2015. zamawiający udzielając odpowiedzi na zapytania wykonawców zmodyfikował treść opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i

doświadczenia z wymagania doświadczenia przepustowości przerobowej instalacji (każda z nich) nie mniejszej niż 20.000 Mg/rok na przepustowość przerobową na poziomie nie mniejszym niż 15 000Mg/rok.

W dniu 13 maja 2015r. zamieszczona została także zmiana ogłoszenia o zamówienia w zakresie zmodyfikowanego siwz, zamawiający zmienił także termin składania i otwarcia ofert.

W dniu 20 maja 2015r. w odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym na pytanie 1, w którym wykonawca oczekiwał wykreślenia z opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagania dotyczącego wykazania się budową instalacji z dachami zapewniającymi naturalne doświetlenie tuneli i z systemem wymuszonego negatywnego napowietrzania, zamawiający nie wyraził zgody na zmianę treści warunku wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła na podstawie powyższego, że zamawiający dopuścił technologię równoważną technologii przemysłowej prowadzenia kontrolowanego, statyczno-dynamicznego i hermetyzowanego procesu biostabilizacji tlenowej w tunelu takiego jak Combobox firmy Compost Systems GmbH. Ta technologia to zawarty w pkt 11.4 projektu budowlanego opis technologii kompostowania lub stabilizacji tlenowej w systemie procesu aerobowego z negatywnym napowietrzaniem oraz oczyszczaniem powietrza procesowego w biofiltrze. W ocenie Izby z tych ustaleń wynika wprost, że zamawiający podał nazwę opisanej w projekcie technologii oraz nazwę producenta tej technologii, zaś z umiejscowienia podania tych danych wynika także, że nazwa ta obejmuje cały system, w tym system negatywnego napowietrzania. Tym samym nie można dać wiary twierdzeniom zamawiającego przedstawionym na rozprawie, że zamawiający z uwagi na treść pkt 3.1.8 siwz nie dopuścił równoważności w zakresie systemu negatywnego napowietrzania. Zamawiający wskazał jedynie w załączniku nr 4a, że nie dopuszcza możliwości oferowania rozwiązań zamiennych tylko dla poszczególnych części projektu. Wykonawca, w takim przypadku, musi udowodnić, że oferowane rozwiązania zamienne są w pełni zintegrowane technicznie, konstrukcyjnie, technologicznie i logistycznie z pozostałą częścią projektu. W ocenie Izby te postanowienia nie dotyczą jednak opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a oceny zgodności treści oferty i przyjętego w niej rozwiązania są równoważne do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:
Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.
Izba ustaliła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust 4 ustawy przez zastosowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie związanego z przedmiotem zamówienia oraz nie proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 4 w zw. z art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy przez opisanie metody dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Art. 22 ust. 4 ustawy stanowi, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Art. 29 ust. 2 ustawy zakazuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, zaś art. 7 ust. 1 ustawy (albowiem tylko ten ustęp koresponduje z postawionym przez odwołującego zarzutem i jest adekwatny do etapu postępowania o udzielenie zamówienia, na którym składane jest odwołanie) stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
W świetle dokonanych przez Izbę ustaleń stanu faktycznego Izba dokonując subsumpcji tego stanu faktycznego pod normę art. 22 ust. 4 ustawy uznała, że skoro zamawiający dopuścił równoważną technologię kompostowania lub stabilizacji tlenowej, gdyż wymienił tę technologię przemysłową z nazwy, a jednocześnie zezwolił na oferowanie rozwiązań zamiennych tylko dla poszczególnych części projektu, pod warunkiem, że oferowane rozwiązania zamienne są w pełni zintegrowane technicznie, konstrukcyjnie, technologicznie i logistycznie z pozostałą częścią projektu, to w ocenie Izby wykonawca oferujący taką odmienną, ale równoważną technologię nie może być zmuszany do wykazania się doświadczeniem w technologii opisanej przez zamawiającego, dla której dopuszczono równoważność. W ocenie Izby narusza to granice proporcjonalności warunku. Skoro bowiem przedmiotem zamówienia jest także rozwiązanie równoważne, to logicznym jest, że związane z takim przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalnym będzie doświadczenie w technologii równoważnej. Ta technologia równoważna będzie zatem przedmiotem przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Tym samym w ocenie Izby

konieczne jest takie ukształtowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby nie ograniczyć wykonawcom oferującym dopuszczoną przez zamawiającego technologię równoważną dostępu do przedmiotowego zamówienia. Przyjęcie odmiennego rozwiązania godzi bowiem w zasadę uczciwej konkurencji. Z jednej strony bowiem można zaoferować przedmiot równoważny, ale tylko pod warunkiem, że posiada się doświadczenie w technologii podstawowej, oznaczałoby to preferowanie wykonawców mających doświadczenie w określonej technologii, która nie jest wyłączną technologią możliwą do zaoferowania w postępowaniu. Wobec ustalenia, że zamawiający dopuszczał technologię równoważną bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje argumentacja zamawiającego o istnieniu konkurencji pomiędzy wykonawcami technologii opisanej w projekcie budowlanym, jak również ocena czy system napowietrzania pozytywnego jest technologią równoważną do technologii negatywnego systemu napowietrzania.
Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 22 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz poniesionych przez odwołującego i udowodnionych fakturą VAT kosztów zastępstwa prawnego (z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie), nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący: ……