

Sygn. akt: KIO 176/12

Sygn. akt: KIO 227/12

WYROK
z dnia 14 luty 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 luty 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 27 stycznia 2012 r. przez **odwołującego** G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z siedzibą w Udine, Via Zanussi Z.I.U., n.315, Włochy
- B. w dniu 3 Luty 2012 r. przez **odwołującego** JM Labus Sp. z o.o. z siedzibą 40-172 Katowice ul. Grabowa 2

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Zarząd Cmentarzy Komunalnych z siedzibą 50-224 Wrocław, Pl. Strzelecki 19/21

orzeka:

1.uwzględnia obydwa odwołania i nakazuje zamawiającemu podział zamówienia na dwie części: na remont pieca kremacyjnego nr 2 oraz na postawienie nowego pieca kremacyjnego nr 3 i nakazuje wykreślenie ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagany parametr emisyjny w zakresie zawartości SO w spalinach pieca kremacyjnego nr 2 z

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego** Zarząd Cmentarzy Komunalnych Pl. Strzelecki 19/21,

1

50-224 Wrocław i:

- A. 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000,00 **zł** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych) uiszczoną przez **odwołującego** G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z siedzibą w Udine, Via Zanussi Z.I.U., n.315, Włochy i **odwołującego** JM Labus Sp. z o.o. z siedzibą 40-172 Katowice ul. Grabowa 2 tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **zamawiającego** Zarząd Cmentarzy Komunalnych Pl. Strzelecki 19/21, 50-224 Wrocław kwotę 30.556,00 **zł** (słownie: trzydzieści tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych), w tym:
 - A. kwotę 15.000 **zł** (słownie: piętnaście tysięcy) na rzecz **odwołującego** G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z siedzibą w Udine, Via Zanussi Z.I.U., n.315, Włochy stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
 - B. kwotę 15.556 **zł** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych) na rzecz **odwołującego** JM Labus Sp. z o.o. z siedzibą 40-172 Katowice ul. Grabowa 2 stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów dojazdu na rozprawę

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Wrocławiu.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Sygn. akt KIO 176/12 i Sygn. akt KIO 227/12

W dniu 27 stycznia 2012r. pismem z dnia 26 stycznia 2012 r. odwołujący G.E.M. MATTHEWS International S.r.l. z siedzibą w Udine, Via Zanussi Z.I.U., n. 315, Włochy wniósł odwołanie (Sygn.akt KIO 176/12) w związku z modyfikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), którą opublikowano ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2012 r.

W dniu 3 lutego 2012r. pismem z dnia 2 lutego 2012 r. odwołujący JM Labus Sp. z o.o. z siedzibą w 40-172 Katowicach ul. Grabowa 2 wniósł odwołanie (Sygn. akt KIO 272/12) dotyczące modyfikacji siwz, która została opublikowana w dniu 24 stycznia 2012r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej zarządzeniem z dnia 7 luty 2012r. połączył obydwa odwołania do łącznego rozpoznania.

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Cmentarzy Komunalnych, Pl. Strzelecki 19/21, 50-224 Wrocław zwany dalej „zamawiającym”

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Usługi w zakresie postawienia nowego pieca kremacyjnego nr 3 oraz remontu generalnego pieca kremacyjnego nr 2 w krematorium mieszczącym się na terenie cmentarza komunalnego Oddział Psie Pole.

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 listopada 2011 r. pod poz.201 I/S 216-352436.

Sygn.akt KIO 176/12

Odwołanie zostało wniesione w związku z opublikowaną zmianą siwz, na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 08 czerwca 2010 r., Dz. U. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie Pzp w następującym zakresie:

3

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

1) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 22 ust. 4 w zw. z ust 1 Pzp poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i opisanie warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu zmieniającym SIWZ opublikowanym w dniu 17 stycznia 2012 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

W przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób zawarty w ogłoszeniu zmieniającym siwz opublikowanym w dniu 17 stycznia 2012r.
- 2) nakazanie zamawiającemu sporządzenia nowego brzmienia opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający przepisom ustawy Pzp, w szczególności art. 7 ust. 1, poprzez wykreślenie zapisów, które prowadzą do eliminacji uczciwej konkurencji pozostawiając na rynku wyłącznie jednego wykonawcę (TABO);
- 3) ewentualnie nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności poprzez sformułowanie opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób analogiczny do wskazanych w pierwotnym brzmieniu w ogłoszeniu o zamówieniu,
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący wskazał na interes prawny w złożeniu odwołania.

Zgodnie z treścią art. 179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący jest zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na postawienie nowego pieca, jak również na wykonanie remontu generalnego pieca kremacyjnego znajdującego się już w zasobach zamawiającego.

Realne zainteresowanie odwołującego udziałem w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu potwierdza fakt wniesienia wadium w grudniu 2011 r. (kopia potwierdzenia przelewu w załączeniu). Odwołujący wskazał, iż jego interes prawny polega na tym, że w przypadku zastosowania wymogów co do wykazania wiedzy i doświadczenia wskazanych w ogłoszeniu zmieniającym siwz z dnia 17 stycznia 2012 r. może zostać pozbawiony możliwości wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu. Gdyby zamawiający dokonał zmiany opisu warunków udziału w postępowaniu i wykreślił sformułowanie ograniczające krąg potencjalnych wykonawców wyłącznie do serwisu producenta TABO, odwołujący wzięłby udział w postępowaniu. W konsekwencji oferta odwołującego mogłaby być uznana za

4

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

najkorzystniejszą a odwołujący otrzymałby zamówienie. Tym samym na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp odwołujący może ponieść szkodę.

W dniu 17 stycznia 2012 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie, w którym wprowadził zmiany w opisie warunków udziału w postępowaniu zawartych w Rozdziale 7 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt. 2.1.SIWZ.

Wobec powyższego Odwołujący, odnosząc się do treści ogłoszenia, podnosi co następuje.

Jak wynika z powszechnie dostępnych źródeł, wiedzy i doświadczenia odwołującego, jak również znajomości sektora kremacji i produktów dostępnych na rynku nie istnieją piece typu „TABO”.

TABO jest firmą (nazwą) i marką szwedzkiego producenta pieców kremacyjnych TABO Incinerator AB z siedzibą w Sztokholmie, który poprzez swe przedstawicielstwo TABO POLSKA działa również na terytorium Polski.

Informacje dostępne na stronie internetowej www.piecetabo.pl w sposób jednoznaczny wskazują, iż TABO jest to nazwa własna, a nie typ pieca - TABO POLSKA przedstawicielstwo producenta pieców kremacyjnych TABO.

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, poprzez zamieszczone w ogłoszeniu z dnia 17 stycznia 2012 r. sformułowanie typu „TABO” Zamawiający w sposób istotny ograniczył krąg potencjalnych wykonawców czyli tym samym utrudnił uczciwą konkurencję, godząc w liczną grupę wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, a nie związanych z marką TABO.

Wykonawcy występujący pod inną firmą już na wstępie zostaliby pozbawieni realnej możliwości konkurowania o uzyskanie zamówienia.

Cytowane sformułowanie jest niezgodne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wiedza techniczna, doświadczenie i wieloletnia obecność odwołującego w sektorze kremacji pozwalają stwierdzić, iż piece kremacyjne produkowane zarówno w Europie, jak i na świecie mają budowę bardzo podobną tzn. posiadają jedną komorę główną gdzie wprowadza się trumnę ze zwłokami oraz komorę wtórną dopalania gazów. Rozwiązania techniczne stosowane przez producenta TABO Incinerator AB nie odbiegają od norm powszechnie obowiązujących wśród producentów pieców kremacyjnych.

Wobec powyższego nie istnieją w ocenie odwołującego, żadne przesłanki pozwalające uznać, że

5

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

wykonawca, który wykonał 2 zamówienia polegające na remoncie kapitalnym pieców kremacyjnych TABO do spopielenia zwłok ludzkich dysponuje jakimś szczególnym czy bardziej rozległym doświadczeniem od tego, który wykonał remonty kapitalne pieców kremacyjnych innych producentów.

Nie ma, w ocenie odwołującego, żadnego uzasadnienia postawienie przez zamawiającego wymagania posiadania przez wykonawcę doświadczenia w zakresie remontów pieców wyprodukowanych przez TABO.

Postawienie takiego wymagania ma na celu ograniczenie konkurencji.

Reasumując odwołujący zarzuca, iż wymogi w brzmieniu wskazanym w ogłoszeniu zmieniającym opis

warunków udziału w postępowaniu w sposób rażąco ograniczają uczciwą konkurencję i wskazują serwis producenta TABO jako jedyne kwalifikowanego wykonawcę.

Takie zawężenie kręgu wykonawców jest niedopuszczalne w świetle wskazanych jako podstawa odwołania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy odwołujący uważa, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Dlatego odwołanie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Pismem z dnia 2 lutego 2012r. złożonym w dniu 6 lutego 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie z powodu uchybienia terminu, a w przypadku nie uwzględnienia żądania o oddalenie jako bezzasadnego.

Żądanie odrzucenia odwołania oparł na treści art. 182 ust.2 Pzp, wskazując na przekroczenie terminu 10 dniowego liczonego od dnia 12 lutego 2012r. , w którym na stronie internetowej zamawiającego ukazała się informacja o zmianie ogłoszenia oraz SIWZ wraz z treścią tych zmian. Skoro odwołanie zostało złożone w dniu 27 lutego 2012, a termin na jego wniesienie upłynął w dniu 22 lutego 2012r. to odwołanie powinno być odrzucone.

W przypadku nie uznania argumentacji skierowanej na żądanie odrzucenia odwołania, pełnomocnik zamawiającego żąda oddalenia odwołania wskazując następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający co do meritum sprawy uważa, że odwołujący nie kwestionuje wymogów technicznych, a tylko nazwę TABO. Przy czym wskazuje, że zamawiający użył określenia typu TABO. Z samej natury typ oznacza „charakterystyczną budowę”, „wzór, któremu odpowiada pewna seria przedmiotów, ludzi, zjawisk”. Z pojęcia definicji nie wynika, że chodzi zamawiającemu wyłącznie o jeden przedmiot. Zmiana wynika z konieczności pewności zamawiającego, że wykonawca wybrany będzie zdolny do naprawy posiadanego pieca kremacyjnego.

6

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

Zamawiający wskazuje, że przedmiotowe zamówienie dotyczy remontu kapitalnego pieca kremacyjnego, który jest piecem o konstrukcji murowanej z cegły szamotowo-krzemowej, izolowanym termicznie, posiadającym dwie komory spalania(główną komorę górną dla trumny z ciałem i komorę dolną dopalającą) z dwupoziomowym układem obsługi. Piec jest usadowiony w pomieszczeniu o ograniczonej powierzchni uniemożliwiającej jego rozbudowę lub zmianę jego konstrukcji. W związku z tym całość wymiary wraz z izolacją cieplną musi zmieścić się w istniejącej konstrukcji stalowej pieca. Konstrukcja stalowa pieca również nie może ulec zmianie ze względu na wielkość pomieszczenia. Do pieca dostarczane jest powietrze za pośrednictwem dobranych wentylatorów, które nie podlegają wymianie. Poza tym piec opalany jest olejem opałowym lekkim za pośrednictwem dwóch palników. Takie stanowisko zamawiającego znajduje oparcie zarówno w doktrynie jak i w licznych orzecznictwie, które w piśmie zamawiający zacytował.

Zamawiający podkreślił, że ewentualne zawężenie kręgu uprawnionych podmiotów do naprawy pieca kremacyjnego wynika z jego konstrukcji oraz oprogramowania regulującego pracę urządzeń pieca kremacyjnego posiadanej produkcji TABO. Natomiast w zakresie zakupu nowego pieca nie ma żadnych ograniczeń konkurentów.

Sygn.akt KIO 227/12

W dniu 3 lutego 2012r. pismem z dnia 2 lutego 2012 r. odwołujący JM Labus Sp. z o.o. z siedzibą w 40-172 Katowicach ul. Grabowa 2 wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, dotyczące modyfikacji siwz opublikowane dnia 24 stycznia 2012r.

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 8 czerwca 2010 r. Dz. U. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie postanowień ustawy Pzp:

1. Art.29 ust.1 i 2 w zw. z art.30 ust.1 poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie wskutek modyfikacji nr 4 siwz do opisu przedmiotu zamówienia wartości emisji spalin z wyremontowanego pieca (zadanie nr 2) na poziomie niemożliwym do uzyskania z punktu widzenia fizykochemii przy uwzględnieniu norm określających dopuszczalne zawartości zanieczyszczeń dla paliw,

2. art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 poprzez jego niezastosowanie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i utrudniający uczciwą konkurencję, a nade wszystko utrudniający równe traktowanie wykonawców, na skutek nieudostępnienia wykonawcom wszystkich informacji niezbędnych do przygotowania oferty zgodnej z wymaganiami siwz, w szczególności w zakresie nieprzekazania

7

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

(niesprecyzowania w siwz) parametrów stosowanego do kremacji przez zamawiającego paliwa pod kątem zawartości siarki oraz obecnego średniego zużycia paliw w remontowanym piecu (zadanie nr 2) na jedną kremację w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 5 kremacji.

W przypadku uwzględnienia odwołania, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

unieważnienia czynności zamawiającego (modyfikacji nr 4 SIWZ) w postaci nieprecyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia w zakresie danych dot. średniego zużycia paliwa na jedną kremację oraz w zakresie emisji spalin w sposób niemożliwy do osiągnięcia z uwagi na obowiązujące normy i powtórzenie czynności opisu przedmiotu zamówienia określonego w modyfikacji nr 4 SIWZ poprzez:

1. wykreślenie lub zmianę parametru emisyjnego w zakresie zawartości siarki w spalinach paliwie - oleju opałowym lekkim stosowanym przez Zamawiającego do kremacji (zadanie nr 2) lub
2. zagwarantowanie, że stosowane paliwo - olej opałowy lekki, który będzie używany przez Zamawiającego będzie miał zawartość siarki nie wyższą niż 0,04% przy jednoczesnym przedstawieniu świadectwa badania paliwa wystawionego przez producenta przed przystąpieniem do odbiorowych pomiarów emisji oraz
3. wykreślenie z siwz warunku określonego modyfikacją nr 4 dotyczącego parametrów kremacji wyremontowanego pieca (pkt. 1.3 modyfikacji nr 4).

Zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu (modyfikacja nr 4) została opublikowana w dniu 24 stycznia 2012 roku w na stronie internetowej Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną, z której wyłączono argumentację w zakresie zawartości SO , ponieważ w tym zakresie zamawiający uwzględnił 2 odwołanie.

Odwołujący wskazał na posiadanie interesu w złożeniu odwołania, zgodnie z treścią art. 179 Pzp. Odwołujący jest zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie postawienia nowego pieca kremacyjnego nr 3 oraz remontu generalnego pieca kremacyjnego nr 2. Brak danych w zakresie obecnego średniego zużycia paliwa na jedną kremację w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie kremacji uniemożliwia sporządzenie oferty w zakresie zadania nr 2.

Wobec powyższego Odwołujący, odnosząc się do treści modyfikacji nr 4 ogłoszenia o zamówieniu, podnosi co następuje:

Zmawiający, dopiero na etapie modyfikacji nr 4 siwz, w opisie przedmiotu zamówienia określił średnie

8

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

zużycie paliwa (na poziomie nie przekraczającym 30 litrów na jedną kremację) w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 5-ciu kremacji. Zamawiający zaniechał określenia w siwz obecnego średniego zużycia paliwa w opisanym cyklu, czym również naruszył przepis art. 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając okoliczność, iż przedmiotem przetargu w zakresie zadania 2 nie jest zmiana konstrukcji pieca czy też wymiana palników, czyli elementów które mają decydujący wpływ na parametry zużycia paliwa praktycznie niemożliwym jest - wobec braku aktualnych danych w zakresie średniego zużycia paliwa - zagwarantowanie w ofercie żądanego przez Zamawiającego poziomu zużycia paliwa. Tym bardziej, co zostało podniesione w pierwszej części niniejszego odwołania, że brak określenia charakterystyki wykorzystywanego przez Zamawiającego paliwa, a także brak zmiany konstrukcji pieca oraz wymiany palników (zadanie nr 2) mają zasadnicze przedłożenie na zużycie paliwa.

Z ostrożności - na wypadek przedstawienia przez Zamawiającego wyników dokonanych pomiarów -

wskazać należy, iż obecnie eksploatowany piec przewidziany do remontu (zadanie nr 2) pracuje niezgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 21 marca 2002 w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcenia odpadów tj. nie zagwarantowano temperatury 850 stopni Celsjusza w komorze dopalania przez cały czas trwania procesu kremacji. Według przeprowadzonych obserwacji i wykonanych zdjęć (podczas wizji lokalnej Odwołującego u Zamawiającego) temperatura w komorze dopalania wynosiła 720-843 stopnie Celsjusza. Pomijając fakt, iż niezgodne z w/w przepisami jest używanie pieca, w którym temperatura dopalania jest niższa niż 850 stopni Celsjusza, to wskazać należy, iż niższa temperatura w komorze dopalania znacząco wpływa na obniżenie parametrów zużycia paliwa, ponieważ palnik w komorze dopalania jest odpowiedzialny do 80% za zużycie paliwa. Wobec braku precyzyjnego wskazania przez Zamawiającego pomiarów zużycia paliwa przy prawidłowo eksploatowanym piecu, zasadnym jest żądanie zmiany zapisów SIWZ poprzez wykreślenie zapisów o dopuszczalnym zużyciu paliwa (na poziomie nie większym niż 30 litrów) dla remontowanego pieca.

Zgodnie z treścią art. 7 Pzp nadrzędnym obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Powyższe oznacza, że każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy ma zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów.

Nieudostępnienie przez Zamawiającego w SIWZ wszystkich niezbędnych do prawidłowego przygotowania oferty informacji, tj. danych w zakresie parametrów stosowanego paliwa, jego składu oraz średniego zużycia paliwa przy opisanym cyklu prawidłowej pracy pieca przeznaczonego do remontu, świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego zasady wynikającej z treści art. 7 ustawy Pzp.

9

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

Zatem, określenie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, skutkuje iż znaczna część ofert wykonawców, którzy nie posiadają wiedzy na temat charakterystyki stosowanego paliwa, nie będzie odpowiadała opisowi przedmiotu zawartego w modyfikacji nr 4 do SIWZ.

W tym stanie rzeczy, bezspornym jest, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy - Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym, niniejsze odwołanie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

W dniu 9 lutego 2012r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której:

1. uznał odwołanie w części dotyczącej emisji spalin w zakresie zawartości siarki (SO₂) i wykreślił te 2 wymagania z SIWZ;
2. wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie średniego zużycia paliwa na jedną kremację w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 5-ciu kremacji.

W uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną. W streszczeniu argumentacji pomija się część dotyczącą zawartości dwutlenku siarki emisji spalin w wyniku spalania w piecu kremacyjnym, z uwagi na wykreślenie tegoż wymogu z siwz.

Zastrzeżenia odwołującego dotyczą modyfikacji nr 4 SIWZ zamieszczonej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 24 stycznia 2012r. i odnoszą się do warunków jakie będzie musiał spełnić wyremontowany piec nr 2.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania wyjaśnił:

Ilość zużytego paliwa na jedną kremację uzależniony jest między innymi od właściwie zastosowanych materiałów termoizolacyjnych oraz od zastosowanego komputera i oprogramowania. Piec przeznaczony do remontu nie spełnia stawianych jemu wymogów, ponieważ izolacja cieplna jest wyeksploatowana tj. grubość wymurówki wewnętrznej jest wyeksploatowana poniżej 1/3 w stosunku do wymaganej, izolacja termiczna jest przegrzana, obieg powietrza jest zakłócony. Wszystkie te czynniki mają wpływ na pracę komputera, a co za tym idzie na ilość zużywanego paliwa. Zgodnie z instrukcją producenta przy zastosowanych palnikach norma zużycia palnika wynosi 22,5 l/h. Jako dowód zamawiający przedstawia kopię instrukcji producenta. Na dzień dzisiejszy praca pieca kremacyjnego jest nie ekonomiczna, a zużycie paliwa na jedną kremację (uwzględniając rozgrzewanie pieca, kremację, przerwy między kremacjami) wskazuje zużycie paliwa znacznie ponad normę to jest od 35,32l do 44,55l, na co zamawiający przedstawił tabelę. Z kolei w 2007r. został przeprowadzony remont generalny pieca kremacyjnego nr 2 w takim samym zakresie jak obecnie został zaplanowany

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

odlotowego. Nie wykonano jedynie modernizacji komputera, co zostało zaplanowane w obecnym remoncie pieca. Przy czym po wykonaniu poprzedniego remontu pieca zużycie paliwa wahało się na poziomie od 20,25l do 23,62l na jedną kremację, na co zamawiający przedstawił tabelę. Przy czym zamawiający przy ustaleniu normy zużycia na jedną kremację uwzględnił, że ilość kremacji dziennie waha się od 3 do 9, między poszczególnymi kremacjami występują przerwy, od godz.21.30 do 5.00 nie są wykonywane kremacje, również w weekendy nie są wykonywane kremacje. W ramach przewidzianego remontu zamawiający przewidział zmianę oprogramowania komputera z analogowego na cyfrowy, które spowoduje zmniejszenie zużycia paliwa, ponieważ oprogramowanie cyfrowe powoduje precyzyjniejsze reagowanie komputera na zmieniające się parametry pracy pieca. W ocenie Zamawiającego miał on w pełni uzasadnione prawo do ustalenia w stosunku do wyremontowanego pieca wymogu określającego by średnie zużycie paliwa na jedną kremację uwzględniającą rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 5 kremacji nie mogło przekraczać 30 l. Zamawiający chcąc uzyskać sprawność techniczną pieca po remoncie ustalił wymogi jakie ma spełniać piec w czasie jego eksploatacji. Zamawiający bowiem ma prawo uzyskać konkretny efekt ekonomiczny z przeprowadzonego remontu i uważa, że opis dotyczący zużycia paliwa jest wystarczający. Tym bardziej, że wymogi dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców i nikt nie został uprzywilejowany. W SIWZ określono paliwo jako olej opalowy lekki o wartości opalowej 42,6 MJ/kg. Dane te pozwalają na jednoznaczne określenie, jaka ilość energii wyzwala się w wyniku spalania 1 kg oleju opalowego. Informacja ta z punktu widzenia efektywności paliwa jest kompletna.

Natomiast brak w SIWZ pozostałych parametrów paliwa np.: w tym zawartości siarki nie świadczy o równym traktowaniu wykonawców, ponieważ każdy zainteresowany może pozyskać parametry paliwa dostępne na rynku polskim. Każda partia dostarczanego paliwa posiada inne parametry, jednak wartość opałowa paliwa zawsze gwarantowana jest na tym samym poziomie to jest 42,6 MJ/kg.

Co do cytowanego rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 marca 2002r. w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów to nie ma zastosowania do kremacji zwłok ludzkich.

Poza tym przywołanie temperatury 850° jako właściwej dla komory dopalania jest zupełnie nieprawidłowe.

Przedstawiając powyższą argumentację zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

11

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Sygn. akt KIO 176/12

Izba ustaliła co następuje.

W powołanym powyżej ogłoszeniu Zamawiający w miejsce dotychczasowego opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców zawartych w SIWZ w brzmieniu:

„posiada doświadczenie polegające na wykonaniu z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej: 4 (cztery) porównywalne zamówienia z przedmiotem zamówienia tzn. 2 (dwa) zamówienia polegające na wybudowaniu piecy kremacyjnych o podobnej budowie i konstrukcji, tj. posiadających dwie komory spalania: główną i dopalania wykonane z cegieł szamotowych opalanych paliwem olejowym lub gazowym i sterowanych komputerowo i 2 (dwa) zamówienia polegające na remoncie kapitalnym piecy kremacyjnych o podobnej budowie i konstrukcji, tj. posiadających dwie komory spalania: główną i dopalania wykonane z cegieł szamotowych opalanych paliwem olejowym lub gazowym i sterowanych komputerowo ”,

wprowadził zapis: „posiada doświadczenie polegające na wykonaniu z należytą starannością w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, co najmniej: 4 (cztery) porównywalne zamówienia z przedmiotem zamówienia tzn. 2 (dwa) zamówienia polegające na wybudowaniu pieców kremacyjnych do spopielenia zwłok ludzkich o podobnej budowie i konstrukcji, tj. cały trzon pieca wykonany z cegły szamotowo - krzemowej posiadający dwie komory spalania (główną i dopalania) opalany paliwem olejowym lub gazowym i sterowanym komputerowo i 2 (dwa) zamówienia polegające na remoncie kapitalnym pieców kremacyjny typu „TABO” do spopielenia zwłok ludzkich.”

W związku z powyżej przedstawionymi zmianami wymagań w zakresie doświadczenia zawodowego odwołujący w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym domaga się nakazania Zamawiającemu sporządzenia nowego brzmienia opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający przepisom ustawy Pzp, w szczególności art. 7 ust. 1, poprzez wykreślenie zapisów, które prowadzą do eliminacji uczciwej konkurencji pozostawiając na rynku wyłącznie jednego wykonawcę (TABO).

Jak wykazywał odwołujący piec TABO jest oznaczeniem marki pieca produkowanego przez szwedzką firmę TABO. Na potwierdzenie tej okoliczności na rozprawie odwołujący przedstawił wydruki ze strony internetowej WWW.tabopolska.pl/piece. Z wydruku wynika, że ”Konstrukcja pieca kremacyjnego marki TABO jest opatentowanym wynikiem wielu lat doświadczeń i testów zarówno w laboratoriach producenta,

12

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

ale przede wszystkim dziesiątek lat eksploatacji naszych pieców do spopielenia zwłok w setkach krematoriów w całej Europie i milionów przeprowadzonych spopeleń zwłok”(…)”Firma TABO skoncentrowała się wyłącznie na dostawach nowoczesnego sprzętu kremacyjnego bardzo wysokiej jakości zapewniającego wieloletnią i komfortową eksploatację. TABO Incinerator AB produkuje tylko piece kremacyjne i uznana jest za autorytet w tym zakresie, szczególnie dla firm w których produkcja pieców kremacyjnych jest działalnością uboczną obok produkcji pieców metalurgicznych, szklarskich lub innych pieców przemysłowych.(…)Firma TABO dostarczyła piece do ponad 30 krajów w Europie, Północnej Ameryce, Azji i Australii. Bez względu na to, który z kontynentów odwiedzi się większość ludzi z branży kremacyjnej zna piece TABO z powodu wysokiej ich jakości wywodzącej się ze Szwecji. Obecnie zainstalowanych jest na świecie ponad 400 pieców kremacyjnych TABO”(…) W roku 2000 powstał w Polsce oficjalny, ogólnopolski serwis pieców kremacyjnych TABO. Serwis zorganizowany przez naszego pierwszego klienta tj. poznańską Spółdzielnię Pracy „Universum”. Podmiot ten jest odpowiedzialny za wszystkie sprawy serwisowe pieców kremacyjnych, zarówno serwisy gwarancyjne jak i pogwarancyjne”.

Bezsporną w sprawie jest okoliczność, że zamawiający eksploatuje piece kremacyjne firmy TABO Incinerator AB ze Szwecji w tym piec Nr 2, który ma być remontowany.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził, że określając doświadczenie w naprawie pieca TABO posłużył się określeniem typu pieca, a nie konkretną marką TABO.

Z kolei zapytany na rozprawie jakich firm doświadczenie uzna za spełniające wymogi SIWZ oświadczył, że uzna doświadczenie następujących firm: TABO Polska z siedzibą w Gdyni, czeską TABO c.s. oraz Spółdzielnię Pracy „Universum” w Poznaniu oraz inne jeżeli wykażą, że remontowały piece kremacyjne typu TABO.

Ponadto wskazał, w odpowiedzi na odwołanie, że piec kremacyjny TABO wyposażony jest w komputer i oprogramowanie autorskie firmy TABO i w ramach remontu pieca przewidziany jest remont komputera oraz oprogramowania z analogowego na cyfrowy i nie posiada dokumentacji technicznej pieca. Ponadto, że dotychczasowe remonty wykonywały wyżej wymienione firmy to jest producent lub firmy, które współpracują z TABO i są uprawnione przez TABO do wykonywania serwisu. Postawienie warunku doświadczenia w remoncie pieców kremacyjnych typu TABO wynika z troski o należyte wykonanie remontu posiadanego pieca, a w szczególności wykonanie remontu w sposób zapewniający jego efektywność poprzez osiągnięcie parametrów określonych w załączniku Nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w tym zużycie paliwa na poziomie nie przekraczającym 30 litrów na jedną kremację.

Odwołujący, który domaga się skreślenia zapisu o warunku doświadczenia w remoncie pieca typu TABO wykazywał, że wskazanie na doświadczenie w remoncie pieca kremacyjnego typu TABO zawęży grono wykonawców do mających doświadczenie w remoncie pieca kremacyjnego producenta szwedzkiego TABO. Na powyższą okoliczność przedstawił wskazane powyżej wydruki ze strony internetowej tejże firmy, z których między innymi wynika, że dane techniczne tych pieców są chronione tajemnicą firmy i nie

13

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

są ogólnie dostępne.

Natomiast zamawiający na rozprawie oświadczył tak jak w odpowiedzi na odwołanie, że typ nie oznacza pieca kremacyjnego konkretnego producenta tylko oznacza rodzaj, wzór i za każdym razem przedstawione doświadczenie będzie konfrontował z typem posiadanego pieca TABO.

Odwołujący na okoliczność bezprzedmiotowości ustalenia wymogu doświadczenia w remoncie pieca kremacyjnego typu TABO przedstawił wydruk ogłoszenia Numer: TT-28-10/2011 Usługi w zakresie remontu kapitalnego pieca kremacyjnego nr 1 opalanego olejem opałowym przez zamawiającego to jest Zarząd Cmentarzy Komunalnych we Wrocławiu, w którym ustalono następujące wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego "Wykonawca wykaże się, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwa zamówienia porównywalne z przedmiotem zamówienia tzn. polegające na wybudowaniu lub remoncie kapitalnym dwóch pieców kremacyjnych o podobnej budowie i konstrukcji, tj. posiadające dwie komory spalania: główną i dopalania wykonane z cegieł szamotowych opalanych paliwem olejowym lub gazowym i sterowanych komputerowo."

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił następujące stanowisko

Całość prac pieca jest sterowana autorskim analogowym programem komputerowym (jego właścicielem jest producent pieca) za pośrednictwem panelu sterowania (monitora dotykowego). Panel sterowania posiada ukryte przyciski, których umiejscowienie znane jest tylko producentowi oraz serwisantom. Zamawiający jako użytkownik nie uzyskał możliwości dostępu do nich. Za ich pośrednictwem odbywa się ustawianie, regulowanie pracy poszczególnych urządzeń (palników, wentylatorów, regulatorów przepływu powietrza, pracy drzwi oraz zasuw).

W ramach remontu przewidziano modernizację programu komputerowego z analogowego na cyfrowy.

Zgodnie z posiadaną wiedzą dane techniczne dotyczące konstrukcji pieca oraz oprogramowania są udostępniane jedynie serwisantom oraz firmom współpracującym z producentem.

Stąd przyszły wykonawca powinien posiadać wiedzę i doświadczenie przy remoncie tego typu pieca.

Wykonawca powinien mieć dostęp do oprogramowania i potrafić ten program zmodernizować, ewentualnie wymienić cały komputer sterujący. Wykonawca powinien dać rekojmię należytego wykonania remontu to jest wykonać go tak aby piec po remoncie prawidłowo i ekonomicznie działał.

Należy mieć przy wyborze wykonawcy na uwadze, że piec ten jest określonej konstrukcji, sterowany za pomocą autorskiego programu komputerowego.

Zamawiający jest zobligowany do wyboru wykonawcy przeprowadzającego remont pieca, który zna specyfikę rozwiązań technicznych posiadanego przez niego pieca kremacyjnego.

Bowiem zasady konkurencji nie mogą na tyle ograniczać zamawiającego, aby dokonał wyboru wykonawcy do remontu pieca, który nie zapewni należytego wykonania zamówienia.

14

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

W toku postępowania odwoławczego na rozprawie zamawiający przedstawił następujące wyjaśnienia.

Zamawiający stwierdził, że nie tylko firma TABO produkuje piece typu TABO, bo takie piece produkuje również firma czeska nazywa się TABO c.s. i nie ma żadnego powiązania z firmą szwedzką. Z tego co wie to toczył się proces między TABO Szwecja a TABO Czechy, a był to proces o nazwę produktu i nawet na stronie internetowej TABO Polska w Gdyni można znaleźć informacje, że TABO c.s. nie ma żadnego związku z TABO Szwecja. Wg wiedzy zamawiającego aktualnie podjąć się mogą prace remontów TABO Polska w Gdyni, Spółdzielnia Universum z Poznania, która ma serwis po szkoleniach i grupa TABO c.s. Zamawiający ma dwa piece TABO z tego co jest mu wiadomo na świecie jest wyprodukowanych i istniejących przez TABO Szwecja ok. 500 pieców. Zamawiający podkreśla, że nie jest to produkcja seryjna wynika to ze strony internetowej, gdzie stwierdzono, że dostosowują się do wymagań klienta. Posiadają dwa piece jeden od ok. 1995 roku a drugi od 2001 roku i dotychczas remonty były przeprowadzane przez firmy, które mają co najmniej prawo serwisu. Jeżeli odwołujący przedstawi w wykazie, że naprawiał piece, których jest producentem to będzie musiał w postępowaniu wyjaśniającym wykazać, że piece te odpowiadają typowi pieca TABO. Co 4 lata są prowadzone generalne remonty i remontowały to firmy UNIVERSUM oraz serwisant TABO c.s.

TABO c.s. mimo, że nie ma żadnego związku z TABO Szwecja będzie mogło naprawiać piece u zamawiającego, że jeżeli TABO c.s. wykaże, że naprawiał piece swojego typu oraz TABO szwedzkie lub zbliżone to uzna.

Nasz zakład budżetowy nie ma stałej umowy na serwis. Serwis czasem prowadzi UNIVERSUM, a czasem

TABO c.s., także w razie awarii. Oprogramowanie jest nierozłącznym elementem pieca. Jest to element składowy pieca i funkcjonuje w nim od początku. W razie zepsucia komputera zgłaszamy się do serwisu szwedzkiego, czeskiego lub do UNIVERSUM. Chodzi o pewność, że każda firma, która będzie chciała naprawić ten piec będzie miała doświadczenie i po naprawie piec będzie funkcjonował prawidłowo. Zamawiający nie posiada żadnej dokumentacji pieca. To jest piec konkretny i nie można do niego wstawić nowego oprogramowania i komputera. Żeby opracować oprogramowanie to trzeba było poświęcić dużo czasu, pracy i doświadczeń, oprogramowanie jest nierozdzielalne z piecem TABO. Zamawiający podtrzymuje oświadczenie, że w doświadczeniu określił, iż naprawy mają dotyczyć pieca typu TABO czego nie należy łączyć z marką pieców TABO Szwecja. Piec jest produkcji szwedzkiej. Odbijało się szereg wizji lokalnych pieców eksploatowanych przez zamawiającego. A w czasie wizji lokalnej pieca do remontu nie przypominam sobie charakteru pytań. SIWZ zał. nr 1 opis przedmiotu zamówienia II ust. 1 pkt 19 wpisano remont komputera sterującego pieca.

Izba zważyła co następuje.

Odwolujący posiada interes do wniesienia odwołania, ponieważ zmiana SIWZ, w jego rozumieniu, w zakresie wymogów doświadczenia na wymóg przeprowadzenia co najmniej dwóch remontów pieców

15

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

kremacyjnych typu TABO, eliminuje możliwość uzyskania przez niego zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, co naraża go na poniesienie szkody. Bowiem zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym, dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli miał lub ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Zamawiający swój wniosek oparł na treści art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia. Zamawiający wskazał, że wiadomość o zmianie SIWZ odwołujący mógł powziąć w dniu 12 stycznia 2012r. w dacie podania treści zmiany SIWZ na stronie internetowej, a nie dopiero w dniu 17 stycznia 2012r. na podstawie ogłoszenia tej zmiany w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Natomiast pełnomocnik odwołującego na posiedzeniu oznajmił, że jego mocodawca powziął wiadomość w dniu 17 stycznia 2012 z ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zamawiający z kolei nie wykazał, że dostarczył zmianę treści SIWZ odwołującemu w związku z treścią art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp. W związku z powyższym skoro treść art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje na powzięcie lub możliwość powzięcia wiadomości przy zachowaniu należytej staranności i w związku z oświadczeniem pełnomocnika odwołującego na posiedzeniu, to w ocenie Izby przesłanka należytej staranności zostaje zachowana również w przypadku powzięcia wiadomości z daty publikacji zmiany SIWZ powodującej zmianę ogłoszenia opublikowaną w Dz. Urz. Unii Europejskiej, czyli w terminie późniejszym, niż podanie tej wiadomości na stronie internetowej zamawiającego. W związku z powyższym Izba przekazała sprawę do rozpoznania merytorycznego na rozprawie.

Odwolujący wniósł odwołanie na zmianę SIWZ dokonaną przez zamawiającego polegającą na określeniu wymogu doświadczenia w zakresie naprawy dwóch pieców kremacyjnych typu TABO jako warunku, którego niespełnienie eliminuje wykonawców do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału, w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, ustalony wymóg w zakresie doświadczenia zawodowego, wskazuje na konieczność wykonania dwóch remontów pieców kremacyjnych typu TABO. Z dokonanych ustaleń wynika, że określenie typu pieca kremacyjnego TABO wskazuje na markę pieca określonego producenta to jest

16

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

TABO Incinerator AB ze Szwecji. Zamawiający użytkuje aktualnie dwa piece tegoż producenta. Z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego na rozprawie wynika również, że do tej pory remonty oraz

serwis był wykonywany przez co najmniej serwisanta tegoż pieca to jest Spółdzielnię Pracy „Universum” z Poznania oraz czeską firmę producenta TABO c.s. Na podstawie przedłożonych w poczet dowodów, przez odwołującego na rozprawie, wyciągów ze strony internetowej producenta szwedzkiego TABO wynika, że Spółdzielnia Pracy „Universum” z Poznania od 2000r. jest oficjalnym serwisantem pieców kremacyjnych produkcji TABO. Zamawiający na rozprawie przyznał, że czeski producent TABO c.s. nie jest związany z szwedzkim producentem TABO Incinerator AB a nawet, ten ostatni prowadził spór sądowy co do używania nazwy TABO i na stronie internetowej szwedzkiego producenta pieców kremacyjnych znajdują się informacje o braku powiązań między TABO Incinerator AB a TABO c.s.

Odwołujący wyjaśnieniom zamawiającego na rozprawie nie zaprzeczył.

Poza tym odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że jest zdolny do realizacji zamówienia, jako producent nie związany z marką TABO.

W związku z tym Izba uznała wyjaśnienia zamawiającego za wiarygodne i spójne. W trakcie rozprawy również zamawiający oświadczył, że w związku z prowadzonym przedmiotowym postępowaniem potencjalni producenci pieców kremacyjnych oraz serwisanci pieców przeprowadzali wizje lokalne użytkowanych pieców w związku z planowanym remontem oraz interesowali się lokalizacją dla posadowienia nowego pieca, ponieważ przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia obejmuje również dostawę nowego pieca.

Na pytanie skierowane do zamawiającego w czasie rozprawy z czego wynika fakt zmiany w toku postępowania wymogu doświadczenia w naprawie pieców kremacyjnych z zawężeniem ich do pieców TABO, nie uzyskano wyjaśnienia przyczyny zmiany wymogów poza ogólnikowym stwierdzeniem, że jest to efekt doświadczeń zamawiającego.

W ocenie Izby takie wyjaśnienie może wskazywać na obawy zamawiającego związane z dużym zainteresowaniem firm przetargiem, które zwracają się o wyjaśnienia do zamawiającego, czy zgłaszają się celem przeprowadzenia wizji lokalnej użytkowanych pieców, w związku z przedmiotowym ogłoszeniem o zamówieniu. Na powyższe wskazuje przedłożona dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia, w której znajdują się zapytania o wyjaśnienia oraz protokoły z wizji lokalnej.

Dokonywanie zmian siwz przed terminem składania ofert jest czynnością przewidzianą w ustawie Pzp to jest w art. 38 tejże ustawy.

Zamawiający zachował wszelkie wymogi prawem przewidziane co do przeprowadzenia zmian to jest ogłoszenia zmian na stronie internetowej oraz właściwym dla tego postępowania ich opublikowaniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Natomiast co do kwestionowania przez odwołującego merytorycznej zasadności zmiany siwz to pomimo, iż zamawiający kwestionował zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie, że wymóg dotyczy nie konkretnej marki pieców TABO tylko typu pieca TABO i zakwalifikuje do udziału w postępowaniu

17

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

każdego kto wykaże, że naprawiał piece TABO to Izba zważyła.

W ocenie Izby określenie typ TABO należy odczytywać jako markę TABO, na co wskazuje chociażby fakt eksploatacji przez zamawiającego dwóch pieców szwedzkiego producenta pieców kremacyjnych (TABO Incinerator AB) oraz przedstawienie dowodu przez odwołującego o producencie szwedzkim TABO (wydruki ze strony internetowej), a także wyjaśnienia zamawiającego na rozprawie.

Izba oceniając argumentację stron, uznała prawo zamawiającego do takiego sformułowania ogłoszenia o zamówieniu z którego wynika, że wykonawcy naprawiali dwa piece typu TABO. Chociaż zamawiający na rozprawie zaprzeczał, że nie będzie się ograniczał przy kwalifikacji do udziału w postępowaniu tylko do serwisu pieców TABO, to w świetle zgromadzonych dowodów i wyjaśnień Izba nie odmawia zamawiającemu prawo do powierzenia naprawy pieca kremacyjnego przez producenta czy serwisanta firmy TABO. Powyższe ustalenie Izby wynika z prawa zamawiającego do powierzenia naprawy firmie, która gwarantuje osiągnięcie zamierzonego efektu naprawy chociażby w postaci osiągnięcia wyspecyfikowanych parametrów technicznych tego remontu w siwz.

Bowiem odwołujący poza oświadczeniem, że jest doświadczonym również producentem pieców kremacyjnych oraz piec kremacyjny co do zasady skonstruowany jest z dwóch komór(komora główna i komora do dopalania) nie wykazał w sposób jednoznaczny, że jest nieuzasadniony wymóg bycia serwisantem firmy TABO, aby efektywnie piec naprawiać.

Natomiast sam odwołujący dostarczył dowody w postaci wydruków ze strony internetowej, które wskazują, że piece TABO to marka, a nie typ, że piece są opatentowane, że istnieje sieć serwisowa gwarantującą sprawność obsługi i remontów.

Zamawiający z kolei oświadczył, że nie posiada dokumentacji technicznej pieców TABO oraz

oprogramowanie komputera sterującego pracą pieców posiada prawa autorskie producenta szwedzkiego TABO Incinerator AB.

W związku z powyższym w ocenie Izby „typ pieca kremacyjnego TABO” to nie tylko typ, rodzaj, wzorzec pieca w powszechnym tego słowa znaczeniu, ale konkretna marka pieca kremacyjnego, funkcjonująca na rynku ze wszelkimi prawami własności i ochrony tychże praw.

Z kolei prawem i przejawem staranności zamawiającego jest decyzja o powierzeniu tej naprawy wykonawcy, który jest uprawnionym serwisantem TABO Incinerator AB.

W świetle powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu art. 7 ust.1 i ust.3 w związku z art.22 ust.4 w zw. z ust.1 ustawy Pzp przez wskazanie, że naprawy może dokonywać wykonawca mający doświadczenie w naprawie dwóch pieców kremacyjnych typu TABO. Natomiast Izba stwierdziła w związku z powyższym naruszenie prawa konkurencji poprzez ograniczenie dostępu do zamówienia to jest poprzez brak podziału zamówienia na części to jest na część naprawa pieca kremacyjnego typu TABO i część wybudowanie nowego pieca kremacyjnego.

Bowiem pomimo, że nie określono takiego żądania w odwołaniu to Izba w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp jest związana tylko zarzutami (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w

18

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

odwołaniu), a nie żadaniami zawartymi w odwołaniu.

Zarzut naruszenia konkurencyjności, przez wskazanie w odwołaniu naruszenia art. 7 ustawy Pzp i uniemożliwienie wystąpienia w przetargu, poprzez określenie wymogu naprawy pieców typu TABO, wyczerpuje przesłankę naruszenia uczciwej konkurencji.

Powyższe powoduje, w kontekście całości sprawy, nakazanie zamawiającemu podział zamówienia na części to jest na naprawę oraz na wybudowanie (podział zamówienia na dwie części: na remont pieca kremacyjnego nr 2 oraz na postawienie nowego pieca kremacyjnego nr 3) pomimo braku takiego żądania w odwołaniu. Niemniej należy wskazać, że w odwołaniu podniesiono, iż interes do wniesienia odwołania polega na tym, że w przypadku zastosowania wymogów co do wykazania wiedzy i doświadczenia wskazanych w ogłoszeniu zmieniającym siwz z dnia 17 stycznia 2012 r. odwołujący może zostać pozbawiony możliwości wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu to jest zarówno na remont pieca kremacyjnego jak i wybudowanie pieca kremacyjnego. W związku z powyższym podział zamówienia na dwie części umożliwi złożenie oferty odwołującemu na wybudowanie pieca kremacyjnego.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp., w związku z naruszeniem art. 7 ustawy Pzp, co ma wpływ na wynik postępowania, ponieważ uniemożliwia odwołującemu złożenie oferty na wybudowanie nowego pieca kremacyjnego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00. Izba nie zasądziła żadanego na rozprawie wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00zł., ponieważ nie przedłożono rachunku, a Izba zgodnie z treścią § 3 w/w Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. orzeka o uzasadnionych kosztach na podstawie przedłożonego rachunku.

Sygn. akt KIO 227/12

Izba ustaliła co następuje.

Na rozprawie strony złożyły następujące oświadczenia.

Odwołujący dokonał przeliczeń w oparciu o udzieloną w dniu 09.02.2012r. odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że w jego ocenie na całą kremację potrzeba wg danych zamawiającego blisko 34 l, a nie jak

19

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

w warunkach opisu przedmiotu zamówienia 30 l na kremację. Według odwołującego dane w tabelach znajdujących się w odpowiedzi na odwołanie są nieprawidłowe i nieprawdziwe. W związku z tym ustalenia z nich wynikające nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia sporu co do ilości paliwa jakie ma być zużywane po remoncie pieca kremacyjnego. Podczas wizji lokalnej odwołujący wykonał zdjęcia, z których w jego ocenie wynika, że zamawiający w sposób niewłaściwy eksploatuje piece. Powyższe stwierdzenie wywodzi z rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie wymagań w sprawie prowadzenia procesu

termicznego przekształcania odpadów z 5.03.2002 r. Dz. U. nr 37 poz. 339 gdzie w komorze dopalania powinna być temperatura 850 °C i takiej temperatury wymaga się w specyfikacji. Poza tym z siwz wynika tj z modyfikacji nr 4, że remontowany piec ma mieć zużycie 30l a nowy piec ma mieć zużycie 32l co jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym, ponieważ nowy piec powinien być bardziej ekonomiczny, bardziej wydajny i mieć mniejsze zużycie paliwa. Odwołujący zarzuca, że zamawiający w swojej praktyce inaczej dokonuje kremacji niż to opisuje w siwz, stąd jego wyliczenia są zafałszowane, a stwierdził to w czasie wizji lokalnej. Z tego wywodzi, iż wyliczenia zużycia paliwa były brane zupełnie z innej praktyki stosowanej przez zamawiającego niż to opisuje w siwz. W związku z tym żadna z firm prawdopodobnie nie będzie w stanie spełnić wymogów z zał. nr 1 odnośnie wymaganego zużycia paliwa po remoncie. Natomiast w Polsce nie ma obowiązujących norm co do sposobu mierzenia zużycia paliwa na kremację. Brak w Polsce miarodajnych pomiarów jaka powinna być norma zużycia paliwa na kremację ponieważ gdyby wziąć 3 firmy i każda z nich miałaby spalić 3 trumny ze zwłokami to na pewno czas pracy kremacji byłby w każdej z tych firm różny, ponieważ nie ma też identycznych zwłok (dziecko, osoba po chorobie nowotworowej oraz osoba z rozrusznikiem serca). Pomiar weryfikacyjny powinien być uzależniony od różnych czynników, które nie są sprecyzowane, a które występują np. rodzaj materiału użytego do trumny oraz wykończenia trumny np. wykończenia metalowe, np. czy zwłoki są balsamowane czy nie oraz np. waga. Dlatego celem odwołania jest wykreślenie zapisu o ilości zużytych litrów paliwa na 1 kremację bądź sprecyzowanie warunków weryfikowania należytego wykonania remontu.

Zamawiający odnosząc się na rozprawie do wypowiedzi odwołującego zwrócił uwagę, że w czasie kremacji palniki nie są cały czas włączone one włączają się tylko wtedy kiedy temperatura się obniża, co jest sterowane komputerem. Czas podany w tabeli dotyczy czasu pracy obu palników w dwóch komorach i nie przez cały czas kremacji. Czyli nie trzeba mnożyć czasu pracy palników przez dwa tak jak to wydaje się odwołującemu. Czas pracy palników w tabeli jest zsumowany. Przewidując, że mogą być nieekonomiczne efekty remontu, zamawiający ustalił wymóg 30l na jedną kremację. W tab. Nr 2 zamawiający podał wyniki po remoncie generalnym na podstawie czasu pracy palników i jest to na podstawie obserwacji i zapisów. Co do cytowanego rozporządzenia, ono jest z dnia 21.03.2002 r. i cytuje, § 1 z którego wynika, że nie ma ono zastosowania do zwłok, ponieważ zwłoki nie są odpadem. Tego rozporządzenia nie stosuje się również do odpadów medycznych i weterynaryjnych. Zamawiający kwestionuje również posługiwanie się rozporządzeniem, ponieważ mówi się w nim o komorze spalania, a odwołujący kwestionuje temperaturę w komorze dopalania. Natomiast w SIWZ temperatura 850 °C jest

20

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

podawana do nowego pieca, a nie do remontowanego (zał. nr 1 opis przedmiotu zamówienia II.3 – podstawowe dane eksploatacyjne, temperatura pieca) i dlatego zamawiający uważa za niestuszny zarzut, że pracuje piec kremacyjny na nieodpowiedniej temperaturze, ponieważ dla pieców eksploatowanych nie ma temperatury dla komory dopalania, której to komory temperaturę kwestionuje odwołujący. Nowy piec ma przewidziane zużycia paliwa 32 l, a remontowany 30l jest to związane z jakością nowego pieca w stosunku do pieców eksploatowanych. Takie są po prostu wymagania zamawiającego i jedną z przyczyn takiego wymogu mogła być np. inna jakość pieca nowego i remontowanego. Wymóg przerw znajduje się w rozdz. I zał. nr 1 i dotyczy tylko nowego pieca i został wprowadzony modyfikacją nr 3. zresztą wskazuje, że nie może przekroczyć 15 minut czyli podaje tylko górną granicę. Pomiary dokonywane będą przy odbiorze pieca po remoncie i odnosić się będą do wykonawcy, który ten remont wykona. Będą sprawdzane parametry, które były postawione w SIWZ w stosunku do wyników przeprowadzonej kremacji po remoncie. Zamawiający zakłada w czasie próby po remoncie 5 kremacji, nie ma natomiast wpływu na podaż zwłok, mogą to być dzieci jak i osoby dorosłe, będzie to realizacja bieżących zamówień. Jeżeli chodzi o części mechaniczne np. endoprotezy, rozruszniki to się je usuwa, po procesie kremacji, nie ulegają spopieleniu. Dwutlenek siarki wykreślamy, ponieważ uważamy, że ten parametr nie jest miarodajny dla określania jakości pieca. Ponieważ ilość dwutlenku siarki zależy od jakości paliwa, a nie od jakości pieca. Właściwe informacje na temat zużycia paliwa wynikają z ilości energii cieplnej potrzebnej do skremowania zwłok ludzkich, wartości opałowej paliwa, która jest podana, jakość izolacji termicznej pieca na podstawie wiedzy wykonawcy odnośnie stosowanych materiałów, sprawności komputera, który wymaga remontu i stanu oprogramowania, które podlega modernizacji na cyfrowy, sprawności układu paliwowo – powietrznego, akumulacyjności cieplnej i ciepła właściwego materiałów użytych do budowy trzonu pieca, strat kominowych tj związanych z usunięciem spalin. Co do zarzutu, iż norma zużycia paliwa przez poszczególny palnik jest teoretyczna nie zgadza się zamawiający z takim twierdzeniem, ponieważ co roku sporządzane są sprawozdania do Urzędu Marszałkowskiego gdzie podaje się ile zużywamy paliwa i ile wykonujemy kremacji.

Zamawiający w poczet dowodu na rozprawie przedłożył pisemne oświadczenie o faktycznym zużyciu

paliwa za I i II półrocze 2011 roku, gdzie zbiorniki paliwowe były wspólne dla obu pieców, ale zużycie można wyliczyć dzieląc przez dwa.

Izba zważyła co następuje

Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, zgodnie z treścią art. 179 Pzp.

Z odwołania wynika, że jest on zainteresowany udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarówno na usługi w zakresie postawienia nowego pieca kremacyjnego nr 3 oraz remontu generalnego pieca kremacyjnego nr 2. W ocenie odwołującego brak danych w zakresie obecnego średniego zużycia paliwa na jedną kremację w czasie cyklu uwzględniającego rozgrzewanie pieca oraz wykonanie 5 kremacji uniemożliwia sporządzenie oferty w zakresie zadania nr 2 zgodnie z wymogami siwz

21

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

co do średniego zużycia paliwa po remoncie pieca kremacyjnego.

Z uwagi na to, że zamawiający pismem z dnia 09.02.2012r. uwzględnił w części odwołanie to jest w części dotyczącej zarzutu co do wymaganej w siwz ilości spalin dwutlenku siarki do powietrza w wyniku spalania w piecu kremacyjnym, co również podtrzymał na rozprawie oświadczając, że to nie zależy od remontu wykonanego pieca kremacyjnego tylko od jakości paliwa używanego do procesu kremacyjnego, a co ma związek z eksploatacją czyli zależy od zamawiającego, a nie od odwołującego, Izba uznała powyższe stanowisko zamawiającego za zasługujące na uwzględnienie. Na pytanie zadane na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że w związku z tym uwzględni w siwz kolejną zmianę poprzez wykreślenie zapisu w siwz dotyczącego wymogu poziomu dwutlenku siarki w spalinach.

Z kolei drugi zarzut co do nieuprawnionego wymogu określenia poziomu zużycia paliwa podczas tzw. jednej kremacji obejmującej podgrzanie pieca oraz dokonanie kremacji pięciu zwłok to zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba przyjęła w poczet dowodów oświadczenie na piśmie zamawiającego Kierownika ds. Techniczno-Eksploatacyjnych Ryszarda Jaworowskiego sporządzone na rozprawie w dniu 13 lutego 2012r. na okoliczność Zużycia oleju opałowego przez piece kremacyjne nr 1 i nr 2 za 1 półrocze 2011r. i za drugie półrocze 2011r. Z pisemnego zestawienia wynika, że zużycie średnie na 1 kremację wynosi 21,74 l w pierwszym półroczu, a w drugim półroczu wynosi 28,33 l. Ponadto na oświadczeniu tym znajduje się zapis, że Informacje pochodzą z wykazów zawierających zbiorcze zestawienie informacji o zakresie korzystania ze środowiska oraz o wysokości należnych opłat za I i II półrocze 2011r.

Ponadto udzielone na rozprawie odpowiedzi na zarzuty podniesione przez odwołującego są wiarygodne i znajdują potwierdzenie w zapisach siwz. W związku z tym krytyka odpowiedzi na odwołanie podjęta na rozprawie przez odwołującego jest nietrafiona, ponieważ wyprowadzona z błędnej interpretacji zapisów siwz (np.: dane przywołane z siwz co do wysokości temperatury w komorze spalania odnoszą się do nowego pieca, a nie remontowanego), z błędnej interpretacji danych zawartych w tabelach oraz przywoływania rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21.03.2002 w sprawie wymagań w sprawie prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów nie dotyczą zwłok, które nie są kwalifikowane do odpadów.

Niemniej z uwagi na to, że zamawiający uznał zarzut co do zawartości dwutlenku siarki to tym samym zarzut odwołującego potwierdził się i odwołanie z tej racji zostaje uwzględnione.

Zgodnie z art. 192 ust.2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy w tym przypadku art. 29 ust.1 i 2 ustawy Pzp w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w

22

Sygn. akt KIO 176/12 Sygn. akt KIO 227/12

związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania w kwocie 15.000,00 i koszty dojazdu w kwocie 556zł. przez dwie osoby z biletów kolejowych przedłożonych na rozprawie. Izba nie zasądziła żądanego na rozprawie wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego do wysokości 3.600,00zł., pomimo złożenia rachunku, ponieważ w ocenie Izby

z uwagi na uwzględnienie odwołania z powodu uznania zarzutu przez zamawiającego, koszty wynagrodzenia poniesione na pełnomocnika Izba uznała za nieuzasadnione.

Przewodniczący