

**WYROK**  
**z dnia 13 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Honorata Łopianowska**  
                                  **Emil Kuriata**  
                                  **Lubomira Matczuk - Mazuś**

**Protokolant:**       **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę Warbud SA w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Gospodarki Odpadami spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie przy udziale wykonawcy Strabag spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegającej na wyeliminowaniu z kryterium T3 *Ogrzewanie komory fermentacyjnej* elementów tego kryterium, postawionych bez rzeczowego uzasadnienia, pozwalających na jednoznaczną ocenę, jaką wartość dla przedmiotu zamówienia (jego wyższą jakość), pociąga za sobą zastosowanie określonego, wyrażonego w tym kryterium sposobu ogrzewania komory fermentacyjnej;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zakład Gospodarki Odpadami spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Warbud SA w Warszawie;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Zakładu Gospodarki Odpadami spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie na rzecz wykonawcy Warbud SA w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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

**Skład orzekający:**

## UZASADNIENIE

I. Zamawiający - Zakład Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „*Budowa części mechanicznej i biologicznej ZZO Jarocin Kontrakt 1a: Budowa części biologicznej i mechanicznej ZZO Jarocin bez zespołu kogeneracyjnego. Rozbudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów Jarocin*”.

II. Odwołujący Warbud SA złożył odwołanie wobec brzmienia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], zarzucając naruszenie przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 4 ustawy, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu zakresie doświadczenia w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także utrudniający uczciwą konkurencję,
2. art. 29 ust. 2 i 3 ustawy, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i wskazujący konkretne rozwiązanie, bez dopuszczenia zastosowania rozwiązania równoważnego,
3. art. 91 ustawy w związku z art. 7 ustawy, poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tym przepisem i w sposób faworyzujący technologię oferowaną przez konkretnego producenta,
4. art. 29 ust. 1 i 2, art. 140 ust. 1 i art. 144 ust. 1 ustawy, poprzez sformułowanie wzoru umowy w sposób niepozwalający na dokonanie prawidłowej wyceny oferty także umożliwiający jednostronną zmianę zakresu prac i wynagrodzenia przez Zamawiającego,
5. art. 387 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy, poprzez określenie terminu realizacji umowy niemożliwego do wykonania,
6. art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 647<sup>1</sup> i art. 5 Kodeksu cywilnego oraz w związku z art. 139 ust. 1 ustawy, poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego.

III. Zamawiający, przed terminem rozprawy mającej na celu rozpatrzenie odwołania, dokonał, po analizie podniesionych zarzutów, zmiany SIWZ w zakresie części z nich, nie uwzględniając jednak zarzutów na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy. Zamawiający dokonał korekty postanowień SIWZ, co do których podzielił stanowisko Odwołującego. W pozostałym zakresie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony, do której nastąpiło zgłoszenie przystąpienia.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], ogłoszenia, a także biorąc pod uwagę modyfikację SIWZ dokonaną po wniesieniu odwołania, ustalono i zważono, co następuje:**

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjmując należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

#### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie, uznano, że skoro po wniesieniu odwołania, Zamawiający uczynił zadość zarzutom i odpowiadającym im żądaniom w odniesieniu do części zarzutów, powyższe czyni je bezprzedmiotowymi, w szczególności gdy Odwołujący nie kwestionuje sposobu i zakresu dokonanej zmiany SIWZ i ogłoszenia. Tak dokonana zmiana stanowi nową czynność Zamawiającego, w związku z którą wykonawcom zainteresowanym innym brzmieniem zmienionych postanowień SIWZ lub ogłoszenia, w ustawowym terminie przysługuje uprawnienie do ich kwestionowania. Podzielono w powyższym zakresie poglądy wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej, w szczególności w uzasadnieniach wyroków z dnia 4 września 2013 r. w spr. KIO 2010/13, KIO 2017/13, z dnia 13 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 707/11.

Za dokonaną oceną zasadności poszczególnych zarzutów, przemawiały następujące okoliczności:

**[1] w zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia:**

W Pkt. 2 Wiedza i doświadczenie, w SIWZ i ogłoszeniu, Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu:

*„[...] Zamawiający uzna, że warunek jest spełniony, gdy Wykonawca oświadczy, że posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłową realizację zamówienia oraz wykaże się, iż wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotą budowlaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przedmiotem której było:*

- wykonanie zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych, o wartości zamówienia brutto minimum 40 000 000 PLN oraz zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia, czyli polegającym na realizacji w formule „zaprojektuj i wybuduj” zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, w skład którego wchodziły co najmniej następujące instalacje:*

1. *Stacjonarna zautomatyzowana linia sortowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz zbieranych selektywnie o przepustowości minimum 40 000 Mg/rok zlokalizowana w hali zapewniająca wydzielenie frakcji organicznej kierowanej następnie do przetwarzania w instalacji do przetwarzania biologicznego: wyposażonej w co najmniej następujące urządzenia:*

- a) *stację nadawczą.*
- b) *Przenośniki*
- c) *sito bębnowe.*
- d) *separator metali żelaznych.*
- e) *separator metali nieżelaznych.*
- f) *stację automatycznego załadunku balastu,*
- g) *prasę belującą,*
- h) *separatory optopneumatyczne służące do wydzielenia ze zmieszanych odpadów komunalnych następujących frakcji przeznaczonych do recyklingu:*

*- papieru i tektury.*

*- frakcji kalorycznej, tj. mieszaniny tworzyw sztucznych m.in.: PET. PE. PP. folii oraz komponentów RDF [frakcji energetycznej do produkcji paliwa alternatywnego]:*

*Instalacja stabilizacji beztlenowej frakcji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych [fermentacja sucha metanowa, o zawartości suchej masy powyżej 25%, w układzie*

poziomym, z ciągłym automatycznym załadunkiem], o wydajności minimum 15 000 Mg/rok

2. Przynajmniej jedną instalację stabilizacji tlenowej [kompostowania] frakcji organicznej/pofermentat ze zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności min. 15 000 Mg/rok, z aktywnym napowietrzaniem, z zabezpieczeniem uniemożliwiającym przedostawanie się nieoczyszczonego powietrza procesowego do atmosfery.

Dostawa i montaż w/w kompletnej instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania, instalacji sterowania i wizualizacji, przeprowadzenie prób i rozruchów muszą być potwierdzone Protokołem Odbioru bądź Świadectwem Przejęcia, ewentualnie innymi protokołami/dokumentami.

Zamawiający uzna również warunek wiedzy i doświadczenia za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że zrealizował i wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, niżej wymienione roboty budowlano-montażowe, przy czym mogą one być wykonane w ramach jednego, dwóch lub trzech odrębnych zadań inwestycyjnych [różne lokalizacje] tj.:

Przynajmniej jedna stacjonarna zautomatyzowana linie sortowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz zbieranych selektywnie o przepustowości minimum 40 OOP Mg/rok zlokalizowana w hali, zapewniająca wydzielenie frakcji organicznej kierowanej następnie do przetwarzania w instalacji do przetwarzania biologicznego: wyposażonej w co najmniej następujące urządzenia:

- a) stacje nadawcza,
- b) przenośniki,
- c) sito bębnowe,
- d) separator metali żelaznych
- e) separator metali nieżelaznych
- f) stacje automatycznego załadunku balastu.
- g) prasę belującą.
- h) separatory optopneumatyczne służące do wydzielenia ze zmieszanych odpadów komunalnych następujących frakcji przeznaczonych do recyklingu:

- papieru i tektury,
- frakcji kalorycznej. tj. mieszaniny tworzyw sztucznych m.in.: PET\ PE, PP. folii oraz komponentów RDF [frakcji energetycznej do produkcji paliwa alternatywnego]:

2. Przynajmniej jedną instalację stabilizacji beztlenowej frakcji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych [fermentacja sucha metanowa, o zawartości suchej masy powyżej 25%, w układzie poziomym, z ciągłym automatycznym załadunkiem], o wydajności minimum 15 000 Mg/rok

3. Przynajmniej jedną instalację stabilizacji tlenowej [kompostowania] frakcji organicznej/pofermentat ze zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności min.

*15 000 Mg/rok, z aktywnym napowietrzaniem, z zabezpieczeniem uniemożliwiającym przedostawanie się nieoczyszczonego powietrza procesowego do atmosfery.*

W ocenie Odwołującego, warunek postawiony przez Zamawiającego Pkt. 2 *Wiedza i doświadczenie*, dotyczący linii sortowniczej jest wygórowany i nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także skutkujący ograniczeniem konkurencji. W opinii Odwołującego nieuzasadnionym jest żądanie wykazania się przez wykonawcę doświadczeniem w wykonaniu linii sortowniczej skonstruowanej w sposób dokładnie opisany przez Zamawiającego. Odwołujący podał, że każdy budowany zakład zagospodarowania odpadów jest dostosowany do specyficznych potrzeb konkretnego Zamawiającego, dlatego też trudno znaleźć dwie identyczne linie sortownicze.

W opinii Odwołującego, wystarczające dla potwierdzenia posiadania doświadczenia w przedmiotowym zakresie byłoby żądanie wykazania zaprojektowania i montażu linii o przepustowości odpowiadającej sortowni będącej przedmiotem zamówienia oraz wykazania, że wykonawca posiada doświadczenie w realizacji, każdego z elementów projektowanej w Jarocinie linii. Dla udowodnienia doświadczenia przy projektowaniu i zabudowie konkretnego urządzenia nie ma znaczenia czy było ono realizowane w ramach jednej linii z pozostałymi, wymaganymi przez Zamawiającego urządzeniami, czy też osobno. Również wymaganie doprecyzowujące, że wykonawca powinien wykazać się w ramach budowy jednej linii realizacją dwóch separatorów optopneumatycznych służących do wydzielenia ze zmieszanych odpadów komunalnych konkretnych frakcji przeznaczonych do recyklingu jest wymaganiem nadmiernym gdyż dla udowodnienia, że wykonawca potrafi zaprojektować, a następnie zamontować dany typ urządzenia nie ma znaczenia jaki konkretnie materiał jest na nim wydzielany oraz ile takich urządzeń zamontował w ramach jednej linii. Powyższe stanowisko potwierdza, zdaniem Odwołującego, orzecznictwo KIO, w tym wyrok z dnia 31 stycznia 2013 r.1, KIO 108/13 - wmyśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia z 2006 roku wykonawcy obowiązani byli bowiem do złożenia wykazu dostaw lub usług; odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Na kanwie tego przepisu ugruntowało się stanowisko, iż określenie "odpowiadające rodzajem" nie oznacza, że usługi [dostawy] wykazywane na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, muszą swym zakresem pokrywać się czy być tożsame z zakresem przedmiotu zamówienia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 listopada 2009 roku sygn. akt KIO 1379/09, *Przepisy prawne nie precyzują, jak w niniejszym przypadku należy rozumieć sformułowanie "odpowiadające rodzajem" [...]. Zawarta w "Małym słowniku języka polskiego" pod red. S. Skorupki, II. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa „rodzaj” jako "coś [ktoś] podobne do czego*

[kogo]. Tym samym przyjąć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia [podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc.], a nie li tylko dostaw tożsamyh [takich samych, stanowiących dokładne powtórzenie przedmiotu zamówienia]. W ocenie Izby zmiana rozporządzenia poprzez odstąpienie od żądania wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu usług [dostaw] „odpowiadających rodzajem usługom [dostawom] stanowiącym przedmiot zamówienia” na rzecz usług [dostaw] o zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia” umożliwia udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego większej ilości wykonawców. „Niezbędny zakres” jest bowiem wyznacznikiem jeszcze szerszym aniżeli sformułowanie „usługi odpowiadające rodzajem”, wykazywane jako dowód posiadania odpowiedniego wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Odwołującego, ustawa w zakresie merytorycznego kształtowania warunków pozostawia zamawiającemu pewną swobodę, jednak wyraźnym ograniczeniem tej swobody jest nakaz przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, a w związku z tym obowiązek takiego kształtowania warunków, aby zagwarantować dostęp do zamówienia podmiotom zdolnym do jego wykonania. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunku na następujący;

*„[...] Zamawiający uzna, że warunek jest spełniony, gdy Wykonawca oświadczy, że posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na prawidłową realizację zamówienia oraz wykaże się, iż wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedną robotę budowlaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, przedmiotem której było:*

*- wykonanie zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych, o wartości zamówienia brutto minimum 40 000 000 PLN oraz zakresie zbliżonym do przedmiotu zamówienia, czyli polegającym na realizacji w formule „zaprojektuj i wybuduj” zakładu mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, w skład którego wchodziły co najmniej następujące instalacje:*

1. *Stacjonarna zautomatyzowana linia sortowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz zbieranych selektywnie o przepustowości minimum 40 000 Mg/rok zlokalizowana w hali, zapewniająca wydzielenie frakcji organicznej kierowanej następnie do przetwarzania w instalacji do przetwarzania biologicznego; wyposażonej w co najmniej następujące*



urządzenia:

- a) stację nadawczą,
- b) przenośniki,
- c) sito bębnowe,
- d) separator metali żelaznych,
- e) separator metali nieżelaznych,
- f) stację automatycznego załadunku balastu,
- g) prasę belującą,
- h) **separator optopneumatyczny.**

2. Instalacja stabilizacji beztlenowej trąkcyj wydzieleny ze zmieszanych odpadów komunalnych [fermentacja sucha metanowa, o zawartości suchej masy powyżej 25%, w układzie poziomym, z ciągłym automatycznym załadunkiem], o wydajności minimum 15 000 Mg/rok.

3. Przynajmniej jedną instalację stabilizacji tlenowej [kompostowania] frakcji organicznej/pofermentat ze zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności min. 15 000 Mg/rok, z aktywnym napowietrzaniem, z zabezpieczeniem uniemożliwiającym przedostawanie się nieoczyszczonego powietrza procesowego do atmosfery.

Dostawa i montaż w/w kompletnej instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania, instalacji sterowania i wizualizacji, przeprowadzenie prób i rozruchów muszą być potwierdzone Protokołem Odbioru bądź Świadectwem Przejęcia, ewentualnie innymi protokołami/dokumentami.

Zamawiający uzna również warunek wiedzy i doświadczenia za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że zrealizował i wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, niżej wymienione roboty budowlano-montażowe, przy czym mogą one być wykonane w ramach jednego, dwóch lub trzech odrębnych zadań inwestycyjnych [różne lokalizacje], tj.: Przynajmniej jedną stacjonarną zautomatyzowaną linię sortowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz zbieranych selektywnie o przepustowości minimum 40 000 Mg/rok zlokalizowaną w hali, zapewniająca wydzielenie frakcji organicznej kierowanej następnie do przetwarzania w instalacji do przetwarzania biologicznego; wyposażonej w co najmniej następujące urządzenia:

- a) stację nadawczą,
- b) przenośniki,

- c) sito bębnowe,
- d) separator metali żelaznych,
- e) separator metali nieżelaznych,
- f) stację automatycznego załadunku balastu,
- g) prasę belującą,
- h) **separator optopneumatyczny.**

*Przy czym warunek będzie spełniony w przypadku wykazania przez Wykonawcę posiadania w doświadczeniu ww. urządzeń w ramach jednej lub wielu linii segregacji o przepustowości minimum 40 000 Mg/rok zlokalizowanych w hali, zapewniających wydzielenie frakcji organicznej kierowanej następnie do przetwarzania w instalacji do przetwarzania biologicznego*

1. *Przynajmniej jedną instalację stabilizacji beztlenowej frakcji wydzielonej ze zmieszanych odpadów komunalnych [fermentacja sucha metanowa, o zawartości suchej masy powyżej 25%, w układzie poziomym, z ciągłym automatycznym załadunkiem], o wydajności minimum 15 000 Mg/rok.*
2. *Przynajmniej jedną instalację stabilizacji tlenowej [kompostowania] frakcji organicznej/pofermentat ze zmieszanych odpadów komunalnych o wydajności min. 15 000 Mg/rok, z aktywnym napowietrzaniem, z zabezpieczeniem uniemożliwiającym przedostawanie się nieoczyszczonego powietrza procesowego do atmosfery.”*

**Tak postawiony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.**

Po pierwsze, podkreślenia wymaga, że po analizie powyższej argumentacji postawionej wobec brzmienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający odpowiednio zmodyfikował ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ, ograniczając wymagania dot. urządzeń linii sortowniczej do jednego separatora optopneumatycznego [lit. h], co - w tej części – jest zgodne z postulatem stawianym w odwołaniu.

Nie może natomiast zasługiwać na uwzględnienie postulat zmiany warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w pozostałym zakresie, to jest pozwalającym na wykazanie się doświadczeniem w realizacji poszczególnych urządzeń z osobna.

Warunek udziału w postępowaniu, zwłaszcza w zakresie wiedzy i doświadczenia, służy uprawdopodobnieniu Zamawiającemu, że zamówienie zostanie zrealizowane w sposób bezpieczny i niezakłócony, że wykonawca, który w przeszłości wykonywał podobne

zadania, podola także wykonaniu przedmiotu zamówienia w danym postępowaniu.

Istotą warunku udziału w postępowaniu jest zatem możliwość zapewnienia realizacji zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię i gwarancję poprawnego wykonania zamówienia. Przepis art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraża wymaganie, by opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wyartykułowany na gruncie konkretnego postępowania był związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. W orzecznictwie się wskazuje, że Zamawiający może w ogóle nie precyzować warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak formułując je, nie może przekroczyć ram wynikających z art. 22 ust. 4 i art. 7 ust. 1 ustawy.

Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowe zadanie inwestycyjne należy do relatywnie złożonych, wymagających zaangażowania umiejętności z różnych zakresów. Nie tylko przedmiot zamówienia na to wskazuje, ale także formuła jego realizacji [„zaprojektuj i wybuduj”].

Istotny jest zatem także stopień skomplikowania projektu, który wyraża się w wymaganiu doświadczenia obejmującego urządzenia wskazane pod lit. a-h, które były zlokalizowanymi w ramach jednej zautomatyzowanej linii sortowniczej zmieszanych odpadów komunalnych, a nie w kilku, do czego zmierza Odwołujący, podobnie jak wymaganie by linia pozwalała na odzysk surowcowego [wydzielenie ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych m.in. papieru czy tworzyw sztucznych], a nie tylko na wydzielenie z tego strumienia frakcji organicznej kierowanej do biologicznego przetwarzania.

Przedmiot zamówienia dotyczy zakładu zagospodarowania odpadów prowadzonego w zintegrowanym, w pełni zautomatyzowanym procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, stąd też postawione przez Zamawiającego wymagania podmiotowe są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Oznacza to tyle, że postawienie zbyt małych wymagań przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu sprzeciwiłoby się narzuconemu przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązkowi Zamawiającego rzetelnego badania zdolności wykonawców do realizacji danego zamówienia, a w konsekwencji mogłoby skutkować, że złożone zamówienie będzie wykonywał wykonawca, który nie posiada wystarczającego doświadczenia w realizacji przedsięwzięć adekwatnych do tego, które jest przedmiotem postępowania. Dostrzeżenia zatem wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu, chodzi o powiązanie urządzeń w sposób, który odpowiada sortowni wchodzącej w skład zamówienia, którego to celu nie

realizowałyby doświadczenie zgodne z postulatem Odwołującego.

Z tego względu postulowany kierunek zmiany SIWZ, nie zasługuje na akceptację.

**[2] w zakresie zarzutu dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia:**

W PFU pkt 1.2.2.17 Moduł odwadniania Odpadów po stabilizacji beztlenowej, Zamawiający zawarł następujące wymagania:

*„Wymaga się, aby układ odwadniania odpadów po stabilizacji beztlenowej realizował następujące funkcje technologiczne: C~> dozowanie chemikaliów wspomagających proces odwadniania, odwadnianie mechaniczne na prasie lub innym urządzeniu równoważnym zgodnie z oferowaną technologią stabilizacji beztlenowej. Prasa lub urządzenie równoważne ma umożliwić rozdzielanie cieczy od materiału stałego w odpadach i pozwolić na uzyskanie w odpadzie po stabilizacji beztlenowej odwodnionym zawartości suchej masy nie niższej niż 35 %, Wymagane jest zdublowanie prasy lub urządzenia równoważnego. Ciecz po prasie powinna zostać skierowana na wirówkę lub urządzenie równoważne zgodnie z oferowaną technologią stabilizacji beztlenowej, Filtrat po wirówce lub urządzeniu równoważnym powinien osiągnąć zawartość max. 10 ok % suchej masy; bez dodawania flokulantów. Układ odwadniania pofermentatu. powinien być wyposażony w układ dozowania flokulantu.”*

Odwołujący podał, że zastosowanie flokulantu jest jednym ze sposobów ułatwiających proces odwadniania pofermentatu [odpadów pochodzących z komory fermentacyjnej po fermentacji beztlenowej]. Odwodnienie to służy do oddzielania materiału stałego, który jest kierowany do kompostowania, od cieczy, która może być recykulowana w obiegu zamkniętym komory fermentacyjnej i / lub później zagęszczona. Flokulant jest odczynnikiem, który może ale nie musi być stosowany w zależności od projektowanej technologii. Wśród technologii poziomych komór fermentacyjnych z przepływem tłokowym, są tylko dwie technologie stosowane na stałych odpadach komunalnych: Laran ® technologia zaproponowana przez Strabag oraz technologia Kompogas ® której właścicielem jest Axpo. Dla Kompogas, technologii sprawdzonej na stałych odpadach komunalnych, obowiązek zainstalowania modułu dozowania flokulantu jest nieuzasadniony. Ze względu na różnice w warunkach prowadzonego procesu fermentacji parametry pofermentatu w różnych technologiach różnią się od siebie. Każda technologia opracowała więc własne techniki odwadniania. Technologia Laran ® wymaga stosowania flokulantu w procesie odwadniania pofermentatu. Technologia Kompogas nie wykorzystuje flokulantu i w najnowszych w zakładach Kompogas pracujących na odpadach komunalnych nie stosuje

go. Technologia Kompogas ® stosuje kilka technik odwadniania, zarówno poza komorą fermentacyjną jak i wewnątrz komory, które całkowicie pozwalają uniknąć konieczności korzystania z jakiegokolwiek flokulantu. W związku z powyższym nie ma powodów technicznych, aby bezwzględnie wymagać stosowania tego odczynnika przez wszystkie technologie, a jedynie przez technologie, które tego potrzebują. Technologie, w których nie ma konieczności stosowania flokulantu niosą ze sobą dodatkową korzyść eksploatacyjną dla Zamawiającego w postaci oszczędności, jakie można poczynić rezygnując z zakupu tego drogiego odczynnika. Tym samym, zdaniem Odwołującego, dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, wskazujący na jedną konkretną technologię, bez jednoczesnej możliwości zastosowania rozwiązania równoważnego narusza art. 29 ust. 2 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ww. wymagań, które dyskryminują oferowaną przez niego technologię, poprzez żądanie wykonania dodatkowej instalacji dozowania flokulantu, której oferowana przez Odwołującego technologia nie wymaga, tj. ukształtowania postanowień SIWZ PFU pkt 1.2.2.17 i ewentualnie innych w których przywołano konieczność zastosowania flokulantu w następujący sposób:

*„Wymaga się, aby układ odwadniania odpadów po stabilizacji beztlenowej realizował następujące funkcje technologiczne:*

- dozowanie chemikaliów wspomagających proces odwadniania, jeśli technologia tego wymaga*
- odwadnianie mechaniczne na prasie lub innym urządzeniu równoważnym zgodnie z oferowaną technologią stabilizacji beztlenowej. Prasa lub urządzenie równoważne ma umożliwić rozdzielenie cieczy od materiału stałego w odpadach i pozwolić na uzyskanie w odpadzie po stabilizacji beztlenowej odwodnionym zawartości suchej masy nie niższej niż 35 %. Wymagane jest zdublowanie prasy lub urządzenia równoważnego. Ciecz po prasie powinna zostać skierowana na wirówkę lub urządzenie równoważne zgodnie z oferowaną technologią stabilizacji beztlenowej. Filtrat po wirówce lub urządzeniu równoważnym powinien osiągnąć zawartość max. 10 ok % suchej masy, bez dodawania fiokulantów. Układ odwadniania pofermentatu. powinien być wyposażony w układ dozowania flokulantu. jeśli technologia tego wymaga.”*

Biorąc pod uwagę tak postawiony zarzut, podkreślenia wymaga, że Zamawiający, po refleksji wywołanej podniesioną przez Odwołującego argumentacją, dokonał zmiany SIWZ. Zamawiający zmodyfikował SIWZ, poprzez dopisanie w kwestionowanym pkt PFU po słowach „dozowanie chemikaliów wspomagających proces odwadniania” słowa „jeśli technologia tego wymaga”.

Powyższe oznacza, że nadanie nowego brzmienia kwestionowanego postanowienia SIWZ stanowi nową czynność Zamawiającego, która wykonawcy, zainteresowani odmiennym kształtem tego postanowienia, mogą kwestionować w drodze odwołania.

### **[3] w zakresie zarzutów dotyczących kryterium oceny oferty T1:**

Odwołujący argumentuje, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy, kryteria oceny ofert mogą odnosić się do przedmiotu zamówienia a w szczególności do jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, zastosowania najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, kosztów eksploatacji itp. Jak wynika z treści ptego przepisu celem oceny technicznej powinno być promowanie urządzeń/rozwiązań technicznych/technologii zapewniających w porównaniu z innymi najwyższą wartość dodaną. Jednocześnie, przy ustalaniu kryteriów oceny ofert, Zamawiającego obowiązuje również zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na tezę z wyroku z dnia 22 października 2010 r. w spr. KIO 2189/10 *„Tym samym to właśnie Zamawiający decyduje o zastosowaniu określonych kryteriów oceny ofert kierując się specyfiką przedmiotu zamówienia oraz potrzebą uzyskania zamówienia na najkorzystniejszych warunkach Jednocześnie Izba podkreśla, że określone przez Zamawiającego kryteria oceny oferty a w szczególności ich waga, winny odnosić się w odpowiednich proporcjach do przedmiotu zamówienia i uwzględniać jego specyfikę. Oznacza to, iż Zamawiający mimo, że posiada daleko idącą swobodę w zakresie doboru kryteriów to jednak nie może stosować dowolnych i nieuzasadnionych specyfika zamówienia kryteriów oceny ofert a takie kształtować ich wagi na przesadnie wysokim poziomie w celu preferencji konkretnych wykonawców”*.

W ocenie Odwołującego, kryteria T1, T3 i T10 nie zostały zdefiniowane w sposób, który umożliwiałby wybranie rozwiązań technicznych/technologii zapewniających największą wartość dodaną i korzyści. Przeciwnie, wszystkie te kryteria zostały w opracowane w celu uprzywilejowania tylko jednej, specyficznej technologii, co sprawia, że kryteria oceny ofert powodują ograniczenie konkurencji.

Kryterium T 1 zostało zdefiniowane w następujący sposób:

*„Zamawiający oceni przystosowanie proponowanej technologii w kierunku wyeliminowania sedymentacji materiału obojętnego na dnie komory fermentacyjnej [strefy martwe].*

- a) *T1 = 2,00 punkty - przekrój prostokątny z mieszadłem poprzecznym*
- b) *T1 = 1,00 punktu - przekrój kołowy z mieszadłem podłużnym*

c)  $T1 = 0,00$  punktu inny

Maks. [T2] = 2,00 punkty”

Zdaniem Odwołującego, celem kryterium, zgodnie z jego literalnym brzmieniem, powinno być uprzywilejowanie rozwiązań o sprawdzonej skuteczności w zakresie ograniczenia sedymentacji, a nie odwrotnie. Kryterium odpowiada 3 możliwym rodzajom technologii. Postawione przez Zamawiającego kryterium punktujące najwyżej rozwiązanie technologiczne zawierające, „przekrój prostokątny z mieszadłem poprzecznym”, wskazuje na technologię Laran® firmy Strabag [nazywaną wcześniej technologią Linde]. Na rynku nie ma żadnej innej sprawdzonej technologii tego rodzaju. Istnieje kilka rodzajów technologii spełniających charakterystykę odpowiadającą drugiemu z opisów, czyli „przekrój kołowy z mieszadłem podłużnym”. Niemniej jednak, w przypadku odpadów komunalnych wykorzystywana jest tylko jedna z nich o nazwie Kompogas® - jest to technologia pozioma wykorzystywana zdecydowanie najczęściej zarówno w krajach Europy, jak i na terenie całego świata. Mieszalnik znajdujący się w komorze fermentacyjnej jest podłużny [podobnie, jak w przypadku technologii Kompogas®, ale odwrotnie, niż w Laran®, jednak kształt dna komory fermentacyjnej jest prostokątny, tak jak w instalacji Laran®, ale nie w rozwiązaniu Kompogas®]. W ramach kryterium T1 podkreślono, że „Zamawiający oceni przystosowanie proponowanej technologii w kierunku wyeliminowania sedymentacji materiału obojętnego na dnie komory fermentacyjnej [strefy martwe]”. Zatem, zgodnie z zamierzeniem Zamawiającego największa liczba punktów powinna zostać przyznana technologii zapewniającej najwyższą skuteczność zapobiegania sedymentacji oraz występowaniu „stref martwych”. Skuteczność może zostać oceniona w sposób bardzo łatwy, a sprawdzone rezultaty wykazują w sposób oczywisty, że systemy typu Kompogas® i podobne zapewniają większą skuteczność, zatem ich ocena powinna więc być wyższa. Natomiast system Laran® jest najmniej skuteczny i powinien więc zostać oceniony najniżej. „Strefy martwe” w komorze fermentacyjnej są to strefy niedostępne dla zastosowanego w komorze systemu mieszania. Aby je zmierzyć, należy przeanalizować skuteczność mieszania [wpływ bezpośredni]. Aby określić wpływ mieszania, wystarczy przeanalizować zakres roboczy mieszadeł - w przekroju poprzecznym w przypadku technologii Kompogas® i Eisenmann® oraz podłużnym w rozwiązaniu Laran®. Drugim dowodem obecności stref martwych w technologii Laran® jest fakt, że w celu uniknięcia sedymentacji na początku oraz na końcu komory fermentacyjnej, w technologii Laran® stosowana jest betonowa komora w kształcie zaokrąglonym. Poprzez zastosowanie takiego rozwiązania, technologia Laran® zapobiega sedymentacji na początku oraz na końcu. Rozwiązanie nie może jednak zostać zastosowane w części środkowej, ponieważ stanowiłoby przeszkodę dla naturalnego przepływu odpadów wewnątrz komory - w

części początkowej i końcowej problem ten nie występuje. Tego rodzaju rozwiązanie pociąga za sobą dodatkowe koszty w zakresie budowy komory fermentacyjnej i z pewnością nie byłoby stosowane, gdyby nie zapewniało pewnej wartości dodanej. Ponadto stanowi potwierdzenie skuteczności zastosowania „okrągłego kształtu”. Trzecim dowodem potwierdzającym, że system Laran® nie jest skuteczny w zakresie unikania sedymentacji stanowi fakt, iż technologia przewiduje możliwość zastosowania specjalnego systemu mającego na celu ograniczenie sedymentacji, poprzez montaż wewnątrz komory. Zaletą zastosowania ruchomej platformy jest ograniczenie obszarów, w których następuje sedymentacja, jednak bardzo poważną wadą jest obecność wewnątrz komory fermentacyjnej części mechanicznych podlegających zużyciu oraz różnorodnym uszkodzeniom, a przeprowadzenie jakichkolwiek prac konserwacyjnych tego wyposażenia jest niemożliwe bez całkowitego opróżnienia komory fermentacyjnej [co pociąga za sobą bardzo poważne koszty ze względu na konieczność zatrzymania produkcji biogazu]. Ostatnim sposobem określenia wpływu mieszania [i bezpośrednio skuteczności technologii w odniesieniu do ograniczenia sedymentacji] jest porównanie wydajności produkcji biogazu. Im bardziej intensywne i równomierne jest mieszanie [dla uniknięcia „stref martwych”, w których następuje sedymentacja], tym bardziej intensywnie oraz w większym zakresie przebiega biodegradacja [czyli degradacja wszystkich doprowadzanych materiałów w porównaniu z systemami, w których występują strefy martwe]. W rezultacie, im bardziej intensywnie przebiega biodegradacja, tym większa produkcja biogazu. W konsekwencji, im większa jest produkcja biogazu, tym mniejsza podatność technologii na sedymentację. Porównanie wydajności w zakresie produkcji biogazu powinno być przeprowadzane pomiędzy instalacjami, w których wykorzystywane są takie same produkty [instalacje zasilane odpadami zielonymi nie mogą być porównywane z zakładami, w których wykorzystywane są stałe odpady komunalne]. Jak do tej pory, jeśli chodzi o przeróbkę stałych odpadów komunalnych wykorzystywane są tylko dwie technologie poziome - Kompogas® i Laran®. W technologii Kompogas produkcja biogazu jest nawet do 2 razy większa niż ma to miejsce dla technologii Laran.

W ocenie Odwołującego, kryteria techniczne, których celem powinno być przeprowadzenie wiarygodnej, obiektywnej i mierzalnej oceny wartości dodanej poszczególnych technologii fermentacji anaerobowej zostały opracowane w sposób faworyzujący konkretną, specyficzną technologię, która nie jest technologią ani najbardziej efektywną ani najtańszą w eksploatacji. Systemem zapewniającym największą wydajność oraz wartość dodaną jest przekrój kołowy z mieszadłem podłużnym. W konsekwencji, system ten powinien być jedynym, któremu w odniesieniu do tego kryterium może zostać przyznana ocena maksymalna wynosząca 2 punkty. Odwołujący wskazał, że system „przekrój



prostokątny z mieszadłem poprzecznym” jest nie tylko zdecydowanie mniej wydajny, niż system „przekrój kołowy z mieszadłem podłużnym”, ale w ogóle charakteryzuje się najmniejszą wydajnością ze wszystkich systemów. W konsekwencji system ten powinien otrzymać w odniesieniu do tego kryterium ocenę minimalną, czyli 0 punktów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany sposobu punktacji w kryterium T1 na następującą:

*„Zamawiający oceni przystosowanie proponowanej technologii w kierunku wyeliminowania sedymentacji materiału obojętnego na dnie komory fermentacyjnej [strefy martwe].*

- a)  $T1 = 2,00$  punkty - przekrój kołowy z mieszadłem podłużnym,
- b)  $T1 = 1,00$  punktu - komora z mieszadłem podłużnym i przekrojem innym niż kołowy,
- c)  $T1 = 0,00$  punktu - przekrój prostokątny z mieszadłem poprzecznym Maks. [T2] = 2,00 punkty”

Zamawiający, po refleksji wywołanej argumentacją Odwołującego w zakresie wskazanego zarzutu, dokonał zmiany kwestionowanego kryterium, nadając mu następujące brzmienie:

*„Kryterium T1. - Zamawiający oceni przystosowanie proponowanej technologii w kierunku wyeliminowania sedymentacji materiału obojętnego na dnie komory fermentacyjnej [strefy martwe],*

- a)  $T1 = 2,00$  punkty - przekrój kołowy z mieszadłem podłużnym
- b)  $T1 = 1,00$  punkt - przekrój prostokątny z mieszadłem poprzecznym
- c)  $T1 = 0,00$  punktu - inny

*Max [T2] = 2,00 punkty”*

Tym samym, nadanie nowego brzmienia kwestionowanemu postanowieniu SIWZ stanowi nową czynność Zamawiającego, która wykonawcy, zainteresowani odmiennym kształtem tego postanowienia, mogą kwestionować w drodze odwołania.

**[4] w zakresie kryterium jakościowego T 3 „Ogrzewanie komory fermentacyjnej”:**

Odwołujący podał, że Zamawiający zamierza wyżej punktować rozwiązanie gorsze

i przestarzałe, jednak charakterystyczne dla jednego producenta.

Kryterium zostało zdefiniowane w następujący sposób:

*„T.3. Ogrzewanie komory fermentacyjnej*

- a)  $T3 = 2,00$  punkt - ogrzewanie wsadu w komorze przy pomocy urządzeń wbudowanych wewnątrz ścian zewnętrznych komory
- b)  $T3 = 1,00$  punktu – ogrzewanie wsadu w komorze przez system wewnątrz centralnej części komory
- c)  $T3 = 0,00$  punktu - inny

*Max [T4] = 2,00 punkty”*

Odwołujący podał, że w ramach tego kryterium, Zamawiający nie określa przyczyn, dla których jest ono poddawane ocenie, są one jednak oczywiste. Fermentacja anaerobowa stanowi proces przeprowadzany w temperaturze wynoszącej od 30°C do 60 °C. W przypadku każdej technologii, temperatura robocza jest zasadniczo stabilna, a wahania temperatury nie powinny przekraczać średnio 5°C. W związku z powyższym, w odniesieniu do każdej z technologii bardzo ważne znaczenie odgrywają następujące parametry, podnoszące wartość dodaną dla instalacji: kontrola procesu - zapewnienie jak najbardziej precyzyjnej kontroli temperatury, ponieważ ma ona wpływ na parametry biologiczne; oszczędność energii - zużycie jak najmniejszej ilości energii; niezawodność - zdolność do zapewnienia ciągłego działania systemu grzewczego bez żadnych problemów.

Odwołujący podał, że w przypadku rozwiązania *„ogrzewanie wsadu w komorze przy pomocy urządzeń wbudowanych wewnątrz ścian zewnętrznych komory”* wykorzystywane są wbudowane w żelbetowe ściany komory fermentacyjnej rury z gorącą wodą. Rozwiązanie *„ogrzewanie wsadu w komorze przez system wewnątrz komory centralnej części komory”* może zostać wykonane na kilka różnych sposobów. Z zasady ogólnej, w zakresie ogrzewania wszelkiego rodzaju cieczy/szlamu/itd., zawsze bardziej korzystne jest ogrzewanie bezpośrednie [= ogrzewanie samego produktu], a nie pośrednie [ogrzewanie obiektu otaczającego produkt]. Poza tym "strefy martwe" w komorze fermentacyjnej stanowią dodatkowy bufor spowalniający wymianę ciepła: ograniczają wymianę ciepła pomiędzy ścianami i strefami mieszanymi aktywnie. Ta zasada jest prawdziwa dla każdej technologii, jednak im większe „martwe strefy” tym większe ograniczenie przenikania ciepła. System ogrzewania, z lancami grzewczymi przenosi ciepło bezpośrednio do regionów aktywnie mieszanych. W ten sposób osiągnąony jest szybszy i bardziej wydajny transfer ciepła. Co do

oszczędności energii, w przypadku ogrzewania bezpośredniego, całość ciepła wytwarzanego przez system grzewczy jest w pełni przekazywana do produktu, czyli w przypadku komory fermentacyjnej - do odpadów znajdujących się wewnątrz komory. W sytuacji przeciwnej, kiedy ogrzewany jest obiekt znajdujący się dookoła produktu, czyli w naszym przypadku dno i ściany komory fermentacyjnej, bardzo duża ilość ciepła wytwarzanego przez system grzewczy ucieka na zewnątrz. Gdyby nie był stosowany żaden materiał izolacyjny, straty ciepła wynosiłyby 50% [w równym stopniu ogrzewana byłaby jedna strona ściany = wewnątrz, jak i druga strona = zewnętrzna]. Biorąc pod uwagę, że w komorach fermentacyjnych stosowana jest izolacja cieplna, straty ciepła są mniejsze od 50%, ale wciąż pozostają wysokie [bez porównania wyższe, niż w przypadku systemu ogrzewania wewnętrznego]. W rzeczywistości, w celu uzyskania określonej temperatury, ogrzewanie bezpośrednie jest zdecydowanie bardziej energooszczędne.

Zdaniem Odwołującego, w zakresie niezawodności, w przypadku ogrzewania pośredniego [w ścianach], w razie uszkodzenia rury z wodą i wycieku [co może mieć miejsce podczas budowy], w celu przeprowadzenia naprawy konieczne jest wyburzenie [części] betonowej ściany. W praktyce, przeprowadzenie tego rodzaju prac konserwacyjnych jest tak trudne [praktycznie niemożliwe], że nie są one nigdy wykonywane. W przypadku komór fermentacyjnych Laran® tego rodzaju wycieki i pęknięcia występują bardzo często, co stanowi dowód braku niezawodności systemu grzewczego. W przypadku systemu ogrzewania bezpośredniego [wewnątrz komory fermentacyjnej], wystąpienie wycieku nie pociąga zazwyczaj za sobą szczególnie poważnych konsekwencji - wyciekająca woda przedostaje się po prostu do odpadów i bierze udział w procesie anaerobowym. Prawdopodobieństwo wycieku w obu instalacjach również nie jest porównywalne: w ogrzewaniu pośrednim, gorąca woda krąży w instalacji rurociągowej, która jest o wiele bardziej narażona na uszkodzenie niż ma to miejsce w przypadku ogrzewania bezpośredniego za pomocą lanc, które są wykonane z bardzo wytrzymałej rury stalowej.

Trzecim rodzajem ogrzewania, który – według Odwołującego - w kryterium oceny może być określony jako „inny” jest system, który jest połączeniem ogrzewania bezpośredniego [lancami w komorze fermentacyjnej] i pośredniego [w murach]: jest to grzewcza instalacja rurowa zamontowana na wewnętrznych ścianach komory fermentacyjnej. Rozwiązanie to jest proponowane np. przez technologię Eisenmann - system grzewczy zamocowany na ścianach komory fermentacyjnej. Taki system „mieszany”, który może być interpretowany jako „inny” w przetargu, jest zdecydowanie bardziej niezawodny niż system ogrzewania pośredniego [tak jak w przypadku ogrzewania bezpośredniego, w przypadku uszkodzenia jest łatwiejszy w naprawie] mniej energochłonny niż system

ogrzewania pośredniego [straty energii z zewnątrz, są mniejsze]. Niemniej jednak, kontrola procesu jest znacznie mniej efektywna niż w przypadku systemu bezpośredniego [grzejniki znajdują się w "martwych strefach" komory fermentacyjnej, a tym samym nie ma bezpośredniego ogrzewania mieszanych stref].

Zdaniem Odwołującego - kryteria techniczne, których celem powinno być przeprowadzenie wiarygodnej, obiektywnej i mierzalnej oceny wartości dodanej poszczególnych technologii fermentacji anaerobowej zostały opracowane w sposób całkowicie nieobiektywny, z myślą o uprzywilejowaniu technologii Laran®. W ocenie Odwołującego, systemem zapewniającym największą wydajność oraz wartość dodaną jest ogrzewanie wsadu w komorze przez system wewnątrz komory centralnej części komory. W konsekwencji, system ten powinien być jedynym, któremu w odniesieniu do tego kryterium może zostać przyznana ocena maksymalna wynosząca 2 punkty. Ponadto, system „ogrzewanie wsadu w komorze przy pomocy urządzeń wbudowanych wewnątrz ścian zewnętrznych komory” jest nie tylko zdecydowanie mniej wydajny, niż system „ogrzewanie wsadu w komorze przez system wewnątrz komory centralnej części komory”, ale w ogóle charakteryzuje się najmniejszą wydajnością ze wszystkich systemów. W konsekwencji system ten powinien otrzymać w odniesieniu do tego kryterium ocenę minimalną, czyli 0 punktów. Systemowi ogrzewania „inny”, który może być zdefiniowany, jako ogrzewanie za pomocą elementów przymocowanych do wewnętrznych ścian komory fermentacyjnej, należy przyznać 1 punkt, ponieważ ten system grzewczy jest lepszy niż pośredni [ściany].

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany sposobu punktacji i w kryterium T3 na następującą:

*„T.3. Ogrzewanie komory fermentacyjnej*

- a) *T3 = 2,00 punkt - ogrzewanie wsadu w komorze przez system wewnątrz komory centralnej części komory*
- b) *T3 = 1,00 punktu - ogrzewanie wsadu w komorze przez system mocowany do ścian wewnętrznych komory*
- c) *T3 = 0,00 punktu - ogrzewanie wsadu w komorze przy pomocy urządzeń wbudowanych wewnątrz ścian zewnętrznych komory, lub inny*

*Max [T3] = 2,00 punkty”.*

**Postawiony zarzut zasługuje na uwzględnienie.**

Biorąc pod uwagę podniesioną w odwołaniu argumentację, podkreślenia wymaga, że

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 91 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tym przepisem i w sposób faworyzujący technologię oferowaną przez konkretnego producenta.

Zgodzić się trzeba z tezą że naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy zasady uczciwej konkurencji może wyrażać się nie tylko w dyskryminującym opisie przedmiotu zamówienia, postawieniu niewłaściwych warunków udziału w postępowaniu, ale także w ustaleniu kryteriów oceny ofert, które – w części wskazującej na priorytety Zamawiającego wyrażone w kryterium jakościowym – będą, bez uzasadnienia preferowały pewne rozwiązanie, które będzie rzutowało następnie na taką lub inną ocenę złożonych ofert.

Podkreślenia – po pierwsze - wymaga, że cechy, właściwości czy funkcjonalności, które wyrażają się w kryteriach jakościowych, podlegających punktacji powinny obejmować nie jakiegokolwiek cechy, ale walory w pewien sposób, właściwy dla zamawianego przedmiotu, reprezentatywne dla oceny jakościowej, możliwości uznania na ich podstawie, że dany produkt jest „lepszy” od innego, bardziej pożądanym, w wyższym stopniu realizujący cele Zamawiającego. Może to dotyczyć finalnego rezultatu, dla jakiego zamawiający dokonuje nabycia określonego przedmiotu w trybie zamówienia publicznego, ale także realizacji celów częściowych, pewnych partykularnych cech i właściwości zamawianego przedmiotu, które będą reprezentatywne dla ustalenia, że przedmiot posiadający te cechy w konsekwencji będzie lepiej oddawał cel, dla którego nabywany jest dany przedmiot czy usługa. Nie chodzi tu więc o jakiegokolwiek cechy, które zamawiający dobierze w celu ustalenia, która oferta wyraża wyższy bilans ceny i innych kryteriów, ale takie cechy, które mają lub mogą mieć znaczenie użytkowe, ekonomiczne lub inne dla Zamawiającego. Kryterium jakościowe zawsze będzie zatem w gestii Zamawiającego co do uznania, jaka właściwość uznawana będzie za bardziej pożądaną, co nie znaczy, że jest ono subiektywne i pozostające w sferze uznaniowości zamawiającego, zarówno co do cechy uznawanej za lepszą jak i celu, dla którego tę cechę uznano za reprezentatywną dla stwierdzenia, że przedmiot posiadający tę cechę ma wyższą jakość. Kryterium jakościowe wyraża bowiem najbardziej pożądane, istotne walory przedmiotu zamówienia, musi więc odnosić się do cech i właściwości, sposobu realizacji zamówienia, który jest dla Zamawiającego ważny. W ocenie tego co jest ważne, nie sposób przy tym Zamawiającego zastępować, skoro to Zamawiający decyduje, co zamierza nabyć, jakie cechy oferowany przedmiot ma posiadać, a także, które z możliwych cech tego przedmiotu są bardziej pożądane. Zawsze ocena tego, co jest lepsze lub gorsze będzie dokonywana z pewnej perspektywy, z określonego punktu widzenia – przez pryzmat potrzeby zamawiającego.

Stąd konieczna jest duża ostrożność przy konstruowaniu tego rodzaju kryterium, co do

którego zachodzi bardzo duża niepewność, albo możliwość wyrażania wielu odmiennych poglądów, stosownie zarówno do wyrażonych preferencji jak i profesjonalnego osądu, przyjętych założeń przyrodniczych i pozostałych – tutaj nieznanymi – założeń technologicznych. Stosownie bowiem do przyjętych założeń, dokonywana z różnych perspektyw ocena tego co jest lepsze, może być odmienna.

Niejednokrotnie należy także wziąć jeszcze pod wagę aspekt optymalizacji – rozwiązanie na pierwszy rzut oka gorsze, może się takim już nie okazać, jeśli weźmiemy pod uwagę dopełnienie go innymi rozwiązaniami, eliminującymi niedoskonałości, bądź wywołującymi efekt synergii. Wiele kwestii zależy bowiem od przyjęcia kompletnych rozwiązań i wzajemnego powiązania różnych elementów, które łącznie mogą decydować o ostatecznym rezultacie. Wrywkowo postawione kryterium, pozostające w oderwaniu od pozostałych elementów wpływających na zastosowane rozwiązanie, może w żaden sposób nie oddawać tego, jakie rozwiązanie jest rzeczywiście lepsze.

Po drugie – kryterium inne niż cena, to jest odnoszące się do przedmiotu zamówienia [tzw. kryterium jakościowe], które, zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy może odnosić się w szczególności do jakości, funkcjonalności, parametrów technicznych, zastosowania najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, kosztów eksploatacji, serwisu czy terminu wykonania, powinno odwoływać się do walorów oferowanego rozwiązania, abstrahując od sfery finansowej związanej z realizacją zamówienia. Innymi słowy, w samym kryterium jakościowym nie powinien być uwzględniony aspekt, czy dane rozwiązanie jest tańsze od innego, niżej punktowanego przy ocenie ofert. Kryterium jakościowe winno uwzględniać najlepsze rozwiązanie, zaś to co jest najlepsze winno być postrzegane przez przyjęte w danym zakresie kryterium oceny tego, co jest najbardziej pożądane z perspektywy celów postępowania i realizacji zamówienia. W kryterium jakościowym nie powinno więc mieścić się wartościowanie w zakresie tego, jaką cenę ma przedmiot posiadający cechę objętą tym kryterium – to bowiem następuje dopiero poprzez zestawienie ustalonej na podstawie kryterium jakościowego wartości [punktacji] z kryterium ceny w ramach przeprowadzenia bilansu tych kryteriów wskazujących, który przedmiot wyraża korzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów.

Tak istotną jest zatem kwestia, jaką wartość zamawiający, na gruncie konkretnego kryterium jakościowego preferuje, jaki jest powód, że dana cecha punktowana jest oceniana wyżej lub niżej.

Postawienia zatem wymaga pytanie, czy takie parametry, jak, objęte kryterium jakościowym kwestionowanym w przedmiotowym postępowaniu, to jest zastosowanie

określonego ogrzewania [kryterium T3] a także określonego sposobu napowietrzania komory [kryterium T10], są na tyle doniosłymi z punktu widzenia Zamawiającego, by mogły wyrażać wyższą jakość zamawianego przedmiotu.

I tak, w zakresie kryterium T3 Zamawiający, zapytany na rozprawie, o wartość, jaka ma być premiowana w zakresie tego kryterium podał, że chodzi o utrzymywanie stałej i równomiernej temperatury w całej komorze. Zamawiający podał zarazem, że temperatura w komorze została określona w PFU i zależy od technologii zastosowanej przez danego wykonawcę; inna jest temperatura w razie zastosowania technologii termofilnej, a inna przy technologii mezofilnej. W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wskazywał również jako argumenty przemawiające o wyższości ogrzewania wsadu w komorze przy pomocy urządzeń wbudowanych wewnątrz ścian zewnętrznych komory, mniejsze narażenie na awarię, mniejsze narażenie elementów grzewczych na abrazję (kamienie, szkło, metale zawarte w odpadach) i korozję a także na owijanie się na nich taśm, bandaży, folii i innych elementów powodujących w trakcie wieloletniej eksploatacji obrastanie „kożuchem” i drastyczny spadek efektywności wymiany ciepła. Argumentacja prezentowana przez strony na rozprawie wskazuje jednak, że tego rodzaju skutek zależy od wielu czynników i szczegółowych rozwiązań, jakie zostaną zastosowane, a nie tylko od sposobu ogrzewania.

Wyniki rozprawy prowadzą także do wniosku, że walor taki jak utrzymanie stałej i równomiernej temperatury jest w pewnym stopniu relatywny od zastosowanej technologii jako całości kształtu rozwiązania. Sam sposób ogrzewania komory – umieszczenie w ścianie komory ogrzewania lub w centralnej jej części nie prowadzi do tego celu, utrzymanie stabilnej temperatury zależy może bowiem od wielu innych czynników związanych z budową komory czy zastosowaniem jednostkowych rozwiązań.

Podkreślenia następnie wymaga że wyniki rozprawy prowadzą do jednego wniosku: można długo prowadzić rozważania o wyższości jednego sposobu ogrzewania nad drugim [a może i jeszcze o innych sposobach ogrzewania], można także podjąć próbę przesądzenia tej kwestii przy pomocy jednego lub większej ilości ekspertów. Wydaje się jednak, że także – a może przede wszystkim – tego rodzaju akademickiej dyskusji mogłoby nie być końca, bowiem zawsze znajdą się argumenty przemawiające za wyższością jednego lub drugiego rozwiązania, oraz kontrargumenty wskazujące na możliwość zniwelowania dostrzeżonych wad danego rozwiązania. Polemika między niewątpliwie specjalistami z tego zagadnienia w postaci pełnomocników reprezentujących strony na rozprawie: ekspertów ze strony Odwołującego oraz kierownika Zamawiającego prowadzi do jednego wniosku, że zawsze znajdą się argumenty przemawiające za wyższością jednego lub drugiego sposobu

ogrzewania.

Istotne, dla ustalenia miarodajnego, obiektywnego kryterium jakościowego jest jednak, by pozwalało ono na uchwytną ocenę, jaką wartość preferuje to kryterium, jaka cecha decyduje o tym, że pewne rozwiązanie uważane jest za lepsze – wyżej punktowane i jakie jest uzasadnienie, dla uznania, że coś jest lesze lub gorsze.

Powyższe, szczególnie przy tak spornym wpływie samego tylko sposobu ogrzewania na osiągnięcie określonego celu [stabilności temperatury], wymaga wykazania przez Zamawiającego rzeczowego uzasadnienia, opartego na miarodajnych podstawach, pozwalającego na jednoznaczną ocenę, jaką wartość dla przedmiotu zamówienia [jego wyższą jakość], pociąga za sobą zastosowanie określonego, wyrażonego w tym kryterium sposobu ogrzewania komory fermentacyjnej. Oznacza to, innymi słowy, zdolność do przekonującego zaprezentowania, że zastosowanie danego rozwiązania – sposobu ogrzewania pozwoli osiągnąć rezultat, dający konkretną wartość, pozwalający na uznanie, że dane rozwiązanie jest lepsze od innego. W tej konkretnej sytuacji, wiele wskazuje, że ten rezultat nie jest determinowany jedynie sposobem ogrzewania, ale może zależeć od całokształtu rozwiązań. Zamawiający nie sprostął natomiast wykazaniu, że rozwiązanie najwyżej punktowane, to jest ogrzewanie wsadu w komorze przy pomocy urządzeń wbudowanych wewnątrz ścian zewnętrznych komory daje większą wartość dodaną, przekonująca o tym, że to właśnie rozwiązanie jest lepsze od innych rozwiązań.

Na uwagę zasługuje wreszcie, mimo, że strony tego nie eksponowały na rozprawie, a znalazło wyraz w postulowanej przez Odwołującego zmianie punktacji różnych rozwiązań, że Zamawiający przyznając prymat pewnym rozwiązaniom [ogrzewanie wsadu w komorze przy pomocy urządzeń wbudowanych wewnątrz ścian zewnętrznych komory], uznając inne rozwiązania za relatywnie dobre, skoro przyznał im pośrednią punktację [ogrzewanie wsadu w komorze przez system wewnątrz centralnej części komory], tj. 1 pkt, przypisał jednocześnie 0 pkt rozwiązaniom określonym jako „inne”. Oznacza to tyle, że Zamawiający przesądził definitywnie, że każde inne rozwiązanie, w tym także to nieznanne mu i nieopisane w ramach dwóch wcześniej punktowanych rozwiązań, przykładowo bazujące na innej koncepcji albo pośrednie między punktowanymi sposobami ogrzewania, będzie na pewno gorsze, choć nawet nie wiemy jakie to rozwiązanie, a tym samym nie możemy ocenić, czy jest ono lepsze czy gorsze od tych punktowanych.

Wskazane okoliczności skutkowały uznaniem, że sporne kryterium nie zostało wykazane co do jego uzasadnienia, pozwalającego uznać określone rozwiązania za posiadające wyższą lub niższą jakość. Stąd nakazano Zamawiającemu modyfikację tego



kryterium, polegającą na wyeliminowaniu tych jego elementów, co do których Zamawiający nie jest w stanie przedstawić rzeczowego uzasadnienia, pozwalającego na jednoznaczną ocenę, jaką wartość dla przedmiotu zamówienia [jego wyższą jakość], pociąga za sobą zastosowanie określonego, wyrażonego w tym kryterium sposobu ogrzewania komory fermentacyjnej.

**[4] w zakresie kryterium jakościowego T 10 „Zastosowanie w stabilizacji tlenowej napowietrzania pozytywnego [nadmuchu]”:**

Również w tym kryterium, zdaniem Odwołującego, Zamawiający wyżej punktuje rozwiązanie mniej skuteczne i gorsze w eksploatacji.

Kryterium T 10 jest sformułowane następująco:

*„Czy oferent w oferowanej technologii zamierza zastosować w stabilizacji tlenowej napowietrzanie pozytywne?”*

- a) T10 = 2,00 punktu - tak
- b) T10 - 0,00 punktu - nie

*Max [T10] = 2,00 punkty”*

W ocenie Odwołującego, napowietrzanie jest jednym z kluczowych parametrów procesu kompostowania odpadów. Umożliwia ono dystrybucję tlenu w odpadach, który jest potrzebny do rozkładu biologicznego frakcji. Jak przedstawiono w kryteriach, możliwe są dwa systemy napowietrzania: strumieniem powietrza spod kompostowanych odpadów [= napowietrzanie pozytywne], lub na odwrót, poprzez zasysanie powietrza spod odpadów i wdmuchiwanie powietrze nad odpadami [-napowietrzanie przez zasysanie]. Do kompostowania odpadów zielonych, odpadów organicznych lub świeżej frakcji organicznej z miejskich odpadów komunalnych skuteczne są obydwie ww. systemy i dla każdego z nich, istnieje na rynku wielu dostawców technologii. Jednak w przypadku kompostowania pofermentatu pochodzącego z odpadów komunalnych, tak jak ma to miejsce w przypadku projektowanej kompostowni ZGO w Jarocinie, jest znacznie mniej sprawdzonych technologii, a w Polsce nie ma jeszcze żadnej takiej pracującej instalacji. W związku z tym, że pofermentat jest produktem o innej charakterystyce i parametrach niż materiał pochodzący ze świeżych odpadów zielonych, odpadów organicznych i frakcji organicznej z odpadów komunalnych [MSW], m.in. posiada większe uwodnienie jest bardziej kleisty i agresywny, jego kompostowanie jest również znacznie trudniejsze. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, system kompostowania, który jest skuteczny dla odpadów zielonych,

odpadów organicznych, pofermentatu z tych produktów lub świeżej frakcji organicznej z odpadów komunalnych, niekoniecznie nadaje się do stosowania dla pofermentatu z odpadów komunalnych. I tak dla pofermentatu z odpadów komunalnych najbardziej wydajny i niezawodny jest system napowietrzania poprzez zasysanie powietrza. Rozwiązanie to dodatkowo umożliwia: wychwytywanie nieprzyjemnych zapachów u źródła, poprawę atmosfery w pomieszczeniu kompostowania lub wewnątrz tunelu podczas jakichkolwiek wykonywanych prac [dotyczących konserwacji lub usuwania wsadu]. Ponadto, napowietrzanie metodą zasysania posiada jeszcze dwie ważne zalety w odniesieniu do prowadzonego procesu: lepsze doprowadzanie tlenu dzięki jego równomiernemu rozprowadzeniu w materiale kompostowym, lepsze nawilżenie produktu. Zawartość tlenu i wilgotność to dwa najważniejsze parametry w odniesieniu do stabilizacji tlenowej. Napowietrzanie metodą zasysania zapewnia skuteczniejsze rozprowadzenie powietrza wewnątrz wsadu. W systemie napowietrzania pozytywnego, izobary wskazujące rozprowadzenie powietrza są nieprawidłowo rozmieszczone wewnątrz wsadu. Tworzą się obszary o nieprawidłowym napowietrzeniu, w których występuje zjawisko anaerobiozy, będącej przyczyną nieprzyjemnych zapachów. Ponadto, wysokie ciśnienie i prędkość powietrza podczas nadmuchiwanie powodują dodatkową intensyfikację powstawania uprzywilejowanych korytarzy rozprowadzania powietrza. W przypadku napowietrzania poprzez zasysanie sytuacja jest całkowicie odwrotna - zasysanie zapewnia prawidłowe, równomierne rozprowadzenie powietrza w całym materiale kompostowym. Ponadto, metoda napowietrzania poprzez zasysanie zapewnia uzyskanie maksymalnego stężenia tlenu w powietrzu, ponieważ wykorzystywane jest w 100% powietrze świeże [bez recyrkulacji powietrza zanieczyszczonego], także w konfiguracji tunelowej.

Argumentem, w ocenie Odwołującego, jest także lepsze nawilżanie - podczas fermentacji temperatura produktu rośnie, co powoduje wydzielanie ciepła, a w konsekwencji odparowywanie wody znajdującej się wewnątrz produktu. Kiedy wskaźnik wilgotności spadnie poniżej krytycznej wartości progowej, reakcje biologiczne zostają początkowo spowolnione, a następnie całkowicie zanikają. Bardzo ważne jest więc kontrolowanie wskaźnika wilgotności produktu, ale również systematyczne dodawanie wody, aby zrównoważyć w ten sposób jej utratę spowodowaną odparowaniem. W związku z powyższym, w każdym procesie kompostowania konieczne jest stosowanie systemu nawilżania. Nawilżanie może być realizowane przy użyciu rampy natryskowej umieszczonej po prawej stronie komory lub tunelu. W takim przypadku nawilżanie nie może być prowadzone w przypadku napowietrzania poprzez nadmuchiwanie. W ramach napowietrzania metodą nadmuchiwania, przepływ powietrza następuje w odwrotnym kierunku, niż przepływ wody. W konsekwencji, nawilżanie jest prawidłowe jedynie w cienkiej wierzchniej warstwie materiału, natomiast całkowicie nieskuteczne w jego wnętrzu. Zjawisko to jest nazywane „zaporą powietrzną” i występuje tym silniej, im większe jest natężenie przepływu powietrza. W przypadku napowietrzania poprzez zasysanie sytuacja jest odwrotna - przepływ wody i powietrza następuje w tym samym kierunku. Powoduje to wystąpienie zjawiska wzajemnego napędzania, które zapewnia jednolite, równomierne nawilżanie całości materiału kompostowego, umożliwiające uzyskanie odpowiednich parametrów wilgotności, wymaganych dla prawidłowego przebiegu procesu kompostowania. Zasysanie ma miejsce pod przyłmą materiału kompostowego za pomocą wentylatora o regulowanej prędkości, połączonego z 3 kanałami wyposażonymi w perforowane kratki. Wentylacja metodą zasysania umożliwia zapewnienie zdecydowanie bardziej jednolitej temperatury na całej wysokości produktu [powierzchnia wlotu powietrza jest większa, a jego rozprowadzanie bardziej skuteczne]. Ten sposób napowietrzania umożliwia znaczące ograniczenie wydzielania pary oraz skanalizowanie przepływu nieprzyjemnych zapachów u źródła.

Zdaniem Odwołującego, inną zaletą napowietrzania poprzez zasysanie powietrza w porównaniu do większości technologii wykorzystujących napowietrzanie pozytywne jest łatwość konserwacji i serwisu kanałów wentylacyjnych. Wiele technologii wykorzystujących napowietrzanie pozytywne wykorzystuje do napowietrzania dysze zabudowane w betonowej podłodze. W przypadku systemu z napowietrzaniem pozytywnym, gdy prowadzony jest nadmuchiwanie, a zatem instalacja działa prawidłowo, cząstki odpadów nie wnikają w otwory w betonowej podłodze tunelu. Jednak w przypadku wystąpienia problemów eksploatacyjnych, przerw pracy napowietrzania, odpady mogą wchodzić w otwory w posadzce, których czyszczenie jest bardzo trudne a w niektórych przypadkach niemożliwe. Problemy takie

raczej nie występują przy kompostowaniu świeżych odpadów organicznych, jednak w przypadku kompostowania pofermentatu z odpadów komunalnych [produktu bardziej płynnego i lepkiego] ryzyko blokowania otworów wentylacyjnych jest wysokie. W przeciwieństwie do napowietrzania pozytywnego, w przypadku napowietrzania poprzez zasysanie, kanały zasysające powietrze, są doskonale przystosowane do materiału, jakim jest pofermentat z odpadów komunalnych. Podczas kompostowania pofermentatu powstaje odciek, który przez ruszty kanałów, trafia do kanałów wentylacyjnych i jest grawitacyjnie odprowadzany. Czyszczenie kanałów wentylacyjnych jest łatwe i odbywa się poprzez podniesienie kraty nad kanałem i oczyszczenie go wodą przy użyciu szlauchu. Należy podkreślić, że łatwy sposób czyszczenia instalacji jest jednym z wymogów stawianych przez Zamawiającego w treści PFU pkt, 1.2.2.16. Hala stabilizacji tlenowej, Reaktory stabilizacji tlenowej [B18]: „wykonanie musi zapewnić **MOŻLIWOŚĆ łatwego czyszczenia lub podlegać samooczyszczeniu**”.

Odwołujący zauważył, że system napowietrzania kompostowni był przedmiotem oceny w przetargu publicznym opublikowanym w 2012r. przez MZK sp. z o.o. Stalowa Wola i wówczas kompostowanie z napowietrzaniem poprzez zasysanie zostało ocenione jako najbardziej efektywne [monitoring temperatury, jest bezpośrednio powiązany z systemem napowietrzania. Ocena skuteczności monitoringu temperatury jest równoważna do oceny typu napowietrzania]:

#### *T.8. Monitoring temperatury.*

*Jaki system został zainstalowany dla monitorowania temperatury w pryzmach w stabilizacji tlenowej zamkniętej?*

- a) *T8 = 0,50 punktu - monitorowanie temperatury powietrza zasysane spod pryzmy*
- b) *T8 - 0,25 punktu - monitorowanie temperatury w pryzmach [np. przez czujniki umieszczane każdorazowo w pryzmie]*
- c) *T8 - 0,00 punktu - inne*

*Max [T8] - 0,50 punktu ”*

Według Odwołującego, napowietrzanie poprzez zasysanie jest bardziej skuteczne niż napowietrzanie pozytywne, gdyż charakteryzuje się: lepszą kontrolą procesu z wyższym stopniem dystrybucji powietrza w kompostowanym produkcie, lepszą kontrolą procesu nawilżania, łatwiejszą konserwacją kanałów wentylacyjnych, bardziej niezawodnym rozwiązaniem dla kompostowania pofermentatu z odpadów komunalnych.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, systemem napowietrzania, który

zapewni największą wartość dodaną dla kompostowania pofermentatu z odpadów komunalnych jest napowietrzanie poprzez zasysanie.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kryteriów oceny T10 na następujące:

*„T 10 - Rodzaj napowietrzania stosowany w stabilizacji tlenowej*

*Czy oferent w oferowanej technologii zamierza zastosować w stabilizacji tlenowej napowietrzanie negatywne poprzez zasysanie powietrza spod pryzmy?*

- a) *T 10 = 2,00 punktu – tak*
- b) *T10 = 0,00 punktu - nie*

*Max [T10] - 2,00 punkty.”*

**Postawiony w powyższym zakresie zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.**

Biorąc pod uwagę prezentowaną wyżej argumentację Odwołującego, mającą przekonywać o wyższości innego rozwiązania aniżeli to, które Zamawiający punktuje najwyżej, podkreślenia wymaga, że o tym, co jest lepsze w danym postępowaniu, decyduje perspektywa Zamawiającego, jego uzasadnione potrzeby. Istotne jest, jak wcześniej wskazano, by Zamawiający potrafił czytelnie podać, jakie wartości wyraża kryterium, które decydują, że takie lub inne rozwiązanie jest uznawane za posiadające wyższą lub niższą jakość.

W zakresie tego kryterium Zamawiający sprostą wykazaniu wartości, jaką reprezentuje dla niego rodzaj napowietrzania stosowany w stabilizacji tlenowej, wskazując, że najwyżej premiowana technologia napowietrzania zapewnia lepszy rozkład wilgoci w odpadach, mniejszą możliwość koimatacji [osadzania na otworach systemu napowietrzania cząstek stałych], zmniejsza konieczność czyszczenia kanałów napowietrzających. Przede wszystkim, argumentacja prezentowana w powyższym zakresie wskazuje wartość, jaką premiuje to kryterium, to jest uzyskanie jak największego napowietrzenia i rozproszenia poddawanej kompostowaniu masy. Zamawiający sprostą zadaniu wyartykułowania wartości, jaką kryterium wyraża, przekonująco także przedstawił argumenty przemawiające za wyższą oceną rozwiązania opartego na nadmuchu masy nad zasysaniem powietrza.

Ponadto, wbrew odmiennej argumentacji prezentowanej w odwołaniu, nie jest tak, że

rozwiązanie wyżej punktowane w jednym postępowaniu [podane jako przykład postępowanie prowadzone przez MZK sp. z o.o. Stalowa Wola w 2012 r.] musi być tak samo oceniane w innym. Istotna jest bowiem wartość, jaka zawarta jest w danym kryterium, decydująca o uznaniu przez zamawiającego określonego rozwiązania za posiadające wyższą jakość. To samo rozwiązanie może być postrzegane przez pryzmat różnych jego walorów. Obrazuje to zresztą doskonale przykład wskazany przez Odwołującego: przytoczone przez Odwołującego kryterium zastosowane w innym postępowaniu premiowało zupełnie inną wartość niż objęta spornym kryterium. Tam punktowany był monitoring temperatury, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu wartością punktowaną jest napowietrzenie masy poddawanej kompostowaniu.

Powyższe skutkowało uznaniem, że powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia.

#### **[5] w zakresie zarzutów dotyczących terminu realizacji zamówienia:**

Zamawiający w SIWZ punkt IV określił termin realizacji zamówienia w następujący sposób:

*„Termin wykonania zamówienia, liczony od daty podpisania umowy z Wykonawcą do daty Protokołu odbioru robót budowlano - montażowych oraz Protokołu końcowego prób przedrozruchowych, nie może być dłuższy niż:*

*- budowa sortowni do 31.08.2015 r.;*

*- budowa kompostowni do 31.08.2015 r.;*

*- budowa komory fermentacji, hali przygotowania wsadu, modułu odwadniania oraz pozostałego zakresu prac do 15.09.2015 r.*

*Wykonawca ma obowiązek przekazać zamawiającemu wszystkie dokumenty niezbędne do uzyskania decyzji pozwolenia na użytkowanie w terminie 14 dni od daty podpisania bezusterkowego protokołu odbioru robót budowlano-montażowych, lecz nie później niż do dnia 30.09.2015.*

*Ustala się, iż termin należytego wykonania umowy, rozumiany jako termin do którego zostaną uzyskane zagwarantowane założone parametry pracy instalacji [rozruchy na sucho oraz rozruchy na odpadach], nie może być dłuższy niż do dnia podpisania Protokołu należytego wykonania przedmiotu zamówienia, tj. 30.06.2016 r.”*

Odwołujący podał, że Zamawiający nie określił terminu wykonania robót budowlano-montażowych wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie poprzez określenie liczby miesięcy, lecz wskazał konkretny nieprzekraczalny termin, którym jest 15.09.2015 r.

Niniejszy projekt obejmuje wykonanie:

- projektu budowlanego wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę oraz projekt wykonawczy,

- roboty budowlano - montażowe i uzyskanie pozwolenia na Użytkowanie.

Zamawiający do SIWZ dołączył wstępny harmonogram realizacji, którego co prawda poszczególne etapy robót mogą ulec zmianie, jednakże z dużym prawdopodobieństwem pokazuje, iż poszczególne etapy robót należy przeznaczyć około:

- na wykonanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę: około 8 miesięcy od podpisania umowy,

- na wykonanie robót budowlano-montażowych i uzyskanie pozwolenia na Użytkowanie: około 13 miesięcy.

Odwołujący, na podstawie podobnych projektów stwierdza, iż termin wykonania robót budowlano-montażowych w ciągu około 13 miesięcy, w tym w okresie zimowym, jest niemożliwy do zrealizowania.

Odwołujący wskazał, że dla porównania czasy realizacji dwóch obecnie realizowanych projektów były następujące:

a) „Budowa Międzygminnego Zakładu Kompleksowego Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Tychach” wynoszą:

- wykonanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę: 10 miesięcy od podpisania umowy,

- wykonanie robót budowlano-montażowych: 26 miesięcy,

b) „Zaprojektowanie i wybudowanie Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów dla miasta Kielce i powiatu kieleckiego w Promniku koło Kielc” wynoszą:

- wykonanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę: 8 miesięcy od podpisania umowy,

- wykonanie robót budowlano-montażowych: 37 miesięcy.

Powyższe porównanie pokazuje w ocenie Odwołującego, iż termin realizacji niniejszego projektu jest 2- i nawet 3-krotnie krótszy od podobnych projektów obecnie realizowanych.

Odwołujący wskazał, że ponieważ nie potrafi przewidzieć terminu podpisania umowy, to określenie zakończenia realizacji robót konkretną datą, może spowodować, iż faktyczny termin realizacji może ulec skróceniu. Powyższe wpływa nie tylko na niemożliwość oszacowania wartości oferty, ale przede wszystkim na ryzyko niemożliwości realizacji zamówienia w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia terminu realizacji umowy za pomocą liczby miesięcy liczonych od daty podpisania umowy, przy czym minimalny termin na zaprojektowanie i roboty budowlano - montażowe powinien wynosić 26 miesięcy.

### **Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.**

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie wykazał stawianych w odwołaniu naruszeń przepisów art. 387 Kodeksu cywilnego w związku z art. 139 ust. 1 ustawy, poprzez określenie terminu realizacji umowy niemożliwego do wykonania.

Okoliczność, że wykonanie zamówienia będzie wymagało zaangażowania i dyscypliny wykonawcy, nie stanowi o niemożliwości wykonania w terminie założonym przez Zamawiającego. Odwołujący, powołując się na inne postępowania [zadania inwestycyjne realizowane w Tychach i Promniku], zdaje się nie uwzględniać sytuacji występującej w tym postępowaniu. Tym samym, Odwołując nie sprostął udowodnieniu, że termin realizacji zamówienia zakreślony przez Zamawiającego jest obiektywnie niemożliwy do dotrzymania. Zamawiający wykazał natomiast, że termin realizacji zamówienia wynika z umowy o dofinansowanie, przy czym przewidziana została w umowie możliwość jego przedłużenia [pkt 16.3], w szczególności w przypadku przedłużających się procedur administracyjnych, nieprzewidzianych warunków gruntowych, sity wyższej. Zamawiający na rozprawie podkreślał, że w odniesieniu do spornej inwestycji są już ustalone warunki przyłączenia; jest również przyrzeczenie Starostwa, iż wydanie decyzji i pozwoleń będzie traktowane priorytetowo [Zamawiający na powyższą okoliczność złożył pismo Starostwa Jarocińskiego]. Zamawiający wykazał również przekonująco, że wyłącznie budowa hali będzie objęta pozwoleniem na budowę i że założył 13 miesięczny okres na wykonanie robót, co wynika z harmonogramu załącznika do umowy – „graniczne terminy zakończenia realizacji inwestycji”. Zamawiający podał też, że w postępowaniu jest już decyzja środowiskowa, nie ma potrzeby także uzyskiwania powtórnej oceny oddziaływania na środowisko. Tym samym, wykazane zostało, że przy podwyższonej, wymaganej w tym postępowaniu staranności, wykonawca powinien sprostać dochowaniu założonych terminów.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał zasadności stawianego zarzutu, zgodnie z którym termin wykonania zamówienia nie jest możliwy do wykonania. Ewentualny zwiększony nakład pracy w celu wykonania zamówienia nie oznacza niemożliwości świadczenia.



**[6] w zakresie zarzutów dotyczących wzoru umowy:**

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej, w świetle art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości [naturze] stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 kc. Zamawiający we wzorze umowy zawarł szereg postanowień, które naruszają ww. przepisy:

*„1.1.21.Podwykonawca [Dalszy Podwykonawca] - osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która zawarła za wiedzą Zamawiającego Umowę o podwykonawstwo z Wykonawcą Podwykonawcą lub Dalszym Podwykonawcą na wykonanie robót budowlanych, usług lub dostaw w celu wykonania Umowy”*

*„1.1.51. Umowa o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć pisemną umowę o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy lub usługi, zawieraną w celu wykonania Umowy pomiędzy wybranym przez Zamawiającego Wykonawcą, a co najmniej jednym innym podmiotem [Podwykonawcą], pomiędzy Podwykonawcą a Dalszym Podwykonawcą oraz innymi podmiotami [Dalszymi Podwykonawcami]”,*

*Definicja „Podwykonawcy” Wykonawcy została określona bardzo szeroko. Umowa o podwykonawstwo obejmuje nie tylko umowy o roboty budowlane [tak jak wynika to z art. 647<sup>1</sup> KC] ale również dostawy lub usługi, zawieraną w celu wykonania Umowy pomiędzy wybranym przez Zamawiającego Wykonawcą, a co najmniej jednym innym podmiotem [Podwykonawcą], pomiędzy Podwykonawcą a Dalszym Podwykonawcą oraz innymi podmiotami [Dalszymi Podwykonawcami]. Definicja ta jest ściśle związana z obowiązkami Wykonawcy oraz solidarną odpowiedzialnością Inwestora oraz Wykonawcy za prace podwykonawców.*

Należy również, zdaniem Odwołującego, zwrócić uwagę na następujące zapisy:

- 6.2. Wykonawca nie podzleci bez zgody Zamawiającego innych robót, dostaw lub usług niż wskazane w Ofercie [Formularz ofertowy]. W przypadku zwrócenia się przez Wykonawcę o wyrażenie takiej zgody [konieczne jest zachowanie formy

*pisemnej], po uzyskaniu pisemnej akceptacji Zamawiającego co do takiego Podwykonawstwa Wykonawca jest zobowiązany postępować zgodnie z punktami Umowy dotyczącymi podwykonawstwa.*

- *6.3. Wykonawca jest zobowiązany do powiadomienia Zamawiającego o zawarciu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem jest realizacja zadań wynikających z przedmiotu zamówienia.*

- *6.4. Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia do wiadomości Zamawiającego umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi.*

- *6.5. Nie później niż 28 dni przed planowanym rozpoczęciem wykonywania robót przez Podwykonawcę, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu projekt umowy z Podwykonawcą.*

- *6.6. Umowa z Podwykonawcą powinna zawierać:*

*6.6.1. w szczególności zakres prac powierzonych Podwykonawcy, terminy ich wykonania, wysokość wynagrodzenia oraz termin uregulowania wynagrodzenia. Terminy płatności dla Podwykonawców, przewidziane w tych umowach, nie mogą być dłuższe niż terminy płatności dla Wykonawcy wynikające z niniejszej Umowy. Wartość robót zlecona Podwykonawcom nie może być wyższa od wartości tego samego zakresu robót określonej w niniejszej Umowie.*

- *6.6.2. wynagrodzenie za roboty budowlane należne Podwykonawcom nie może przekraczać wynagrodzenia Wykonawcy przewidzianego w Umowie.*

- *6.6.3. w przypadku nie zapłacenia przez Wykonawcę wynagrodzenia za prawidłowo wykonane przez Podwykonawcę roboty, Zamawiający zapłaci Podwykonawcy kwotę należnego wynagrodzenia, nie wyższą, niż kwota wynikająca z zatwierdzonego przez Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego postępu robót wykonanych przez Podwykonawcę. Zamawiający i Inżynier Kontraktu przy określaniu maksymalnej kwoty należnej Podwykonawcy będzie kierował się wartościami wskazanymi w „Formularzu cenowym<sup>1</sup>” stanowiącym Załącznik nr 2 do Oferty Wykonawcy oraz zawartą pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą wartością umowy.*

- *6.9. Jeżeli Zamawiający w terminie 14 dni od przedłożenia mu projektu umowy z Podwykonawcą nie zgłosi na piśmie zastrzeżeń do treści projektu umowy, uważa się, że zaakceptował zawarte w nim zapisy.*

- *6.13. Do zmian do umów pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą stosuje się zasady mające zastosowanie przy zawieraniu umowy z Podwykonawcą.*

- *6.14. Zatrudnienie Podwykonawcy, zmiana umowy z Podwykonawcą lub zmiana zakresu wykonywanych przez niego robót bez wiedzy Zamawiającego stanowi rażące naruszenie warunków Umowy i uprawnia Zamawiającego do*

*odstąpienia od Umowy bez potrzeby wyznaczania terminu dodatkowego.*

- 6.16. Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć wraz z rozliczeniami należnego mu wynagrodzenia oświadczenia Podwykonawców lub dowody dotyczące zapłaty wynagrodzenia Podwykonawcom [Dalszym Podwykonawcom], których termin upłynął w danym okresie rozliczeniowym. Oświadczenia, należycie podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania składającego je Podwykonawcy lub dowody powinny potwierdzać brak zaległości Wykonawcy w uregulowaniu wszystkich wymagalnych wynagrodzeń Podwykonawców wynikających z zawartych umów o podwykonawstwo.

- 6.17. Jeżeli w terminie określonym w umowie z Podwykonawcą, o której Zamawiający posiada wiedzę tj. która została podpisana i przekazana Zamawiającemu w trybie określonym niniejszą Umową Wykonawca nie zapłaci w całości lub w części wynagrodzenia należnego Podwykonawcy, to Podwykonawca może zwrócić się z żądaniem zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio do Zamawiającego.

- 6.18. Zamawiający może wezwać Wykonawcę do dostarczenia w terminie 7 dni od daty doręczenia żądania Podwykonawcy dowodu, że roszczenia Podwykonawcy zostały zaspokojone, nie powstały albo wygasły.

- 6.19. Zamawiający jest zobowiązany zapłacić Podwykonawcy należne wynagrodzenie, jeżeli Podwykonawca udokumentuje jego zasadność dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie i odbiór robót. W przypadku sporu pomiędzy Wykonawcą a Podwykonawcą dotyczącego zasadności lub wysokości wynagrodzenia Podwykonawcy, Zamawiający kwotę objętą sporem może złożyć do depozytu sądowego.

- 6.22. W przypadku gdy Zamawiający [na skutek pisemnego żądania Podwykonawcy i uznaniu jego roszczeń za zasadne] zapłaci wynagrodzenie należne Podwykonawcy, niezwłocznie poinformuje Wykonawcę o tym fakcie.

*Wykonawca na pierwsze żądanie dokona zwrotu Zamawiającemu pełnej kwoty wypłaconej Podwykonawcy oraz całości kosztów z tym związanych [np. sądowych], za których powstanie odpowiedzialności nie ponosi Zamawiający. Zamawiający ma także prawo potrącenia swoich wierzytelności wobec Wykonawcy, o których mowa w zdaniu poprzednim z każdą wierzytelnością Wykonawcy wobec Zamawiającego, w tym z wierzytelnością wynikającą z niniejszej Umowy, bez potrzeby uprzedniego wzywania do zapłaty.*

6.27. Powyższe zasady mają zastosowanie do Dalszych Podwykonawców.

Odwołujący podniósł, że tak szerokie określenie definicji Podwykonawcy jest niezgodne z art. 647<sup>1</sup> Kc, bowiem ten przepis dotyczy jedynie umów, w których podwykonawcy wykonują na rzecz Wykonawcy roboty budowlane, ale już nie usługi i dostawy [oraz dalsi poddostawcy i/lub usługodawcy]. Obowiązki Wykonawcy oraz Zamawiającego wskazane w Umowie, które standardowo dotyczą jedynie kontrolowania zawierania umów oraz realizowania płatności na rzecz podwykonawców wykonujących roboty budowlane, zostały rozszerzone również o obowiązki Wykonawcy i Zamawiającego w stosunku do dostawców oraz usługodawców [oraz dalszych usługodawców oraz dalszych usługodawców]. Tak szerokie uregulowanie obowiązków Wykonawcy jest niczym nieuzasadnione i nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych ani Kc. Na podstawie art. 647<sup>1</sup> Kc, Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Oznacza to, że ani Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca nie ponoszą ex lege odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia na rzecz dostawców oraz usługodawców [oraz dalszych dostawców i usługodawców]. Potwierdza to również bogate orzecznictwo sądowe. Zamawiający, na podstawie zapisów Umowy, ponosi solidarną odpowiedzialność za zapłatę na rzecz Podwykonawcy będącego również dostawcą lub usługodawcą [oraz dalszym dostawcą oraz usługodawcą], co w sposób znaczący i niczym nieuzasadniony zwiększa zakres odpowiedzialności Zamawiającego oraz Wykonawcy. Wskazują na to m.in. punkty wskazane powyżej: 6.6.3., 6.17, 6.19, 6.22. Ponadto, konstruując zapisy w ten sposób Zamawiający nie dba o interes własny [ani Wykonawcy], a jedynie interes Dostawcy oraz Usługodawcy [i dalszych dostawców oraz usługodawców], co w żaden sposób nie chroni interesu publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmodyfikowania treści punktów 1.1.51,1.27 Umowy oraz zapisów Klauzuli 6 [punkty: 6.2, 6.4, 6.6.3] w ten sposób, aby definicja Podwykonawcy [oraz Umowy o podwykonawstwo] obejmowała jedynie podmioty, które wykonują roboty budowlane, natomiast nie obejmowała podmiotów wykonujących dostawy lub usługi [w tym podmioty wykonujące dalsze dostawy i/lub usługi].

Odwołujący zakwestionował również postanowienia wzoru umowy dotyczące uprawnień inspektora nadzoru inwestorskiego:

*11.2 „Inspektor Nadzoru Inwestorskiego może odrzucić pozycję zaakceptowaną w poprzedniej fakturze w ramach korekty lub jeżeli została ujawniona oczywista omyłka, lub zmienić kwotę w jakiegokolwiek poprzednio zafakturowanej pozycji. ”*

W ocenie Odwołującego, uprawnienia Inspektora są ponadnormatywnie wysokie i pozwalają mu na dokonywanie „korekt” na fakturach samodzielnie, bez uzgodnienia z Wykonawcą. Dotyczy to również faktur poprzednio wystawionych zgodnie z postanowieniami Umowy oraz np. zapłaconych przez Inwestora. Zapisy te oznaczają, że Inspektor Nadzoru Inwestorskiego na podstawie swojej uznaniowej decyzji będzie mógł jednostronnie np. obniżyć wynagrodzenie Wykonawcy. Analizując postanowienia zawarte we wzorze umowy załączonym do SIWZ można, zdaniem Odwołującego, dojść do wniosku, iż oferta składana przez Wykonawcę w toku postępowania nie ma większego znaczenia, gdyż wysokość zapłaty może być następnie niemal dowolnie zmieniana zgodnie z wolą Inspektora Nadzoru Inwestorskiego. Zamawiający ukształtował zapisy umowy w tym zakresie w swobodę rażąco jednostronny i naruszający interesy Wykonawcy. W takiej sytuacji Wykonawca zostaje niejako pozbawiony pewności, że skoro zobowiązał się do wykonania prac określonych w opisie przedmiotu zamówienia, to może spodziewać się ich wykonania i otrzymania należnego wynagrodzenia w wysokości określonej w ofercie. Wskazać trzeba, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek ustalenia zakresu robót i opisanie przedmiotu zamówienia, na którego wykonanie ogłasza przetarg tak aby Wykonawca miał świadomość co jest przedmiotem zamówienia i za jakie prace otrzyma wynagrodzenie. Tymczasem Zamawiający zastrzega możliwość zmian wysokości wynagrodzenia, czym w opinii Odwołującego, narusza art. 29 ust 1 i 2, 31 ust. 1, art. 140 ust. 1 i art. 144 ust.1. Pzp.

Odwołujący wniósł w tym zakresie o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia punktu 11.2. Wzoru umowy.

Odwołujący zakwestionował dodatkowo następujące postanowienia wzoru umowy, dotyczące rozliczeń:

*„11.4. Ustala się , iż w miesiącu kalendarzowym zostanie wystawiona tylko jedna faktura za wykonane roboty; w kwocie nie większej niż:*

- A) maksymalna kwota faktur wystawionych w I kwartale 2014 roku- 3% oferowanej kwoty brutto, z zastrzeżeniem pkt 11.12 poniżej.*
- B) maksymalna kwota faktur wystawionych w terminie od II kwartału 2014 do II kwartału 2015- 4% oferowanej kwoty brutto*
- C) maksymalna kwota faktur wystawionych w III kwartale 2015- 10% oferowanej kwoty brutto*
- D) płatność końcowa - ostatnia faktura wyrównująca 5, Jeżeli wartość wykonanych prac w danym według potwierdzonego przez Inżyniera Rozliczenia Wykonawcy wynosi więcej niż kwoty wymienione powyżej, kwota nadwyżki*

*przechodzi do rozliczenia na miesiąc następny”.*

W ocenie Odwołującego Zamawiający zakłada, że w miesiącu kalendarzowym zostanie wystawiona tylko jedna faktura za wykonane roboty; w kwocie nie większej niż określona wysokość procentowa wskazana w tym artykule, z zapisów tych wynika, że Wykonawca ma prawo zafakturować jedynie 17% wartości wykonanych prac do zakończenia wykonywania Umowy. To ograniczenie jest sprzeczne z zapisami prawa podatkowego. Przepisy prawa podatkowego uniemożliwiają Wykonawcy zafakturowanie mniejszej wartości wynagrodzenia, niż to wynika z protokołu odbioru. Odwołujący podał, że zgodnie z prawem podatkowym fakturę wystawia się nie później niż 7 dnia od dnia wydania towaru lub wykonania usługi. Niedopuszczalne jest sztuczne zaniżanie wartości faktury, mimo wykonania robót o wyższej wartości. Dodatkowo, postanowienie to przerzuca na wykonawcę ciężar kredytowania prawie całej inwestycji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenie punktu 11.4 i 11.5., jako sprzecznego z prawem.

Następnie, Odwołujący zakwestionował postanowienia dotyczące uprawnień inspektora nadzoru:

*„5.4.1 - Jeżeli z jakiegokolwiek przyczyny, która nie uprawnia Wykonawcy do przedłużenia terminu wykonania robót lub ich części, tempo robót zdaniem Inspektora Nadzoru Inwestorskiego nie pozwoli na terminowe zakończenie robót, Inspektor Nadzoru Inwestorskiego może polecić Wykonawcy podjęcie działań skutecznych dla przyspieszenia tempa robót. Wszystkie koszty związane z podjętymi działaniami obciążą Wykonawcę”.*

Zdaniem Odwołującego, punkt 5.4.1. Umowy pozwala Zamawiającemu na żądanie przyspieszenia robót, nawet wówczas, gdy roboty te są zgodne z przedstawionym i zaakceptowanym harmonogramem wykonania prac. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego jednostronnie decyduje czy powinno dojść do przyspieszenia robót i jakie działania powinny zostać podjęte przez Wykonawcę, a wszystkie koszty tych poleceń obciążają wykonawcę. Zapis ten nie daje Wykonawcy prawa domagania się większego wynagrodzenia z tytułu konieczności zaangażowania większych sił i środków. Podnieść trzeba, że rozwiązanie takie godzi w interes Wykonawcy, a także w przepisy Prawa zamówień publicznych, gdyż Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć czy i na ile roboty zostaną przyspieszone i uwzględnić ryzyka w cenie podanej w ofercie. Niemożliwość wyliczenia ceny ofertowej na podstawie postanowień SIWZ przygotowanych przez Zamawiającego narusza art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia 5.4.1. Wzoru umowy.

Odwołujący postawił również zarzuty wobec treści wzoru umowy:

*„5.5.1. Jeżeli Wykonawca zignoruje uzasadnione żądania Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dotyczące wykonania robót, Zamawiający ma prawo zawieszenia robót do czasu spełnienia odpowiednich wymagań przez Wykonawcę. Wszelkie opóźnienia wynikłe z powodu takiego zawieszenia obciążają wyłącznie Wykonawcę.*

*5.5.2. Możliwość wstrzymania robót przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dotyczy:*

- a) wykonania robót niezgodnie z zamówieniem [specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz dokumentacja projektowa] lub z warunkami bezpieczeństwa,*
- b) wystąpienia warunków atmosferycznych, mogących wpłynąć na pogorszenie jakości robót,*
- c) innych przypadków-określonych przepisami prawa budowlanego.*

*5.5.3. Inspektor Nadzoru Inwestorskiego może polecić Wykonawcy wstrzymanie robót lub ich dowolnej części na okres, który uzna za konieczny, a także polecić zabezpieczenie robót na czas wstrzymania ich dalszego wykonywania, w sposób który uzna za właściwy.*

Powyższe zapisy Umowy pozwalają, zdaniem Odwołującego, Zamawiającemu na wstrzymanie robót jednocześnie nie dając Wykonawcy prawa domagania się przedłużenia terminu realizacji inwestycji czy żądania zwrotu kosztów przestoju [przede wszystkim w przypadku wystąpienia wskazanych warunków atmosferycznych oraz innych przypadków określonych przepisami prawa budowlanego]. Konieczność wstrzymania Robót nie musi wynikać, zgodnie z proponowanym zapisem, z okoliczności leżących po stronie Wykonawcy, Podnieść trzeba, że rozwiązanie takie godzi w interes Wykonawcy, a także w przepisy Prawa zamówień publicznych, gdyż Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć czy i na ile roboty zostaną przerwane i uwzględnić ryzyka w cenie podanej w ofercie. Niemożliwość wyliczenia ceny ofertowej na podstawie postanowień SIWZ przygotowanych przez Zamawiającego narusza niewątpliwie art. 29 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia punktów 5.5.1, 5.5.2,5.5.3.

**Zarzuty kierowane wobec brzmienia wzoru umowy, nie zasługują na uwzględnienie.**

Biorąc pod uwagę zarzuty postawione wobec postanowień wzoru umowy,

nakierowane na wykazanie naruszenia przepisów art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego w związku z art. 647<sup>1</sup> i art. 5 Kodeksu cywilnego oraz w związku z art. 139 ust. 1 ustawy poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współzycia społecznego, podkreślenia wymaga, w zakresie podniesionych wyżej zarzutów, że zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, to jest dla zaspokojenia określonych potrzeb publicznych. W konsekwencji, kształtowanie poszczególnych postanowień umownych nie jest działaniem dowolnym, pozostającym w sferze swobody stron i podlegającym negocjacjom, zaś ich treść musi mieć zawsze oparcie w uzasadnionych potrzebach zamawiającego, które mają zostać zaspokojone w wyniku postępowania. Szczególny charakter umów w sprawie zamówienia publicznego wynika przy tym z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. W tym kontekście należy oceniać zgodność postanowień wzoru umowy z normami kodeksu cywilnego, które znajdują do nich zastosowanie na mocy art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie nie uregulowanym przepisami tej ustawy. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z istoty wyrażają w pierwszym rzędzie interes zamawiającego – on to bowiem, jednostronnie określa swoje potrzeby dokonując opisu przedmiotu zamówienia, zaś wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu mogą przystąpić do tak określonych warunków, co nie uchybia zasadzie swobody umów, również z tego powodu, że wobec wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca może nie złożyć oferty na ustalonych przez Zamawiającego warunkach. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest przede wszystkim realizacja uzasadnionych potrzeb zamawiającego a nie umożliwienie wykonawcy ukształtowania dogodnych warunków, w tym dotyczących przedmiotu zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków przyszłego stosunku umownego, kształtowaniem go na zasadach określonych w art. 353<sup>1</sup> kc. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub nie wykazać zainteresowania postępowaniem. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. Ograniczenie stosowania wskazanych zasad prawa cywilnego w postępowaniu o zamówienie publiczne jest przy tym podkreślane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej [przykładowo: wyroki z dnia 4 października 2010 r. w spr. KIO 2036/10, z dnia 28 lutego 2012r. w spr. KIO 229/12, 238/12, 239/12, 242/12, 245/12, 247/12, z dnia 20 czerwca 2012 r. w spr. KIO 1157/12, z dnia 4 września 2013 r. w spr. KIO 2010/13 i KIO 2017/13]. Stąd nie mogły zostać uwzględnione zarzuty naruszenia art. 353<sup>1</sup> kc, dotyczące naruszenia równości stron stosunku cywilnoprawnego, także zarzut naruszenia art. 5 KC.



Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. [sygn. akt XII Ga 314/11], w którym zostało wskazane, że: *„Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów [a tak jest w niniejszej sprawie], Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”*. Podobne wnioski płyną z treści wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. [sygn. akt X Ga 67/08], w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: *„Skarżący kluczowym zarzutem skargi czyni zarzut naruszenia normy art. 353<sup>1</sup> k.c. statuującej zasadę swobody umów i równouprawnienia stron stosunku obligacyjnego. W ocenie Skarżącego za niedozwolone na gruncie powołanego przepisu należy uznać rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez Zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy. Od razu nasuwa się doniosłe praktyczne pytanie o zakres kontraktowej swobody stron stosunku prawnego nawiązanego wskutek udzielenia zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów [art. 353<sup>1</sup> k.c.], które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”*. Z powyższego wynika, iż w kwestii postanowień umowy w ramach zamówień publicznych interes publiczny, który reprezentuje zamawiający przeważa nad interesem wykonawców. Izba wskazuje, iż wykonawca przy umowie adhezyjnej nie ma w zasadzie wpływu na jej

kształt lecz ekwiwalentność świadczenia wzajemnego jakie ma uzyskać kreuje określając swoje wynagrodzenie. Zatem stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy.

Stąd zarzuty, kwestionujące poszczególne postanowienia umowne nie mogły wywołać rezultatu w postaci ich zmiany.

Dostrzeżenia naatępnie wymaga, że Zamawiający jest uprawniony do skonstruowania własnej definicji podwykonawcy i do zaakceptowania umowy z podwykonawcą nie tylko robót budowlanych, co nie może być postrzegane jako naruszenie przepisu art. 647<sup>1</sup> Kc. Trafnie dostrzegł Zamawiający, że przepis ten odnosi się do umowy o roboty budowlane i faktycznie odmienne postanowienia w umowie są nieważne, ale tylko w razie wyłączenia czy ograniczenia w umowie obowiązków wynikających z art. 647<sup>1</sup> Kc,\. Nie stoi to jednak na przeszkodzie, by zasady uregulowane w tym przepisie przenieść na inne świadczenia [dostawy, usługi], mające istotne znaczenie dla powodzenia projektu. Zamawiający wykazał, że w celu zminimalizowania zagrożeń we współpracy wykonawcy z usługodawcami i dostawcami, objął definicją „podwykonawcy” także te podmioty, jako mające istotne znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy i wprowadził mechanizm kontroli umów podwykonawczych, w szczególności w zakresie zapłaty na rzecz podwykonawców należnego im wynagrodzenia. Powyższy problem nabiera szczególnego znaczenia w świetle założonego terminu wykonania umowy i skutków jego naruszenia wynikających z umowy o dofinansowanie projektu.

Niezależnie od tego, w celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych Zamawiający zmodyfikował SIWZ w zakresie pkt 6.5.1. wzoru umowy, doprecyzowując go w następujący sposób:

*„6.5.1, Postanowienia pkt 6.2, 6.3, 6.4 i 6.5 niniejszej umowy mają zastosowanie w przypadku zawarcia umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem jest realizacja zadań wynikających z przedmiotu zamówienia w zakresie dostaw i usług, jeżeli wartość zawartej umowy z Podwykonawcą jest większa niż równowartość 40 000,00 EURO.*

Podobnie należało ocenić, kwestionowane przez Odwołującego postanowienia dotyczące uprawnień Inspektora Nadzoru do dokonywania korekt faktur. Podzielono stanowisko Zamawiającego, że Inspektorowi Nadzoru nie przyznano prawa do zmiany wynagrodzenia wykonawcy, a jedynie do korekt faktur w powiązaniu z zasadami rozliczeń i wystawiania faktur opisanych w pkt 9 umowy. Przyznano zatem Inspektorowi Nadzoru czuwanie, w imieniu Zamawiającego, nad prawidłowością wystawionych faktur.

Także zastrzeżenia wobec tych postanowień wzoru umowy, które dotyczą wysokości kwot zafakturowanych miesięcznie nie zasługują na uwzględnienie - strony umowy mogą bowiem dowolnie umówić się w zakresie rozliczenia umowy, w szczególności w świetle art. 642 Kc, zgodnie z którym w braku odmiennej umowy przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie w chwili oddania dzieła. Zamawiający, po analizie zarzutów odwołania doprecyzował pkt 11.4 wzoru umowy, w następujący sposób:

*„Ustala się, że w miesiącu kalendarzowym zostanie wystawiona tylko jedna faktura za wykonane roboty, w kwocie nie większej niż:*

- A) faktury wystawiane w I kwartale 2014 roku - 3% oferowanej kwoty brutto, z zastrzeżeniem pkt 11,12 poniżej,*
- B) faktury wystawiane od II kwartału 2014 roku do II kwartału 2015 roku - 3% oferowanej kwoty brutto,*
- C) faktury wystawiane w III kwartale 2015 roku - 10% oferowanej kwoty brutto,*
- D) Płatność końcowa - ostatnia faktura wyrównująca."*

Również zarzuty kierowane wobec postanowień wzoru umowy, dotyczących poleceń Inspektora Nadzoru do podjęcia działań mających na przyspieszenie tempa robót nie zasługują na akceptację. Jak wskazał Zamawiający, wskazany zapis odnosi się wyłącznie do sytuacji, gdy jest zagrożone terminowe wykonanie umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, tj. w sytuacji gdy wykonawca nie ma roszczenia o przedłużenia terminu wykonania umowy na podstawie pkt 16.3 umowy. Tym samym, zapis ten ma charakter dyscyplinujący wykonawcę na wypadek nienależytego wykonania umowy przez niego, co wprost koresponduje z regulacjami z art. 635 i 636 Kc, Inspektor Nadzoru odpowiada za terminową realizację umowy i jeżeli widzi zagrożenie, to musi polecić przyspieszenie tempa prac czy wręcz zastosować program naprawczy na koszt wykonawcy. Zapis ten nie będzie miał zastosowania w razie wykonywania umowy przez wykonawcę zgodnie z

harmonogramem, tym samym nie sposób w tym miejscu mówić o naruszeniu art. 29 ust. 1 ustawy.

Podobnie oceniono zastrzeżenia Odwołującego co do pkt 5.5.1 umowy, dotyczącego polecenia Inspektora Nadzoru zawieszenia robót. Zamawiający przekonująco wykazał, że wskazany zapis odnosi się wyłącznie do sytuacji, gdy jest zagrożone należyte wykonanie umowy z przyczyn zależnych od wykonawcy, co zostaje podkreślone w zdaniu pierwszym „*Jeżeli Wykonawca zignoruje uzasadnione żądania Inspektora Nadzoru dotyczące wykonania robót...*” Tym samym zapis ten ma być dyscyplinującym wykonawcę na wypadek nienależytego wykonania umowy [np. niezgodność z zamówieniem, przepisami bhp, etc]. Chodzi wyłącznie o sytuacje, gdy Wykonawca nie ma prawa domagania się przedłużenia terminów realizacji zamówienia. Wykonawca przy opracowywaniu sposobu prowadzenia prac musi brać pod uwagę warunki atmosferyczne panujące na danym terenie [średnie temperatury roczne, dzienne, ilość opadów, rozkład opadów w roku, etc, wiatr, warunki gruntowe itp.] i tylko drastyczne odstępstwa od typowych warunków atmosferycznych na danym terenie mogą być podstawą do roszczenia o przedłużenie terminu realizacji. Innymi słowy, zapis ten nie wyłącza roszczeń Wykonawcy o zmianę umowy w razie wystąpienia okoliczności mających wpływ na termin wykonania umowy, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Reasumując, nie znalazły potwierdzenia zarzuty kierowane wobec wskazanych postanowień wzoru umowy.

Ponieważ znalazły potwierdzenie zarzuty naruszenia art. 91 ustawy w związku z art. 7 ustawy poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert w sposób niezgodny z tym przepisem i w sposób faworyzujący technologię oferowaną przez konkretnego producenta, w zakresie kryterium jakościowego T3, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy], uwzględniono odwołanie. Orzeczono tym samym o nakazaniu Zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polegającej na wyeliminowaniu z kryterium T3 *Ogrzewanie komory fermentacyjnej* elementów tego kryterium, postawionych bez rzeczowego uzasadnienia, pozwalających na jednoznaczną ocenę, jaką wartość dla przedmiotu zamówienia [jego wyższą jakość], pociąga za sobą zastosowanie określonego, wyrażonego w tym kryterium sposobu ogrzewania komory fermentacyjnej.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

**Skład orzekający:**