

WYROK
z dnia 16 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek (lider), 2) Invest Development Sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – EKO-Region Sp. z o.o., ul. Bawełniana 18, 97-400 Bełchatów**,

przy udziale wykonawcy **J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy "GRAJAN" J. G., Sierniki 1, 64-610 Rogoźno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – EKO-REGION Sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Zakładu Zagospodarowania i Unieszkodliwiania Odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Julków gm. Skierniewice”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 listopada 2014 r., pod nr 2011/S 216-373039.

W dniu 27 lutego 2015 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) M. Sp. z o.o., ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek (lider), 2) Invest Development Sp. z o.o., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. Z art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z brzmieniem pkt. VI ppkt. 1 2) lit. b) SIWZ, poprzez uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na skutek braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, oraz konsekwentnie z tego wywiódł brak spełnienia warunku przez wskazanego Kierownika budowy (pkt. VI ppkt. 3 1 lit. a) siwz)
- 2) art. 22 ust. 4 ustawy poprzez uznanie, że warunek udziału w postępowaniu musi być identyczny jak przedmiot, a nie „podobny” lub „tożsamy” z przedmiotem zamówienia,
- 3) naruszenie art. 38 ust. 4 ustawy, poprzez dokonanie zmiany treści siwz po terminie składania ofert,

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie Zamawiającemu, unieważnienia czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania,

- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Konsorcjum i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedstawionej na rozprawie.

W uzasadnieniu Odwołujący przytoczył następujące argumenty:

Wskazano, że Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w pkt. VI ppkt. 1 2) lit. b) SIWZ, bowiem zdaniem Zamawiającego przedstawiona w wyniku uzupełnienia treści oferty inwestycja pn. „Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów komunalnych wraz ze składowiskiem odpadów w Siedliskach k/Elku” różni się konstrukcyjnie.

Zdaniem Zamawiającego z brzmienia postanowienia siwz:

„(...)jedną robotą budowlaną polegającą na wybudowaniu kompostowni odpadów (tunelowej) z placem dojrzewania, wyposażonej w układ napowietrzenia i oczyszczania powietrza w biofiltrze lub urządzeniu równoważnym, wyposażonej w automatyczny system sterowania monitorujący minimum temperaturę, tlen i pracę wentylatorów (wykaz robót z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców), poświadczonej pozytywną referencją inwestora o wartości minimum 8.000.000,00zł. netto dla roboty budowlanej”

wynika, że „Zamawiający oczekiwał od wykonawcy posiadania doświadczenia w wybudowaniu podobnego do oczekiwanego obiektu, dla którego Zamawiający opracował Projekt budowlany i opis przedmiotu zamówienia wraz z opisem rozwiązań równoważnych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W SIWZ opisano wymagania dla „tuneli kompostowni” wyjaśniające, że są to „tunele żelbetowe”, „naziemne moduły” stanowiące reaktor zamknięty. W projekcie budowlanym podano również szczegółowy opis instalacji. Zamawiający precyzyjnie opisał definicję „kompostowni tunelowej” w siwz oraz w Projekcie budowlanym”.(cyt. int. o wykluczeniu str.10-11).

Wobec powyższego stanowiska Zamawiającego Odwołujący wskazał, że Zamawiający pomylił instytucje prawa materialnego wynikające z ustawy Pzp, a mianowicie materialne przesłanki wykluczenia - które muszą odnosić się do treści warunku udziału w postępowaniu wskazanego w treści siwz, z instytucją opisu przedmiotu zamówienia, którego niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Odwołujący wskazał, że wykluczenie z postępowania zostało dokonane z naruszeniem prawa, bowiem w siwz w zakresie opisywanego warunku udziału w postępowaniu, brak jest takich wymogów na jakie odwołując się do projektu budowlanego i opisu przedmiotu zamówienia, który będzie dopiero efektem realizacji umowy w ramach tego

zamówienia wskazuje Zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania.

Zamawiający uzasadniając wykluczenie Konsorcjum powołuje się na opinię biegłych, który powołując się na projekt dotyczący realizacji mającej powstać wskazują na rozbieżności pomiędzy realizacją wskazaną w wykazie a projektowaną.

Odwołujący podkreślił, że pomimo użycia sformułowania Biegli - osoby te prezentują opinie prywatne, będące stanowiskiem strony. Nie są to bowiem biegli w rozumieniu przepisów KPC, a ponadto powoływanie biegłych i prezentowanie ich wiedzy nie ma żadnego znaczenia. Zamawiający tych wszystkich elementów na które wskazuje w informacji o wykluczenia, czy tych o których piszą biegli nie zawarł w treści warunku udziału w postępowaniu,

Odwołujący wskazał, że dokonywanie w chwili obecnej interpretacji postanowień siwz i odwoływanie się do jej postanowień, które nie stanowiły treści warunków jest nieuzasadnioną zmianą treści siwz po terminie składania ofert. Tym bardziej, że Zamawiający wykluczył z tego powodu niemalże wszystkich wykonawców, których oferty były tańsze od wybranego, pozostawiając tylko tego, który już wcześniej realizował inwestycje dla Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że opisanie warunków udziału w postępowaniu to jeden z najważniejszych segmentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opis warunków udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz wskazanie wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu należy do praw, ale i obowiązków Zamawiającego. Warunki udziału w postępowaniu muszą być przede wszystkim precyzyjne określone, bowiem ma to na celu zarówno ochronę interesów potencjalnych wykonawców zgłaszających się do udziału w postępowaniu, jak również zabezpiecza dobrze pojęty interes Zamawiającego w przeprowadzeniu postępowania, którego celem jest zawarcie umowy, a następnie jej realizacja. Warunki udziału w postępowaniu (w szczególności w zakresie doświadczenia wykonawców) muszą korelować z przedmiotem zamówienia. W rzeczywistości zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu posługując się różnymi określeniami, o ile jest to niezbędne do jasnego, precyzyjnego określenia warunku (tak w wyroku KIO/UZP 78/08).

Wskazano następnie, że jeżeli jednak zamawiający nie dokona konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu, a tym samym opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków nie ma prawa oceniać złożonych ofert przez pryzmat swoich intencji. Zamawiający nie zdefiniował również swoich oczekiwań, na jakie obecnie powołuje się wykluczając Konsorcjum z postępowaniu w treści swiz odnoszącej się do opisu sposobu

dokonywania oceny spełniania warunków.

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w siwz w części definiującej warunki przystąpienia do postępowania nie zawierał definicji „kompostownia tunelowej”. Powoływanie się na opis przedmiotu zamówienia, byłoby dopuszczalne, gdyby zarzutem Zamawiającego, była sprzeczność treści oferty z wymogami w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, a takich zarzutów Zamawiający nie stawia. Zamawiający tym samym nie ma żadnych wątpliwości, że wybudowana kompostownia, będzie zgodna z projektem budowlanym, zrealizowana zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i w oparciu o technologie opisane w siwz. Nie było zaś warunkiem udziału w postępowaniu legitymowanie się posiadaniem doświadczenia w realizacji identycznej, jaką Zamawiający już wcześniej zrealizował, a do tego de facto sprowadza się ocena warunków Zamawiającego. Przyjął on bowiem, że jedynym podmiotem posiadającym wystarczające kompetencje jest firma, która wcześniej zrealizowała Kompostownię na zlecenie Zamawiającego. W przekonaniu Odwołującego Zamawiający posiadając wiedzę, że ujawnienie na etapie opublikowania siwz warunków, które będą wskazywały na jednego wykonawcę zostanie zaskarżone, bowiem narusza to zasady udzielania zamówień publicznych, próbuje w chwili obecnej powołując się na wiedzę merytorycznych ekspertów zdyskredytować wiedzę i doświadczenie m.in. Konsorcjum.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy jest jasny i oznacza, że tylko Wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Z tym jednak, że warunki te muszą być opisane w siwz, zaś warunków na jakie powołuje się Zamawiający w treści rozdziału VI nie ma. Tak więc artykuł 22 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do tego, by sporządzony przez niego opis warunku był: 1) proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i 2) związany z zamówieniem. Aby wypełnić wymienione wymogi. Zamawiający może żądać od wykonawców jedynie tego, co jest faktycznie konieczne do wykonania konkretnej umowy. Nie ma żadnego uzasadnienia wymagania wykazania się wiedzą i doświadczeniem większymi niż jest to niezbędne do realizacji zamówienia lub identycznym z jego przedmiotem. Takie działania Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji. Zgodnie z utrwalonym poglądem warunek będzie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia wtedy, kiedy będzie mógł mu sprostać każdy wykonawca faktycznie zdolny do realizacji prac, a nie tylko ten, który wykonał zamówienia maksymalnie i pod każdym względem zbliżone do tego aktualnie nabywanego w postępowaniu. "Wymagania odnoszące do się do przedmiotu zamówienia nie stanowią warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. „(wyrok KIO z dnia 1 1.08.2014 r. sygn.. akt. KIO 1510/14).

Ponadto istotny w danej kwestii jest również, inny pogląd Krajowej Izby Odwoławczej: "Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania." (wyrok KIO z dnia 5.00.2014 r. sygn.. akt. KIO 938/14)

Zasadnym w niniejszym stanie faktyczne jest przytoczenie poglądu prezentowanego przez Krajową Izbę odwoławczą w wyroku z dnia 20.08.2014 r. (sygn. Akt. KIO 1608/14), w którym Izba odnosząc się do zależności pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia, dopuszczeniem zaoferowania rozwiązań równoważnych do wymaganych, oraz stawianych warunków udziału w postępowaniu zaprezentowała następujące poglądy: „1. Nie może zasługiwać na akceptację działanie, które z jednej strony przewiduje możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego w ramach realizacji zamówienia, a jednocześnie w ramach warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie dopuszcza możliwości powoływanie się na dostawę i wdrożenie rozwiązań równoważnych. 2) Skoro zamawiający już na etapie ogłoszenia o zamówieniu przewiduje możliwość otrzymania rozwiązania równoważnego, to niezasadne jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu jedynie wykonawców posiadających wiedzę i doświadczenie w zakresie rozwiązania preferowanego – które ostatecznie może nie być przedmiotem dostawy i wdrożenia, jeżeli postępowanie wygra wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne. 3) Zapewnienie możliwości zweryfikowania wiedzy i doświadczenia w realizacji rozwiązań równoważnych - skoro możliwość ich dostawy została przewidziana - pozostaje w istocie w interesie samego zamawiającego. Zakładając dopuszczalność rozwiązania równoważnego, zamawiający ma wówczas możliwość sprawdzenia, czy dany wykonawca ma rzeczywiście doświadczenie i wiedzę w tym zakresie, a w konsekwencji, czy jest zdolny należycie wykonać przedmiot zamówienia. 4) Skoro zamawiający w opisie zamówienia dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych, to tym samym warunkiem, opis sposobu dokonywania oceny jego spełniania powinien również dopuszczać możliwość wykazania się doświadczeniem w rozwiązaniach równoważnych. Zamawiający nie może w oderwaniu od faktycznego zapotrzebowania (opisu zamówienia) formułować treści warunków udziału w postępowaniu w sposób, który de facto powoduje, iż wymagane doświadczenie odbiegało będzie od przedmiotu, który będzie przedmiotem dostawy czy usługi”.

W kontekście powyższych argumentów Odwołujący podniósł, że bezzasadny jest również zarzut stawiany w odniesieniu do wskazanego na stanowisko kierownika budowy Pana J. J., osoba ta bowiem posiada wymagane w siwz doświadczenie. Konsorcjum, bowiem zarówno w odniesieniu do warunku wiedzy i doświadczenia jak i osoby kierownika budowy przedstawił realizacje w pełni potwierdzającą wymagania zamawiającego.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wykluczył go z postępowania, na podstawie nieistniejących postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu. W treści wykluczenia oraz powołując się na opinie Biegłych odwołuje się do treści stanowiących opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków, na etapie weryfikacji ofert stworzył nowe brzmienie treści siwz, poprzez zdefiniowanie, że warunki udziału w postępowaniu może spełnić tylko taki wykonawca, które zrealizował kompostownie tunelową o konstrukcji identycznej jak projektowana.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający podniósł w pierwszej kolejności brak spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp. Odnosząc się do podniesieniu zarzutów wskazano z kolei, że określając warunek udziału w postępowaniu Zamawiający oczekiwał od wykonawcy posiadania doświadczenia w wybudowaniu podobnego do oczekiwanego obiektu, dla którego opracowano Projekt budowlany i opis przedmiotu zamówienia wraz z opisem rozwiązań równoważnych w SIWZ. Podkreślono, że w treści specyfikacji definicja „kompostowni tunelowej” została precyzyjnie opisana. Zamawiający powtórzył, że przedstawiona przez Odwołującego robota nie potwierdzała spełnienia warunku, gdyż zastosowano tam technologię w postaci hal z boksami otwartymi i przrzucaniem dynamicznym. To zaś nie wypełnia pojęcia „kompostowni tunelowej”. Innymi słowy tunel to nie hala z otwartymi boksami.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że w branży zajmującej się szeroko rozumianą gospodarką odpadami powszechnie funkcjonuje wiele określeń, gdzie wskazując na owo określenie wiadomo, jaka jest jego specyfikacja, jego cechy charakterystyczne. Z taką sytuacją mamy do czynienia przy określeniu rodzaju kompostowni. Generalnie kompostownie odpadów można podzielić na kilka grup, tj. kompostownie przyzmore – otwarte, kompostownie w halach, kompostownie tunelowe, kompostownie rękawy i tzw. kocyki, czyli kompostownie otwarte przykryte odpowiednim rodzajem materiału. Używając określenia np. kompostownia w hali, pod tym sformułowaniem rozumie się kompostownie, które konstrukcyjne są tak zaprojektowane, by proces kompostownia odbywał się, jak sama nazwa wskazuje w hali. Jest kilku producentów, którzy oferują tego typu

instalacje. Drugi rodzaj kompostowni to kompostownie tunelowe – jak sama nazwa wskazuje technologia opiera się na wybudowaniu tuneli, w których odbywa się kompostowanie (tuneli, czyli konstrukcyjnie specyficznych obiektów zamkniętych dachem, tak żeby w każdym z tuneli można było prowadzić niezależny proces kompostowania w określonych warunkach technologicznych). Na rynku jest kilku dostawców takich technologii. Podkreślono, że jest jednoznaczna różnica dotycząca kompostowni tunelowych i kompostowni, gdzie proces prowadzony jest jedynie w hali. Pojęcie „kompostowni tunelowych” i odróżniających się od nich „kompostowni w hali” używa wielu producentów tego rodzaju technologii. Pojęcie „kompostowni tunelowej” powszechnie funkcjonuje także w nauce. Wyraźnie wskazuje się na różnice pomiędzy wspomnianą technologią a „kompostowniami w hali”. Na takie różnice wskazuje m.in. prof. A. Ję. w jednej ze swoich publikacji, gdzie kompostownie w hali w otwartych boksach traktuje, jako kompostownie rzędowe w boksach. Jeżeli boksy zostałyby zadane to stałyby się niezależnymi tunelami (publikacja pn. Biologiczne przetwarzanie odpadów – A. Jędrzak, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2007 r.).

Zamawiający podniósł także, że trudno nie zauważyć, że Odwołujący nie miał żadnych wątpliwości, co oznacza kompostownia tunelowa, skoro takową zaproponował w swojej ofercie. Natomiast w złożonym wykazie na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia wskazuje inne rozwiązanie technologiczne i konstrukcyjne (kompostownia w hali) mylnie określając je, jako kompostownię tunelową.

Wskazano następnie, że wobec powyższego, posłużenie się przez Zamawiającego pojęciem „kompostowni odpadów tunelowej” nie stanowi, wbrew twierdzeniem Odwołującego, jednoczesnego braku wskazania wymogów, jakich spełnienia Zamawiający oczekiwał. Odwołujący, jako podmiot uczestniczący w powstawaniu obiektów związanych z unieszkodliwianiem odpadów, oferujący technologię opartą na kompostowni tunelowej, a więc takiej samej, jakiej wykazaniem się na potwierdzenie swej wiedzy i doświadczenia oczekiwał Zamawiający, nie może obecnie skutecznie podnosić, że w istocie Zamawiający nie wskazał cech tego rodzaju kompostowni. Cechy bowiem „kompostowni tunelowej” zawarte są już chociażby w samym jej określeniu wskazującym w sposób wyraźny na rodzaj kompostowni. Jak to wcześniej podkreślono, istnieją różnice pomiędzy elementami przedmiotowo istotnymi we wskazanej przez Odwołującego robocie a oczekiwaniami określonymi przez Zamawiającego. Wskazano m.in., że tunele stanowią reaktor zamknięty, w którym następuje stabilizacja i higienizacja wsadu, gdzie szczególne wymagania dotyczą m.in. dachy wykonane w konstrukcji stalowej osłoniętej podwójną warstwą specjalnej membrany. Wskazana w SIWZ technologia daje pewność prowadzenia procesu i jest gwarancją spełnienia wszystkich wymagań krajowych i unijnych. Wykonanie wszystkich elementów oprócz wiedzy i

umiejętności bez wątpienia wymaga doświadczenia w realizacji takich obiektów. Argumentowano również, że wymagania techniczne i konstrukcyjne dotyczące tuneli i wykonania konstrukcji tunelu według SIWZ oraz innych elementów z nim związanych są zdecydowanie różne od realizacji hal, boksów, hal wyposażonych w niezadaszone boksy, rękawów foliowych, itd. Szczególnie sama konstrukcja i rozwiązania zamknięcia tuneli są różne od wykonywanych w/w obiektów i ich elementów przeznaczonych do innych technologii kompostowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp Zamawiający wskazał, że odnosi się on w istocie do treści SIWZ, a termin na zaskarżenie specyfikacji upłynął już w dniu 11 listopada 2014 r. W konsekwencji zarzut ten powinien pozostać pozostawiony bez rozpoznania.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 38 ust. 4 Pzp Zamawiający wskazał, że nie dokonywał zmiany treści specyfikacji po terminie składania ofert. Strona Odwołująca wywodzi, iż ową modyfikację stanowić ma dokonana przez Zamawiającego interpretacja postanowień SIWZ. Zamawiający wskazał więc, że przywołane postanowienia SIWZ następowały stosownie do jego zapisów, które zostały ogłoszone zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp. Po dacie składania ofert żadnej modyfikacji SIWZ Zamawiający nie dokonywał. Jeżeli więc Zamawiający nie dokonywał żadnej modyfikacji to jego działaniom nie można przypisać naruszenia art. 38 ust. 4 Pzp.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Zakład Produkcyjno Usługowo-Handlowy „Grajan” J. G.. Izba stwierdził skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący wskazał m.in., że niedopuszczalne jest formułowanie nowego warunku na etapie oceny ofert. Skoro Zamawiający mówi o doświadczeniu w realizacji obiektu podobnego, to to podobieństwo także nie zostało określone w treści warunku. Zamawiający stwierdził także, że kompostownia ma inną konstrukcję i nie opiera się o technologię Hantsch. W treści warunku w ogóle nie ma mowy o technologii Hantsch. Podkreślono, że Zamawiający określił, że spełnienie warunku będzie badał na podstawie wykazu i referencji. Zarówno wykaz i referencje złożone przez Odwołującego zawierają te elementy i sformułowania, które wynikają z treści warunku. Dokumenty te nie muszą zawierać elementów z opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołując się na opinię biegłych próbuje wykazać, że wskazana

inwestycja w ramach doświadczenia ma odpowiadać przedmiotowi tego zamówienia. Podkreślono także, że nie ma definicji kompostowni tunelowej i to na potrzeby tego postępowania zamawiający tworzy tą definicję i to na etapie oceny ofert. Wskazano, że w tym postępowaniu jest tylko jedna referencja, która brzmi jak warunek i zawiera elementy, które wskazuje obecnie Zamawiający. Jest to referencja udzielona przez Zamawiającego na rzecz Przystępującego. Odnośnie braku pytań o warunek udziału w postępowaniu wskazano, że także w świetle opinii biegłych Zamawiającego warunek był jednoznaczny i nie budził wątpliwości Odwoływającego. Dopiero na etapie oceny spełnienia warunku Zamawiający stworzył nową definicję warunku. Wyjaśniono również, że kompostownia tunelowa różni się tym, że załadunek materiału jest z jednej strony, bez ingerencji innych urządzeń, a urobek wydostaje się z drugiej strony. Z uwagi na to, że nie ma definicji kompostowni tunelowej każdy z dostawców definiuje swój produkt w sposób indywidualny. Jednocześnie Odwoływający wskazał, że usługa wskazana pierwotnie to były tunele zabezpieczone membraną. Były to tunele zadane, natomiast pierwotnie wskazana realizacja nie posiadał biofiltra. W warunku zamawiający wymagał natomiast biofiltra lub urządzenia równoważnego, dlatego Odwoływający zdecydował się na kompostownię w Ełku, która posiada i tunel i biofiltr, by nie musieć udowadniać równoważności oczyszczania powietrza, co jest bardzo trudne.

Zamawiający podniósł m.in., że postępowaniu jeszcze dwóch wykonawców spełniło postawiony warunek. Zapis odnośnie wybudowania kompostowni tunelowej był więc zrozumiały dla wykonawców i nie można uznać, jak teraz twierdzi Odwoływający, że kompostownia tunelowa ma inne znaczenie, np. że są to boksy w hali. Podkreślono, że ustawa Pzp nie zabrania korzystania z biegłych i zarzuty Odwoływającego są w tym zakresie niezrozumiałe. Wskazano również, że kompostowni tunelowych jest bardzo wiele w Polsce, tak więc istnieje szereg technologii odpowiadających treści SIWZ.

Przystępujący stwierdził m.in., że nie jest prawdziwe twierdzenie, że nie ma definicji kompostowni tunelowej. Wskazano, że Odwoływający próbuje rozszerzać w istocie warunki udziału, ponad to, co zastrzegł Zamawiający. Odwoływający niezasadnie dąży do zmiany treści warunku. Argumentowano, że jeżeli Odwoływający miał wątpliwości to mógł zadać pytania na podstawie art. 38 ustawy Pzp, jeżeli zaś uznawał, że warunek ogranicza konkurencję, to mógł złożyć odwołanie na treść SIWZ. Skoro nie zadawał pytań, ani nie skarżył SIWZ, to należy uznać, że czuł się związany treścią SIWZ. Zamawiający warunek interpretuje w sposób jednoznaczny, co potwierdza fakt, że wykluczył na tej podstawie także innych wykonawców. Podkreślono jednocześnie, że Odwoływający nie może przerzucać skutków swoich zaniechań na Zamawiającego oraz, że uczestnicy postępowania to doświadczone firmy, dlatego nikt nie zadawał pytań co do treści warunku, gdyż każdy wiedział, co to jest konstrukcja tunelowa.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa przez wykonawcę zakładu zagospodarowania i unieszkodliwiania odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w miejscowości Julków, gm. Skierniewice. Przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem posadowienie przez wykonawcę m.in. kompostowni tunelowej, w tym: a) roboty ogólnobudowlane, b) plac dojrzewania, c) dostawę i montaż pełnej technologii do stabilizacji tlenowej odpadków (układ napowietrzania i oczyszczania powietrza w biofiltrze).

W wytycznych technologicznych technologii kompostowania Zamawiający wskazał m.in., że tunele (boksy) stanowią reaktor zamknięty, w którym następuje stabilizacja i higienizacja wsadu. Tunele pozwalają na oszczędność miejsca (znaczenie skracają proces dojrzewania w przyzmacz). Wsad dostarczony jest do tuneli przy pomocy ładowarki kołowej (optymalizacja kosztów). Dach wykonany jest w konstrukcji stalowej osłoniętej podwójną warstwą specjalnej membrany. Kolejnym elementem, który gwarantuje spełnienie wymagań prawnych oraz zminimalizowanie uciążliwości dla ludzi i środowiska jest system ujęcia powietrza poprocesowego i jego oczyszczenia w biofiltrach. Powietrze z tuneli będzie zasysane i kierowane do biofiltra (biofiltr pionowy). Biofiltr zagwarantuje zminimalizowanie wszelkich uciążliwości dla otoczenia.

(Sekcja III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia).

W ramach warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Zamawiający zastrzegł, że oceni czy wykonawca spełni warunek, jeżeli wykonawca udowodni, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej m.in.:

- b) jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu kompostowni odpadów (tunelowej) z placem dojrzewania, wyposażonej w układ napowietrzania i oczyszczenia powietrza w biofiltrze lub urządzeniem równoważnym, wyposażonej w automatyczny system sterowania monitorujący minimum temperaturę, tlen i pracę wentylatorów (wykaz robót z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorców), poświadczonej pozytywną referencją inwestora o wartości minimum 8.000.000,00 zł netto dla roboty budowlanej.

W ramach warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznych oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia Zamawiający zastrzegł m.in. wymóg dysponowania:

- a) Kierownikiem budowy – posiadającym następujące doświadczenie i kwalifikacje: minimum 5 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót w robotach konstrukcyjno-budowlanych, w tym przy minimum 1 zadaniu polegającym na zrealizowaniu inwestycji związanej z budową kompostowni odpadów tunelowej z placem dojrzewania wyposażonej w układ napowietrzania i oczyszczania powietrza w biofiltrze lub urządzeniu równoważnym, wyposażonej w automatyczny system sterowania monitorujący minimum temperaturę, tlen i pracę wentylatorów.

Zamawiający określił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów.

Ocena spełnienia warunków udziału zostanie dokonana w oparciu o informacje zawarte w dokumentach złożonych przez wykonawcę.

Zamawiający zastrzegł, że wezwie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

(Sekcja VI pkt 2 SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków).

Jako kryteria oceny ofert Zamawiając przyjął: cenę z wagą 85% i termin realizacji z wagą 15%.

Termin składania ofert został ustalony na dzień 16 grudnia 2014 r., do godz. 10:00.

W dniu 15 grudnia 2014 r. Odwołujący złożył ofertę z ceną 27.050.635,95 zł brutto oraz terminem realizacji: 9 miesięcy.

W wykazie robót złożonym wraz z ofertą Odwołujący wskazał – w odniesieniu do warunku z Sekcji VI ppkt 1 2) lit. b) SIWZ – inwestycję pn. „Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Rudno II etap – roboty budowlano-montażowe realizowane w ramach projektu „Budowa systemu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie związku gmin regionu ostródzko-iławskiego czyste środowisko etap II”.

Pismem z dnia 9 stycznia 2015 r., Zamawiający wezwał Odwołujące, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień, czy ww. inwestycja polegała m.in. na budowie kompostowni odpadów (tunelowej) z placem dojrzewania, wyposażonej w układ napowietrzania i oczyszczania powietrza w biofiltrze, wyposażonej w automatyczny system sterowania monitorujący minimum temperaturę, tlen i pracę wentylatorów, wraz z podaniem wartości tej roboty.

W odpowiedzi, pismem z dnia 15 stycznia 2015 r. Odwołujący złożył nowy wykaz uzupełniony o inwestycję pn. „Budowa Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych

wraz ze składowiskiem odpadów w Siedliskach k/Ełku”. Wraz z wykazem Odwołujący złożył datowane na 15 grudnia 2014 r. zobowiązanie podmiotu trzeciego do udzielenia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji ww. inwestycji oraz referencję Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami „Eko-Mazury” Sp. z o.o.

Pismem z dnia 20 stycznia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, wyjaśnień wskazując, że z załączonej referencji nie wynika jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia była robota budowlana polegająca na wybudowaniu kompostowni odpadów (tunelowej) z placem dojrzewania, wyposażonej w układ napowietrzania i oczyszczania powietrza w biofiltrze lub urządzeniu równoważnym, wyposażonej w automatyczny system sterowania monitorujący minimum temperaturę, tlen i pracę wentylatorów, a jedynie projekt, produkcja podstawowego wyposażenia, dostawy, montaż oraz rozruch kompletnej linii technologicznej do sortowania zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zbieranych selektywnie pochodzących z gospodarstw domowych. W treści wezwania wskazano, że Zamawiający w treści warunku wyraźnie zaznaczył tym kompostowni, jaka podlega ocenie, tymczasem z dokumentów złożonych wynika, że wybudowana kompostownia różni się konstrukcyjnie.

W odpowiedzi, pismem z dnia 22 stycznia 2015 r., Odwołujący wskazał m.in., że z treści listu referencyjnego wynika, że instalacja do sortowania odpadów zmieszanych jest połączona funkcjonalnie i procesowo w sposób automatyczny z instalacją do intensywnej stabilizacji tlenowej odpadów komunalnych i niezależnego kompostowania odpadów zielonych w zautomatyzowanym zamkniętym, dynamicznym systemie tunelowym Biofix zlokalizowanym w hali o przepustowości 21.000 Mg. Jak wynika z powyższego wybudowana kompostownia jest kompostownią tunelową. Ponadto, Odwołujący odnosząc się do wskazania przez Zamawiającego, że w treści warunku wyraźnie zaznaczył typ kompostowni oraz, że podana inwestycja różni się konstrukcyjnie, podniósł, że Zamawiający nie wskazał w warunku udziału w postępowaniu jakichkolwiek elementów konstrukcyjnych kompostowni. Jednocześnie, w celu rozwiania wątpliwości Odwołujący załączył fragment Projektu budowlanego dotyczącego ww. inwestycji, w którym jak wynika z pkt 4 – Opis projektowanego procesu kompostowania – w ramach budowy był projektowany system kompostowania tunelowego i w oparciu, o który wykonawca referencyjną robotę wykonał, wraz z uzyskaniem dla niej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Zamawiający powołał w toku postępowania biegłych, którzy przygotowali dwie opinie dotyczące 1) różnicy pomiędzy obiektem budowlanym jakim jest tunel, a innymi obiektami budowlanymi (hala, boksy w hali, otwarte boksy w hali, itp. w aspekcie wymagań określonych w SIWZ oraz 2) wskazania i udowodnienia różnicy pod względem konstrukcyjnym i

zastosowanej technologii prowadzenia stabilizacji tlenowej odpadów pomiędzy określonym przez Zamawiającego warunkiem udziału a innymi technologiami kompostowania odpadów przebiegającymi w hali kompostowni, w hali wyposażonej w niezadaszone boksy, w rękawach foliowych przy pomocy innych technologii prowadzenia stabilizacji tlenowej odpadów od wskazanej przez Zamawiającego.

Zamawiający określił w treści SIWZ możliwość złożenia oferty równoważonej w przypadku technologii kompostowania wskazując na wymagane parametry techniczne, technologiczne, cechy jakościowe oraz parametry użytkowe i funkcjonalne stanowiące podstawę oceny i uznania instalacji, urządzeń, maszyn, wyposażenia, materiału za równoważne.

Pismem z dnia 17 lutego 2015 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty – Zakładu Produkcyjno Usługowo-Handlowego „Grajan” J. G., jednocześnie informując o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający przytoczył treść warunku z Sekcji VI ppkt 1 2) lit. b) SIWZ, wskazał na usługę pierwotnie wskazaną przez Odwołującego, fakt wezwania do wyjaśnienia oferty, usługę wskazaną w ramach uzupełnienia oraz wyjaśnień udzielonych wobec nowo wskazanej inwestycji. Zamawiający wskazał następnie, że określając warunek oczekiwał od wykonawcy posiadania doświadczenia w wybudowaniu podobnego do oczekiwanego obiektu, dla którego Zamawiający opracował Projekt budowlany i opis przedmiotu zamówienia wraz z opisem rozwiązań równoważnych w SIWZ. W SIWZ opisane są wymagania dla „tuneli kompostowni” wyjaśniające, że są to „tunele żelbetowe”, „naziemne moduły”, stanowiące reaktor zamknięty. W projekcie budowlanym podano również szczegółowy opis instalacji. Zamawiający wskazał, że precyzyjnie opisał definicję „kompostowni tunelowej” w SIWZ oraz Projekcie budowlanym. Zamawiający przytoczył także definicję słowa „tunel” ze słownika języka polskiego PWN. Ponadto, Zamawiający wskazał, że szczególnie istotne od strony funkcji było wskazanie przez Zamawiającego w SIWZ, że tunele kompostowni odpadów mają odpowiadać technologii Hantsch. Jednoznacznie opisana została część wyposażenia technologicznego, w tym system zamknięcia tuneli, składający się z zadaszania z odpowiedniej membrany, rozłożonej na prefabrykowanej konstrukcji stalowej wraz z odwodnieniem dachu od górnej krawędzi ścian żelbetowych oraz podwieszanych i przesuwanych bram o konstrukcji aluminiowej (odpornej na działania NH_3). Opis przedmiotu zamówienia, a szczególnie rozbudowana w tym opisie technologia procesu jest szczegółowa i nie pozostawia wątpliwości, co do wymagań Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że technologia zastosowania w tunelach Biodome jest opatentowana i musi być ściśle przestrzegana w całym procesie. Tunele stanowią reaktor zamknięty, w którym

następuje stabilizacja i higienizacja wsadu, gdzie szczególne wymagania dotyczą m.in. dachu wykonanego w konstrukcji stalowej osłoniętej podwójną warstwą specjalnej membrany. Wskazana w SIWZ technologia daje pewność prowadzenia procesu i jest gwarancją spełnienia wszystkich wymagań krajowych i unijnych. Wykonanie wszystkich elementów oprócz wiedzy i umiejętności bez wątplenia wymaga doświadczenia w realizacji takich obiektów. Dlatego też Zamawiający za w pełni uzasadnione uważa postawione w SIWZ wymaganie, że warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu było przedstawienie chociaż jednego zrealizowanego obiektu referencyjnego, gdzie zostały wykonane elementy o takim samym stopniu skomplikowania i wymaganiach, jakie musi spełniać tunel. Powinna zatem to być tunelowa kompostownia o takiej technologii procesu jak opisana w SIWZ. Zamawiający wskazał następnie, że z informacji posiadanych przez Zamawiającego, sporządzonych przez dwóch niezależnych biegłych, wynika że Zakład Unieszkodliwiania Odpadów w Siedliskach k/Elku nie spełnia warunku określonego w SIWZ z uwagi na zastosowaną technologię – hala z boksami otwartymi i przierzucaniem dynamicznym, nie odpowiadająca definicji „kompostowni tunelowej”. Zamawiający podał, że warunek określony w SIWZ nie może być spełniony bowiem dla instalacji: - w hali kompostowni – z uwagi na fakt, że hala nie stanowi tunelu zgodnie z przytoczonymi definicjami, nie posiada „modułów”, „tuneli żelbetowych”, itp.; - w hali wyposażonej w niezadaszone boksy – z uwagi na fakt, że hala nie stanowi tunelu zgodnie z przytoczonymi definicjami, bez względu na otwarty czy zamknięty charakter boksów, wykonuje się je w technologii odmiennej niż dla obiektu poza halą, narażonego na gorsze warunki atmosferyczne (dotyczy części budowlanych i technologicznych). W związku z powyższym Zamawiający stwierdził, że nie można uznać za wystarczająco spełniony warunek uczestnictwa w przetargu poprzez wskazanie inwestycji w Siedliskach k/Elku, w których stosowane są technologie inne od określonej przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że hale, rozmaite boksy, przeznaczone do innych technologii kompostowania nie mogą być uznane za wystarczająco podobne do tunelu wymaganego dla technologii Biodome. Zamawiający podał także, że wymagania techniczne i konstrukcyjne dotyczące tuneli i wykonanie konstrukcji tunelu według SIWZ oraz innych elementów z nim związanych jest zdecydowanie różne od realizacji najczęściej spotykanych w zakładach unieszkodliwiania lub gospodarki odpadami hal, boksów, hal wyposażonych w niezadaszone boksy, rękawów foliowych, itd. Szczególnie sama konstrukcja i rozwiązanie zamknięcia tuneli (dach, membrana i specjalne bramy o konstrukcji aluminiowej) są różne od wykonywanych w/w obiektów i ich elementów przeznaczonych do innych technologii kompostowania. Zamawiający uznał ponadto, że w związku z nie uznaniem w/w inwestycji nie został potwierdzony przez Odwołującego wymóg dotyczący zasobu dotyczącego dysponowania

odpowiednimi osobami do realizacji zamówienia, gdyż osoba podana przez Odwołującego, była kierownikiem budowa w/w inwestycji, która to inwestycja nie potwierdza wymaganego w SIWZ warunku udziału.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie wniosek Zamawiającego oraz Przystępującego o odrzucenie odwołania oparty na twierdzeniu o zgłoszeniu zarzutu nr 2 odwołania po terminie oraz twierdzeniu o wniesieniu odwołania nie wobec czynności Zamawiającego, ale jedynie skutków tej czynności wynikających z mocy prawa. Zamawiający skoncentrował się w tym przypadku jedynie na pierwszym akapicie odwołania, gdzie faktycznie Odwołujący wskazał na czynność odrzucenia oferty, która w tej sytuacji stanowiła jedynie konsekwencję wykluczenia z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Cała treść odwołania, w tym treść zarzutu 1 odwołania, treść żądań potwierdzała jednak, że przedmiotem odwołania uczyniono właśnie czynność wykluczenia. Odnośnie twierdzeń o spóźnionym podniesieniu zarzutów należy wskazać, że brak na gruncie ustawy Pzp instytucji częściowego odrzucenia odwołania. Ponadto istota podniesionych zarzutów koncentrowała się na interpretacji treści specyfikacji, która w ocenie Odwołującego wykraczała ponad treść warunku i miała zostać rozszerzona na etapie oceny, a tym samym zarzuty te odnosiły się do działań Zamawiającego podjętych i wyrażony w ramach decyzji o wykluczeniu.

W kwestii zarzutu braku posiadania interesu z art. 179 ust. 1 Pzp, należy wskazać, że interes ten oceniany jest na moment wniesienia odwołania. W niniejszej sprawie przesłanki z ww. przepisu zostały spełnione. Skoro Zamawiający przyznał najwięcej punktów i wybrał ofertę wykonawcy, który zaoferował cenę wyższą od Odwołującego, a jednocześnie obaj wykonawcy zaoferowali ten sam termin realizacji (9 miesięcy), to nie ulega wątpliwości, że Odwołujący miał interes w złożeniu odwołania oraz, że została spełniona przesłanka dotycząca możliwości poniesienia szkody. Bez znaczenia przy tej ocenie pozostawał fakt, że w postępowaniu część wykonawców zaoferowała cenę niższą od Odwołującego i nawet przy dłuższym terminie realizacji mogliby oni otrzymać więcej punktów w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert. Wykonawcy ci zostali bowiem wykluczeni przez Zamawiającego, a podstawą decyzji było niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, oparte m.in. na okoliczności nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków. Wykonawcy ci nie odwoływali się

od decyzji Zamawiającego. Na moment wniesienia odwołania w niniejszej sprawie sytuacja została więc tak ukształtowana, że Odwołującemu należało przypisać zarówno posiadanie interesu, jak i możliwość poniesienia szkody – a więc należało uznać wykazanie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Jednocześnie Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy i dopuszczenie dowodu z opinii prof. dr hab. inż. A. J. . Zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Kolejny dowód w sprawie, odnoszący się przy tym do okoliczności wykazywanych już dowodami złożonymi w toku rozprawy, nie stanowi o ujawnieniu nowych istotnych okoliczności. Przystępujący nie sygnalizował w toku rozprawy potrzeby odroczenia rozprawy, nie wskazywał przy tym, że zamierza dodatkowo dowodzić swoich twierdzeń za pomocą opinii prywatnej, której nie mógł uzyskać na dzień rozprawy. Zgodnie z art. 190 ust. 2 zd. drugie Pzp, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. W konsekwencji, w okolicznościach niniejszej sprawy, Izba nie znalazła podstaw do otwarcia na nowo zamkniętej rozprawy uznając ww. dowód za spóźniony i pominęła go przy wyrokowaniu.

Przechodząc do merytorycznej oceny postawionych zarzutów należy w pierwszej kolejności wskazać, że Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia argumentacji Odwołującego, iż Zamawiający na etapie oceny oferty na nowo sformułował warunek udziału w postępowaniu poprzez uznanie, że warunek musi być identyczny jak przedmiot zamówienia, a nie podobny lub tożsamy z przedmiotem zamówienia. Z treści specyfikacji wynika, że Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wybudowaniu kompostowni tunelowej. Poprzez określenie w treści warunku rodzaju kompostowni Zamawiający wskazał wykonawcom na konieczność wykazania się wybudowaniem obiektu, w którym zastosowane rozwiązania konstrukcyjne i technologiczne świadczą o posiadaniu wiedzy i doświadczenia pozwalającej na zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Zamawiający wymagał więc udowodnienia przez wykonawcę posiadania

wiedzy i doświadczenia w wybudowaniu kompostowni w takim rodzaju technologii, który charakteryzuje kompostownie tunelowe.

To, że Zamawiający odwołał się w uzasadnieniu wykluczenia do opisu przedmiotu zamówienia nie mogło w okolicznościach niniejszej sprawy świadczyć, zdaniem Izby, o tym, że Zamawiający zrównał opis przedmiotu zamówienia z warunkiem udziału w postępowaniu. Zamawiający natomiast poprzez tego rodzaju odniesienie w sposób szczegółowy przedstawił Odwołującemu, dlaczego inwestycji podanej w uzupełnionym wykazie, nie może uznać za inwestycję podobną do oczekiwanego obiektu, a więc inwestycję odpowiadającą charakterystyce kompostowni tunelowej, a tym samym, dlaczego nie może uznać, że wykonawca posiada faktycznie wiedzę i doświadczenie w wykonaniu obiektu cechującego się określonym rodzajem technologii wynikającym z zastosowanych w tym obiekcie rozwiązań konstrukcyjnych, technologicznych i wynikających z nich funkcji tunelu, będącego zamkniętym reaktorem z dachem spełniającym określone zadania technologiczne. Zamawiający w treści uzasadnienia dość obszernie odwoływał się do opisu przedmiotu zamówienia, co nie było konieczne, aż w takim stopniu. Izba uwzględniła okoliczność, że Zamawiający przytoczył w tym zakresie treści zawarte w sporządzonych opiniach. Zamawiający, w ocenie Izby, nie przytoczył jednak treści tych opinii po to, by wykonawca mógł odnieść wrażenie, że Zamawiający zrównał warunek udziału z opisem przedmiotu zamówienia, lecz jedynie po to, by wykazać, dlaczego nie miał podstaw do uznania inwestycji wskazanej przez Odwołującego za kompostownię tunelową, w tym dlaczego nie mógł uznać, że doświadczenie i wiedza posiadana z tytułu realizacji tej inwestycji może być uznawana za doświadczenie i wiedzę w wybudowaniu kompostowni tunelowej, będącej obiektem o bardziej złożonych wymaganiach technicznych i konstrukcyjnych i o innej charakterystyce niż kompostownia rzędowa w hali – a w konsekwencji, dlaczego nie mógł uznać, by powołanie się na wiedzę i doświadczenie w wybudowaniu kompostowni w Siedliskach k/Etku stanowiło o posiadaniu wiedzy i doświadczenia niezbędnych do należytego wykonania niniejszego zamówienia.

W ocenie Izby posłużenie się w treści warunku sformułowaniem „kompostowni odpadów (tunelowej)” było w pełni wystarczające i zrozumiałe dla wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego. Zamawiający nie musiał w tym przypadku wskazywać dodatkowych elementów, które stanowiłyby w istocie jedynie powtórzenie tego, co już wynikało z samej treści określenia „tunelowej”. Izba uznała za przekonujące argumenty Zamawiającego, że w branży zajmującej się szeroko rozumianą gospodarką odpadami powszechnie funkcjonuje wiele określeń, gdzie wskazując na owo określenie wiadomo, jaka jest jego specyfikacja, jego cechy charakterystyczne. Podanie określenia „tunelowej” samo w sobie wskazywało wykonawcom na technologię opierającą się na wybudowaniu tuneli, w których odbywa się

kompostowanie – tuneli, czyli konstrukcyjnie specyficznych obiektów zamkniętych dachem, tak żeby w każdym z tuneli można było prowadzić niezależny proces kompostowania w określonych warunkach technologicznych. W pełni uzasadnionym było oczekiwanie od wykonawcy przedstawienia doświadczenia w realizacji roboty, w ramach której tego rodzaju rozwiązania zostały zrealizowane, a więc wykazania się przez wykonawcę, że wie – gdyż wcześniej to już robił – nie tylko jak wykonać zadaszoną halę z otwartymi rzędami, ale wie jak wykonać zamknięte tunele, w których wykonanie dachu – z uwagi na to, że jest to istotny element całego procesu – wymaga posiadania specjalnej wiedzy i doświadczenia.

Treść warunku udziału należy postrzegać przez pryzmat przedmiotu zamówienia. Również treść specyfikacji należy postrzegać całościowo. Dla profesjonalnego wykonawcy działającego w branży dotyczącej gospodarki odpadami czytelna i zrozumiała powinna więc być istota treści warunku odwołującej się do wybudowania kompostowni tunelowej, w szczególności przy spojrzeniu na ten warunek właśnie przez pryzmat przedmiotu niniejszego zamówienia. Zamawiający wskazał, co rozumie pod pojęciem tunel. Jako cechy charakterystyczne Izba przyjęła to, że tunel Zamawiający definiował m.in., jako zintegrowany obiekt, zamknięty ścianami oraz zamknięty dachem. Dach w tym przypadku nie stanowi jedynie elementu konstrukcyjnego, ale jest skomplikowanym i niezbędnym elementem do uzyskania określonej technologii kompostowania. Skoro Zamawiający określił precyzyjnie kwestie odnoszące się do kompostowni tunelowej to nie sposób uznać, by w zakresie rozumienia treści warunku, odwołującej się bezpośrednio do takiego rodzaju kompostowni, można było całkowicie pomijać te okoliczności i interpretować warunek w całkowitym oderwaniu od przedmiotu zamówienia, w tym interpretować go tak, żeby obejmował on zarówno inwestycje podobne do oczekiwanej przez Zamawiającego, jak również inwestycje o całkowicie odmiennych rozwiązaniach konstrukcyjnych i technologicznych (tak jak inwestycja wskazana przez Odwołującego).

Postawiony przez Zamawiającego wymóg i opis sposobu oceny spełnienia warunku pozostawał proporcjonalny i związany z przedmiotem zamówienia. Zamawiający w sposób dostateczny opisał treść warunku, a jego istota – także przy spojrzeniu na przedmiot zamówienia – nie mogła budzić wątpliwości wykonawców. Zamawiający postępował konsekwentnie do zawartej w specyfikacji treści warunku i nie miało miejsce formułowanie na nowo treści tego warunku na etapie oceny ofert. W ocenie Izby, także Odwołujący miał świadomość istoty warunku, w szczególności czytelne dla niego było to, co należy rozumieć pod wskazanym w treści warunku określeniem “kompostowni odpadów (tunelowej)”. Odwołujący w ramach pierwotnie złożonego wykazu wskazał na robotę, która cechowała się właśnie zintegrowaniem i zamknięciem procesu, w tym dzięki specjalnemu zadaszaniu – a

więc wykazywał wybudowanie obiektu z rozwiązaniami konstrukcyjnymi i technologicznymi, w tym ze specjalnymi funkcjami tego zadania, charakterystycznymi dla takiego rodzaju technologii, jak ta oczekiwana przez Zamawiającego. Z uwagi na brak spełnienia przez tę inwestycję innego wymogu, dotyczącego układu napowietrzenia i oczyszczenia powietrza w biofiltrze, Odwołujący wskazał w ramach uzupełnienia robotę, której charakterystyka w sposób istotny odbiegała od pierwotnie wskazanej. Gdyby Odwołujący na etapie składania ofert rozumiał treść i istotę warunku inaczej niż pozostali wykonawcy, Zamawiający i ponad to, co wynikało z tego warunku, to w ocenie Izby już w ofercie podałby inwestycję w Siedliskach k/Ełku (w miejsce lub obok inwestycji zrealizowanej na terenie związku gmin regionu ostródzko-iławskiego), skoro inwestycja ta miała spełniać wymóg wybudowania kompostowni tunelowej i dodatkowo (w przeciwieństwie do inwestycji na terenie związku gmin regionu ostródzko-iławskiego) miała spełniać wymóg dotyczący układu napowietrzenia i oczyszczenia powietrza. Odwołujący, jak wynika z treści dokumentów złożonych w ramach uzupełnienia, dysponował na dzień 15 grudnia 2014 r., a więc na dzień złożenia oferty, zobowiązaniem podmiotu trzeciego udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia z tytułu realizacji inwestycji w Siedliskach k/Ełku. Odwołujący nie wskazał jednak pierwotnie tej inwestycji, pomimo posiadania takiej możliwości – skoro miał na dzień 15 grudnia 2014 r. ww. zobowiązanie. Pomimo trudności w wykazaniu spełnienia wymogu dotyczącego układu napowietrzenia i oczyszczenia powietrza (przy czym Zamawiający opisał szczegółowo cechy równoważności) Odwołujący zdecydował się jednak podać tę robotę, a dopiero wobec wezwania Zamawiającego postanowił zastąpić inwestycję pierwotnie wskazaną, inwestycją, która od samego początku miała odpowiadać i kwestiom odnoszącym się do kompostowni tunelowej i układu napowietrzenia i oczyszczenia powietrza. W ocenie Izby, Odwołujący na etapie odwołania podjął próbę rozszerzenia rozumienia treści i istoty warunku, dostosowując je do swojej oferty opartej na robocie wskazanej w ramach uzupełnienia, która nie została zasadnie uwzględniona przez Zamawiającego. W toku postępowania przed Zamawiającym Odwołujący nie skorzystał z prawa do zadania pytania, czy poprzez wskazanie w treści warunku na wymóg wybudowania kompostowni tunelowej Zamawiający uznaje także wybudowanie kompostowni charakteryzującej się rzędami, znajdującymi się w zadanej hali lecz nie będącymi tunelami bezpośrednio zamkniętymi dachem, który to dach nie jest tylko elementem konstrukcyjnym, ale jest również istotnym elementem dla uzyskania określonych efektów technologicznych. Skoro wykonawca nie skorzystał z tego prawa to nie powinien niejako narzucać obecnie Zamawiającemu szerszej treści warunku niż ta, która została określona w treści specyfikacji. Jednocześnie, jeżeli istota tego warunku, która zdaniem Izby była Odwołującemu znana od początku, naruszała w ocenie Odwołującego przepisy ustawy

Pzp, to Odwołujący dysponował prawem zaskarżenia treści specyfikacji, z którego jednak nie skorzystał.

Należy przy tym wskazać, że Odwołujący, co najmniej już na etapie odpowiedzi na drugie wezwanie miał świadomość stanowiska Zamawiającego, co do istoty wprowadzonego warunku. Już wówczas odnosił się bowiem do stwierdzenia Zamawiającego dotyczącego innych rozwiązań konstrukcyjnych. Odwołujący nie zaskarżył jednak czynności w postaci wezwania, jako mającej być czynnością opartą na treści nie ujętej w brzmieniu warunku.

W konsekwencji, Izba nie uznała, by Zamawiający dopuścił się naruszenia art 22 ust. 4 Pzp i art 38 ust. 4 Pzp. Zamawiający nie dokonywał zmiany treści specyfikacji po terminie składania ofert, ani nie zmienił treści warunku, postępując w toku postępowania konsekwentnie do tego, co określił na etapie ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie uznała także zarzutu naruszenia art 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający zasadnie uznał, że powołana w uzupełnionym wykazie robota budowlana nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający oparł swoją decyzję m.in. na dwóch opiniach biegłych powołanych w toku postępowania. Opinie te, w ocenie Izby, stanowiły rzeczowy materiał, wzajemnie korespondowały ze sobą i prezentowały tożsame wnioski, co do braku możliwości uznania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w oparciu o inwestycję w Siedliskach k/Elku. Całościowa analiza treści przedmiotowych opinii nie pozwalała na odmówienie im wartości dowodowej. Fragmentaryczne powołanie się na treść tych opinii, w tym skupienie uwagi na pojedynczych zdaniach, bez uwzględnienia całego kontekstu, nie mogło stanowić wystarczającej podstawy do odrzucenia zasadności jednoznacznych wniosków końcowych zawartych w tych dokumentach. Wskazanie w treści opinii, że “z uwagi na funkcjonujących wiele podziałów kompostowni mogą wystąpić problemy z określeniem “tunelowego” charakteru instalacji. Dlatego należy wziąć pod uwagę kwestię słownikową i intencję Zamawiającego”, nie mogło stanowić podstawy do uznania, że Zamawiający zmienił treść warunku na etapie oceny ofert. Zamawiający wyraził bowiem, w ocenie Izby, swoje intencje w treści warunku, do czego był uprawniony. Jedynie intencje niewyrażone przez zamawiającego nie mogą wpływać niekorzystnie na sytuację wykonawcy, co w tej sprawie nie miało miejsca. Odwołanie się do znaczenia słownikowego słowa “tunel” stanowiło jedynie okoliczność dodatkowo potwierdzającą to, że dla wykonawców – chociażby z uwagi na powszechne rozumienia słowa “tunel” – powinno być zrozumiałe, jakim rodzajem rozwiązań powinna cechować się inwestycja wskazywana celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału (niezależnie od kontekstu wynikającego ze spojrzenia na treść warunku przez pryzmat przedmiotu zamówienia, czy

niezależnie od tego, że wykonawcy działający w tej branży mają świadomość odmienności występujących między kompostowniami tunelowi a kompostowniami w halach, jak również niezależnie do tego, że również z poglądów nauki można wywieść pewne niezbędne cechy dla uznania obiektu za kompostownię tunelową). Izba uznała więc za przekonujące argumenty Zamawiającego, że cechy kompostowni tunelowej zawarte są już w samym określeniu wskazującym w sposób wyraźny na rodzaj kompostowni. Izba nie miała przy tym wątpliwości, że pojęcie "tunel", czy to w rozumieniu potocznym, czy branżowym – które to rozumienie, można zdaniem Izby, wyprowadzić m.in. z przytaczanej przez strony literatury fachowej - nie jest aż tak szerokie, by za tunel uznawać otwarte rzędy, które jedynie znajdują się w zadaszanej hali.

Jeżeli Odwołujący podnosił, iż nie ma ugruntowanej definicji kompostowni tunelowej to dowodził w istocie konieczności spojrzenia na treść warunku w sposób literalny, co mogło jedynie podważać zasadność podnoszonych zarzutów. Nie sposób bowiem uznać, by literalne rozumienie określenia "tunelowej" dawało podstawy do uznania, że tunelem są niezadaszone bezpośrednio rzędy przyz (znajdujące się jedynie w zadaszanej hali). W ocenie Izby Zamawiający i Przystępujący wykazali przy tym, że i w praktyce i w nauce funkcjonuje wyodrębnienie kompostowni tunelowych. W odniesieniu do opracowań naukowych wskazano na dorobek prof. A. J., który rozróżniając kompostownie rzędowe i tunelowe podaje, że "rzędy mogą być obudowane (zamknięte od góry) – mówi się wówczas o kompostowaniu tunelowym". Znaczenie słowa "mogą" w tym przypadku nie oznacza, zdaniem Izby – mogą, czyli nie muszą. Przeciwnie należy to wyklądać w ten sposób, że istnieje techniczna możliwość i potrzeba zamknięcia rzędu od góry (obudowania), żeby można mówić o kompostowni tunelowej. Innymi słowy rzędy (składające się z podłoża, ścian bocznych) muszą zostać dodatkowo zamknięte od góry. Z pewnością wymogu zamknięcia od góry nie może spełniać zadaszanie hali, znajdujące się ponad rzędami. Dach jest tu elementem hali, jako obiektu muszącego być zadaszonym, a nie elementem, którym zamyka się (obudowuje) konkretne rzędy przyz. Izba uznała wartość dowodową złożonych przez Przystępującego opracowań, które potwierdzały zasadność stanowiska Zamawiającego, w tym zasadność wniosków powołanych w toku postępowania biegłych.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił w toku postępowania odwoławczego dowodów, które pozwoliłyby na krytyczną ocenę decyzji zamawiającego, w tym podstaw tej decyzji. To na Odwołującym spoczywał zaś ciężar wykazania, że zadanie, na które się ostatecznie powołał, jest zadaniem polegającym na wybudowaniu kompostowni tunelowej, w tym spoczywał na odwołującym ciężar wykazania, że kompostownia cechująca się odgrodzonymi rzędami znajdującymi się w zadaszanej hali, może być uznana za

kompostownię tunelową. Złożony wydruk z informacji prasowej mógł zostać uznany jedynie, jako dowód, że taka publikacja miała miejsce. Z pewnością nie był to dowód mogący przesądzać o zasadności stanowiska Odwołującego. Zamiast poświadczenia przez prezesa zarządu faktu publikacji odwołujący mógł chociażby złożyć oświadczenie prezesa tego podmiotu, że ta konkretna inwestycja polegała na wybudowaniu kompostowni tunelowej. Byłby to niewątpliwie dowód o innej wadze niż samo potwierdzenie faktu publikacji jednego artykułu prasowego. Zamawiający i Przystępujący słusznie zwracali uwagę, że artykuły prasowe nierzadko operują pojęciami w sposób odbiegający od istoty znaczenia danego określenia na gruncie specjalistycznym. Odwołujący mógł dowodzić swoich racji przedstawiając także opinię ekspertów branży, czy wnieść o opinię biegłego – jednak takie dowody, ani wnioski nie zostały złożone. Należało jednocześnie uznać wartość dowodową dokumentów przedłożonych przez Przystępującego na okoliczność różnic pomiędzy kompostownią tunelową, a rzędową, na okoliczność że w języku potocznym i branżowym jest ukształtowana definicja kompostowni tunelowej i szeregowej oraz na okoliczność, że kompostownia wskazana przez Odwołującego będąca kompostownią rzędową nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W szczególności, co słusznie podnosił Przystępujący – a co Zamawiający wywiódł już z treści dokumentów zgromadzonych w ramach badania ofert – specyfikacja dotycząca inwestycji w Siedliskach k/Ełku wskazuje na konstrukcję halową, ze ścianami działowymi (nie zadaszonymi odrębnie). Potwierdzają to również załączone zdjęcia, które jednoznacznie wskazują brak zadaszania rzędów, a więc wskazują, że nie są to tunele. Potwierdza to także oficjalna prezentacja mówiąca o kompostowaniu w hali.

Konfrontując ostatecznie dowody zgromadzone przez Zamawiającego i złożone w toku rozprawy przez Przystępującego z dowodami, na które powołał się Odwołujący, w tym z dowodami złożonymi w ramach uzupełnienia, Izba nie miała podstaw do uznania, że Odwołujący sprostą ciężarowi dowodowemu i wykazał w sposób bezsprzeczny zasadność swoich twierdzeń i żądań.

Konsekwencją braku uznania powyższych zarzutów Odwołującego jest również odmowa uwzględnienia zarzutów dotyczących nie uznania doświadczenia osoby będącej kierownikiem budowy Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów w Siedliskach k/Ełku, wskazanej przez Odwołującego celem potwierdzenia dysponowania odpowiednimi osobami do realizacji zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, na podstawie złożonego zestawienia kosztów, zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit b) 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: