

Sygn. akt: KIO 1458/13

WYROK
z dnia 09 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **05 lipca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez wykonawcę: **Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o. o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejską Gospodarkę Komunalną Sp. z o.o., ul. 11 listopada 17, 56-400 Oleśnica**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1458/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji także nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miejską Gospodarkę Komunalną Sp. z o.o., ul. 11 listopada 17, 56-400 Oleśnica i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o. o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Miejską Gospodarkę Komunalną Sp. z o.o., ul. 11 listopada 17, 56-400 Oleśnica** na rzecz wykonawcy **Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o. o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Budowę instalacji do stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych przy oczyszczalni ścieków w Oleśnicy”(TO-5ZP/2013)*, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 168718 – 2013, data zamieszczenia 26.04.2013 r. przez Miejską Gospodarkę Komunalną Sp. z o.o., ul. 11 listopada 17, 56-400 Oleśnica zwany dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 11.06.2013 r. (na stronie internetowej), a 17.06.2013 r. (pisemnie pocztą) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o., ul. Mł. Energetyków 3, 59-916 Bogatynia zwane dalej: *„Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o.”* oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o. o., ul. Spacerowa 3, 58-100 Świdnica zwane dalej: *„Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o. o.”* albo *„Odwołującym”*. Drugą sklasyfikowaną ofertą była oferta Jana Gralaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy „GRAJAN” Jan Gralak Sierniki 1, 64-610 Rogoźno zwany dalej: *„Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy „GRAJAN” Jan Gralak”*.

W dniu 17.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp odwołanie: Zakład Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o. o. na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 17.06.2013 r. (faxem i e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy, jak również tych wskazanych w treści niniejszego odwołania, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niespełniającej przez zastosowaną technologię równoważnych rozwiązań technologicznych. Wskazując na powyższe wnosił o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; 4)powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z pkt 3.6 SIWZ Zamawiający dopuszcza zastosowanie urządzeń równoważnych do wymienionych w projekcie budowlanym pod warunkiem spełnienia takich samych parametrów technicznych tj. m.in.: wydajności, zużycia energii (klasy energetycznej),

poziomu głośności pracy poszczególnych zespołów, stopni pracy i sterowania. Zgodnie ze zmienionym zał. nr 8 do SIWZ za instalację równoważną opisaną przez Zamawiającego zostanie uznana tylko ta, która spełnia co najmniej wymagane parametry techniczne, cechy jakościowe oraz parametry użytkowe i funkcjonalne opisane w dokumentacji lub posiada parametry lepsze od wymaganych. Wymagane jest jednak, aby zastosowana technologia równoważna spełniała takie same lub lepsze parametry jak zaprojektowane w technologii Hantsch oraz zapewniała wymaganą wydajność instalacji minimum 5000 Mg/rok maksimum 10000 Mg/rok. W przypadku zastosowania technologii równoważnej do technologii Hantsch należy przedstawić wykaz zastosowanych równoważnych rozwiązań technologicznych (urządzenia, elementy technologii, parametry prowadzenia procesu itp.). W przypadku zmian parametrów konstrukcji wchodzących w skład zastosowanej technologii równoważnej i powodujących zmianę szerokości, długości, wysokości, kubatury, powierzchni zabudowy itp. oraz elementów zagospodarowania działki, które stanowią istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego (w świetle przepisów prawa budowlanego), wymagane jest sporządzenie (na koszt oferenta) projektu zamiennego i uzyskanie zamiennej decyzji o pozwoleniu na budowę, z zachowaniem wymaganego terminu wykonania zamówienia. Należy zastosować taką technologię oraz prowadzić proces stabilizacji tlenowej odpadów trafiających na instalację w taki sposób, aby w wyniku przeprowadzonego procesu powstał kompost, który będzie nawozem tzn. będzie spełniał wymagania, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18.06.2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o nawozach i nawożeniu. Dodatkowo wyprodukowany kompost musi spełniać wymagania do wprowadzenia do obrotu środków poprawiających uprawę roślin, określonych ustawą z dnia 10.07.2007 r. o nawozach i nawożeniu. Odwołujący w złożonej ofercie zaproponował rozwiązania równoważne. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niespełnienie przez zastosowaną technologię równoważnych rozwiązań technologicznych wskazując na różnice w zastosowaniu przez Odwołującego równoważnej technologii.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą argumentacją Zamawiającego. Odwołujący uważa, że Zamawiający naruszył ustawę Prawo zamówień publicznych, ponieważ dokonał odrzucenia oferty niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący podkreślił, iż zaoferowana przez niego technologia CompostSystems jest równoważna do technologii Hantsch przedstawionej w dokumentacji projektowej, a tym samym wymagana przez Zamawiającego. W trakcie prowadzenia postępowania Odwołujący złożył informację do Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, wskazując m.in. na naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 oraz art. 30 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 20.05.2013 r., wskazał, iż w związku z informacją o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego, wykreśla zapis

mówiący o konieczności zgody projektanta na zastosowanie rozwiązań równoważnych do technologii Hantsch. *Zamawiający wymaga jednak, aby zastosowana technologia równoważna spełniała takie same lub lepsze parametry jak zaprojektowane w technologii Hantsch oraz zapewniała wymaganą wydajność instalacji minimum 5000 Mg/rok, maksimum 10000 Mg/rok. W przypadku zastosowania technologii równoważnej do technologii Hantsch, należy przedstawić wykaz zastosowanych równoważnych rozwiązań technologicznych (urządzenia, elementy technologii, parametry prowadzenia procesu itp.). W przypadku zmian parametrów konstrukcji wchodzących w skład zastosowanej technologii równoważnej i powodujących zmianę szerokości, długości, wysokości, kubatury, powierzchni zabudowy itp., oraz elementów zagospodarowania działki, które stanowią istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego (w świetle przepisów prawa budowlanego), wymagane jest sporządzenie (na koszt oferenta) projektu zamiennego i uzyskania zamiennej decyzji o pozwoleniu na budowę, z zachowaniem wymaganego terminu wykonania zamówienia.*

Podkreślił, iż oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Ponadto zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp Zamawiający, który opisuje przedmiot zamówienia za pomocą nazw, znaków towarowych itd., obowiązany jest wskazać (a więc w konsekwencji dopuścić) rozwiązania równoważne opisywanym. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które powinny zostać określone w SIWZ. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 313/10 zwrot „lub równoważne” oznacza możliwość uzyskania efektu założonego przez zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych poprzez dopuszczenie ofert opartych na równoważnych ustaleniach. Podobnie w wyroku KIO z dnia 14.12.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2608/10 obowiązkiem zamawiającego, w przypadku wskazania nazw własnych produktów jest dopuszczenie rozwiązań równoważnych. Jednakże powyższe zastrzeżenie nie może być rozpatrywane w oderwaniu od opisu technicznego przedmiotu zamówienia. W tym zakresie każdy inny, niż podany jako przykładowy, produkt oferowany przez wykonawcę będzie uznany za równoważny, jeżeli będzie spełniał wymagania funkcjonalne.

W związku z powyższym, wskazał, iż pojęcie równoważności produktów nie oznacza tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania rozwiązań równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia (wyrok KIO z dnia 06.12.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2550/10). Odnosząc powyższą argumentację do przedstawionego stanu faktycznego

stwierdził, iż zamierza zastosować technologię, która przyniesie ten sam efekt co technologia Hantsch, a mianowicie w wyniku przeprowadzonego procesu powstanie kompost, który będzie nawozem tzn. będzie spełniał wymagania, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o nawozach i nawożeniu. Zastosowana technologia wpisuje się też w założenia Zamawiającego, tj. zapewnia wymaganą wydajność tj. minimum 5000 Mg/rok - maksimum 10 000 Mg/rok, proces kompostowania przebiega w identyczny sposób jak w technologii firmy Hantsch, zastosowano boksy z systemem napowietrzania oraz z systemem oczyszczania powietrza procesowego. Różnice zaś wynikają ściśle z rozwiązań technicznych w zakresie np. napowietrzania, co jednak nie wpływa na efekt końcowy procesu kompostowania.

1. Zdaniem Zamawiającego powierzchnia boksów mniejsza o ponad 31,5 % świadczy o niespełnieniu przez Odwołującego równoważnych rozwiązań technologicznych. Według technologii Hantsch powierzchnia boksów wynosi 996 m², natomiast zgodnie z technologią CompostSystems powierzchnia boksów wynosi 681,3 m². Różnica w powierzchni wynika z zastosowania innej wielkości boksów, niż w technologii Hantsch, co jednak nie wpływa negatywnie na wydajność lub jakość procesu. Na str. 6 części technicznej oferty Odwołujący wskazał wyliczenia, które potwierdzają prawidłowość przyjęcia takiej wielkości boksów. Na marginesie wskazał, że Zamawiający nie określił wysokości nasypowej (pojemności) boksów, a to ona decyduje o ewentualnej wydajności kompostowni. Przyjęta przez Odwołującego wielkość boksów uwzględnia pojemność (a nie jedynie powierzchnię) boksów i zapewnia osiągnięcie wymaganej wydajności minimum 5000 Mg/rok, maksimum 10000 Mg/rok. Jednocześnie wielkość całej instalacji mieści się w obrysie zaproponowanym przez Zamawiającego. Instalacja składa się z boksów, kontenera, w którym umieszczone są urządzenia sterowania oraz biofiltru. W technologii Hantsch biofiltr jest wysoką budowlą na planie koła. W technologii oferowanej przez Odwołującego biofiltr jest niższą budowlą na planie prostokąta. Instalacja oferowana przez Odwołującego tj. boksy, biofiltr oraz kontener mieści się w obrysie boksów technologii Hantsch. Przyjęcie takiego rozwiązania zapewnia zgodność z przyjętymi założeniami zagospodarowania terenu.

2. Według Zamawiającego 50% mniej linii napowietrzających na boks powoduje, że zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie nie jest równoważne (zapewnia 6 linii na boks, natomiast technologia CompostSystems zapewnia 3 linie na boks). W ocenie Odwołującego sama ilość linii napowietrzających na boks jest nieistotna. Ważne, żeby każda z linii była dostosowana do ilości odpadów oraz zapewniła wymaganą wydajność, co czyni technologią CompostSystems. Ilość linii powiązana jest z powierzchnią jednego boksów - powierzchnia boksów oferowanego przez Odwołującego jest mniejsza (szerokość boksów w technologii Hantsch to 38,90 m, podczas gdy boksów CompostSystem 27,25 m), więc nie jest niezbędne zastosowanie 6 linii. Istotne jest natomiast zapewnienie odpowiedniego

napowietrzenia, czemu zadość czyni zastosowane przez Odwołującego rozwiązanie.

3. Zgodnie z zał. nr 8 do SIWZ przedmiot zamówienia dla części technologicznej obejmuje dostawę (kupno) wraz z montażem części instalacji i urządzeń do stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych w technologii firmy Hantsch (lub równoważnej) w skład której wchodzi m.in. stalowe konstrukcje wsporcze i przykrycia dachów podwójną warstwą membrany nad tunelami bioreaktorów. W technologii CampostSystems dach boksów zawiera plandekę białą przepuszczalną dla światła pojedynczą. Według Zamawiającego konstrukcja dachu boksów pojedyncza wyklucza wdmuchiwanie wstępnie podgrzanego powietrza bez dodatkowego wydatku energii. Zdaniem Odwołującego fakt ten pozostaje bez znaczenia dla zakładanego efektu, tj. dla powstania kompostu. Założenie to jest charakterystyczne tylko i jedynie dla technologii Hantsch wśród wielu technologii dostępnych na rynku (ponadto jest to rozwiązanie zastrzeżone wzorem użytkowym). Różnica pomiędzy technologiami dotyczy sposobu napowietrzania złoża. Technologia Hantsch zakłada napowietrzanie pozytywne (tj. wdmuchiwanie powietrza) do wnętrza boksów. Technologia zaś odwołującego zakłada napowietrzanie negatywne (zasysanie powietrza z wnętrza boksów) przez pryzmę kompostu. W technologii oferowanej przez Odwołującego nie występuje wdmuchiwanie powietrza do wnętrza boksów, nie ma więc znaczenia odbieranie powietrza nagrzanego pomiędzy dwóch plandek przykrywających boks.

4. Jak wskazano powyżej, w technologii Hantsch napowietrzanie złoża jest pozytywne (napowietrzanie) a w technologii CampostSystems jest negatywne (zasysanie). Zdaniem Zamawiającego wentylacja negatywna (zasysanie powietrza) powoduje negatywne skutki w stosunku do pozytywnego (napowietrzania) z uwagi na tworzenie się dwóch warstw - przesuszanej z góry (konieczność nawadniania) oraz za bardzo nawodnionej z dołu co prowadzi do fermentacji na dole masy odpadów kompostowanych. Wskazał, że zarzut opiera się na niepotwierdzonych (a przede wszystkim nie wynikających z oferty) informacjach. Odwołujący przedstawił w ofercie Opis kompostowni tunelowej, z opisem systemu kompostowania. Jak wynika z opisu zastosowanie napowietrzania polegającego na zasysaniu powietrza powoduje schładzanie pryzmy (wysysane jest powietrze nasycone parą z kompostującego się materiału, para wodna jest nośnikiem energii. Przenikające do wnętrza pryzmy suche powietrze powoduje odciąganie wilgoci z materiału powodując jego schładzanie). Jednocześnie materiał jest rozluźniany przez przerzucanie. Obie technologie przewidują konieczność przerzucania materiału. Zdaniem Zamawiającego brak sondy z pomiarem tlenu wyklucza możliwość monitorowania poziomu nasycenia tlenem podczas procesu, bezpośrednio w stabilizowanej partii odpadów (w wsadzie), co ogranicza możliwość prawidłowego prowadzenia procesu stabilizacji. Zarzut ponownie opiera się na niepotwierdzonych informacjach. Wskazał, że Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty części technicznej, tym samym nie wskazał na szczegółowość opisu załączanego

dobrowolnie przez wykonawców. Brak informacji o sondzie tlenowej w ofercie nie oznacza, iż nie będzie ona wykonana. Odwołujący informuje, że przewidywał i zakładał wykonanie sondy tlenowej - ze względu na to, że taki element jest przewidziany w technologii wskazanej jako punkt odniesienia tj. Hantsch, nie było potrzeby opisywania go jako rozwiązania równoważnego (gdyż jest dokładnie takie samo). Podkreślił, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wykazanie równoważności nie polega na dowodzeniu, że zaoferowany produkt jest lepszy, czy że nie jest gorszy niż ten, którego wymaga Zamawiający, ale że umożliwi uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych. Analiza Zamawiającego polega na porównaniu m.in. powierzchni boksów, konstrukcji dachów boksów, systemu napowietrzania - rury napowietrzania, wentylacji boksów, kontroli procesu - pomiar stężenia tlenu i temperatury. Wyniki analizy nie mogą być traktowane jako materiał wiarygodny, gdyż Zamawiający *de facto* nie porównywał równoważności technologii pod kątem ich przydatności do zastosowania, a dokonał porównania pojedynczych parametrów. Tym samym analiza nie odnosi się do równoważności a do tożsamości tych technologii. Funkcja ani zastosowanie nie podlegały porównaniom. Odwołujący podkreślił, iż technologia ma umożliwić uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego i nie musi posiadać identycznych rozwiązań technicznych. Ponadto, zaznaczył, iż Zamawiający nie wskazał ani w SIWZ ani w odpowiedziach na pytania, jakie rozwiązania uznane zostaną za równoważne, nie podał cech technologii, którą uzna za równoważną. Nie zgodził się z Zamawiającym, że *nie spełnił wymaganych parametrów technologicznych, aby zaoferowana przez niego technologia mogła być uznana jako równoważna, co skutkowało odrzuceniem jego oferty*. Odwołujący szczegółowo opisał równoważny system dołączając opis kompostowni tunelowej w technologii boksów wolnostojących Compobox. Zaoferowana technologia nie jest gorsza od tej, którą wymaga zamawiający, gdyż umożliwi uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego - budowę instalacji do stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych przy oczyszczalni ścieków. Ponadto, Zamawiający nie może twierdzić, iż tylko parametry takie same lub wyższe od wymaganych są lepsze od wskazanych przez Odwołującego. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 01.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 402/10 i KIO/UZP 420/10 fakt, iż zamawiający poprzedził konkretne wielkości parametrów określeniem „*minimum*” nie daje podstawy do twierdzenia, iż tylko parametry wyższe są lepszymi od wskazanych.

W przedstawionym stanie faktycznym Odwołujący zastosował rozwiązania równoważne, które nie zmieniają sposobu wykonania zamówienia. Reasumując, oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, gdyż zaoferowana technologia jest równoważna tej, jaka została ujęta w dokumentacji projektowej i jakiej wymagał Zamawiający. Należy pamiętać, iż rozwiązanie równoważne ma spełniać taką samą funkcję, ale może być wykonane inną technologią, parametry równoważnego produktu nie muszą być

identyczne z parametrami wymaganymi przez Zamawiającego. Zamawiający wskazując z jednej strony konkretną technologię, a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry, albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez tę technologię o co wyraźnie wnosił Odwołujący. Dopuszczenie rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inna zaproponowana w ramach tej równoważności technologia ma spełniać wszystkie parametry konkretnej technologii określonego producenta, przyjętej przez zamawiającego. Takie rozumienie równoważności zaprzeczyłoby istocie przyjętej w Pzp regulacji i naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 17.06.2013 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19.06.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Przedsiębiorstwa Budownictwa Górniczego i Energetycznego EGBUD Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia zwana dalej: „PBG i E EGBUD Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zamawiający ani Odwołujący nie złożyli oświadczenia w przedmiocie zgłoszenia opozycji (w trybie art. 185 ust. 4 Pzp) przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu innego wykonawcy. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: PBG i E EGBUD Sp. z o.o.

W dniu 24.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: J.... G..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy „GRAJAN” J..... G....., Sierniki 1, 64-610 Rogoźno zwany dalej: „Zakład Produkcyjno Usługowo Handlowy „GRAJAN” J..... G.....”. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Z uwagi na niedochowanie terminy wynikającego z art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp Izba uznała w/w zgłoszenie za nieskuteczne.

W dniu 03.07.2013 r. (email), 05.07.2013 r. (przedłożone na posiedzeniu z udziałem stron) wpłynęło pismo procesowe Odwołującego Zakładu Techniki Ochrony Środowiska FOLEKO Sp. z o. o. W uzupełnieniu odwołania przedłożył argumentację

dotyczącą zakresu równoważności złożonej oferty z rozwiązaniami wskazanymi jako referencyjne w SIWZ. Stwierdził, że Zamawiający w postępowaniu opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że posłużył się dokumentacją opartą o rozwiązanie technologiczne oferowane przez jednego z dostawców technologii tj. firmę Hantsch. Jednocześnie był zobowiązany do dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Ofertę Odwołującego Zamawiający odrzucił, twierdząc, iż nie jest ona równoważna. Zarzuty Zamawiającego dotyczą szczegółowych rozwiązań technicznych wynikających bezpośrednio z wykonaniem w innej niż zaprojektowana technologii np. powierzchnia boksów, rozwiązanie sposobu napowietrzania, konstrukcja boksów. Podkreślił, że zarzuty Zamawiającego nie wskazują na brak osiągnięcia przez instalację wymaganych parametrów określonych w SIWZ jako równoważne, a także zastosowanie technologii, która wymagałaby większych nakładów dla osiągnięcia wymaganego efektu lub też zakładającej wybudowanie obiektu, którego nie można wybudować we wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji. Tym samym Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego *de facto* wskazuje na to, że jedynym rozwiązaniem, jakie dopuszczał w tym postępowaniu jest rozwiązanie oparte o technologię wprost wskazaną w dokumentacji projektowej tj. Hantsch.

Zamawiający odrzucając ofertę działa w sprzeczności ze zmianą SIWZ, którą wprowadził pismem z dnia 20.05.2013 r. W piśmie tym wskazano: *„wymagane jest aby zastosowana technologia równoważna spełniała takie same lub lepsze parametry jak zaprojektowane w technologii Hantsch oraz zapewniała wymaganą wydajność min. 5000 Mg/rok maximum 10 000 Mg/rok”* oraz *„Należy zastosować taką technologię oraz prowadzić proces stabilizacji tlenowej odpadów trafiających na instalację w taki sposób, aby w wyniku przeprowadzonego procesu powstał kompost, który będzie nawozem tzn. będzie spełniał wymagania, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 czerwca 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o nawozach i nawożeniu. Dodatkowo wyprodukowany kompost musi spełniać wymagania do wprowadzania do obrotu środków poprawiających uprawę roślin, określonych ustawą z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu”*. Tym samym Zamawiający w zakresie stosowanych rozwiązań technologicznych wskazał, że równoważna technologia powinna zapewniać osiągnięcie celu, jakim jest uzyskanie produktu - kompostu - spełniającego określone prawem wymagania. Technologia zastosowana przez Odwołującego spełnia takie wymagania - a tym samym w zakresie osiągnięcia celu przez Zamawiającego jest równoważna. Technologia przewidziana przez Zamawiającego, tj. technologia firmy Hantsch jest technologią tunelową, gdzie tunele stanowią reaktory zamknięte, w których następuje stabilizacja i higienizacja wsadu. W trakcie prowadzenia procesu istotny jest system napowietrzania, który gwarantuje napowietrzenie przyzmy, tlen natomiast jest wymagany dla prawidłowego przebiegu procesu kompostowania. Powietrze zasysane z tuneli powinno być

kierowane do biofiltra, co zapewnia ograniczenie emisji odorów (tak w opisie technologii firmy Hantsch zawartej w zał. nr 8 do SIWZ str. 2 i 3). Technologia zaproponowana przez Odwołującego, to technologia firmy Compost - Systems. Jest to również technologia tunelowa (co gwarantuje zachowanie tego samego czasu uzyskania z wkładu kompostu), która przewiduje napowietrzanie przyzmy, a „zużyte” powietrze kieruje do biofiltra. Jest więc to technologia tunelowa, zamknięta, ograniczająca emisję odorów.

Reasumując technologia zaproponowana przez Odwołującego jest w pełni równoważna do technologii przewidzianej w dokumentacji projektowej Zamawiającego. Potwierdza to opinia wyrażona przez firmę proGEO Sp. z o.o. tj. projektanta wykonującego dokumentację projektową dla Zamawiającego. ProGEO Sp. z o.o. wykonało w maju 2012 r. opracowanie: *„Instalacja stabilizacji tlenowej. Analiza technologiczna”*, w którym przedstawiło m.in. przegląd stosowanych technologii do stabilizacji tlenowej. W podsumowaniu opracowania w punkcie 3 autor opracowania stwierdza: *„W niniejszym opracowaniu zaproponowano technologie tunelowe, zamknięte z ujęciem i oczyszczeniem powietrza procesowego w biofiltrach. Przykładem takich technologii są BIOMEDES firmy Hantsch, czy COMPObox firmy Compost- system. Technologie te wyróżniają się pewnością prowadzenia procesu, gwarancją spełnienia wymagań krajowych i unijnych. Proces prowadzony w reaktorach zamkniętych (tunelach) cechuje się najlepszymi wynikami i pełną gwarancją systemu przy minimalizacji kosztów eksploatacyjnych. Proponowane technologie ze względu na ujęcie i oczyszczenie powietrza procesowego są technologiami zamkniętymi, maksymalnie ograniczając emisje odorów i innych zanieczyszczeń do powietrza, w porównaniu z technologiami bez biofiltrów.”* Tym samym projektant tj. wykonawca dokumentacji projektowej dla obiektu w Oleśnicy, stwierdza równoważność technologii Hantsch i Compost-system.

Zarzuty Zamawiającego koncentrują się na różnicach pomiędzy zastosowanymi technologiami, które bez wątplenia istnieją, jednak nie wpływają na jakość otrzymywanego kompostu, koszty eksploatacyjne czy też efektywność procesu. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołujący wskazał:

Oдноśnie powierzchni boksów. Wskazał, że przyjęta w ofercie równoważnej wynika z zapisów PFU oraz wymogów Zamawiającego. Powierzchnia boksów została obliczona, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego udzieloną pismem z dnia 20.05.2013 r. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że pojemność boksów musi być dobrana do przepustowości od min. 5.000 do maksimum 10.000 Mg/rok. Parametru przepustowości (podobnie jak pojemność) nie można odnieść jedynie do powierzchni, lecz do kubatury; samą powierzchnią (dwuwymiarowo) nie można określić parametru przepustowości -potrzebny do tego jest trzeci wymiar (kubatura). W ofercie Odwołujący na str. 6 Opisu kompostowni tunelowej zawarł wyliczenie wielkości boksów. Wyliczenia bazowały na wskazanych powyżej założeniach co do

ilości i typu materiału przeznaczonego do kompostowania tj. zgodnie z Zał. nr 8 do SIWZ, gdzie wskazano: wydajność min. 5000 Mg/rok, maksimum 10 000 Mg/rok oraz odpowiedzią nr 19 na pytania do SIWZ udzieloną w piśmie z dnia 20.05.2013 r., z której wynika, że na instalację będą trafiły odpady:

- ustabilizowane komunalne osady ściekowe w ilości ok. 3500 Mg/rok
- odpady ulegające biodegradacji w ilości ok. 1500 Mg/rok.

Jednocześnie Odwołujący wziął pod uwagę, że w odpowiedzi z dnia 20.05.2013 r. Zamawiający dopuszczał zmianę parametrów konstrukcji wchodzących w skład zastosowanej technologii równoważnej i powodujących zmianę szerokości, długości, wysokości, kubatury, powierzchni zabudowy oraz elementów zagospodarowania działki. Wyliczona wydajność instalacji wskazywała na konieczność przyjęcia takiej powierzchni boksów jak wskazana w ofercie. Gdyby Odwołujący przyjął identyczną powierzchnię boksów, jak w technologii Hantsch, uzyskałby większą, niż określona przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, przepustowość kompostowni co doprowadziłoby do niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ i stanowiłoby podstawę do odrzucenia tejże oferty.

Odnośnie system napowietrzania - rury napowietrzania. Linie napowietrzania służą do napowietrzania odpadów celem utrzymania w nich procesów aerobowych (w skrócie - utrzymania egzystencji bakterii tlenowych konsumujących organikę w odpadach, której w procesie kompostowania należy się pozbyć - jako wymagany efekt ekologiczny). Ideą zastosowania systemu napowietrzania nie jest więc ilość linii napowietrzania, lecz obliczona sprawność i równomierność napowietrzania złożonych odpadów. Ilość linii napowietrzania powinna wynikać z wyliczeń pneumatycznych instalacji. W przypadku technologii Compost Systems poprawność wyliczeń dot. napowietrzania materiały (założeń stanowiących podstawę do nich) potwierdza sprawność i prawidłowe funkcjonowanie obiektów już eksploatowanych. System napowietrzania musi zapewnić równomierność napowietrzania wsadu. Parametry, jakie są w tych wyliczeniach brane pod uwagę to pojemność pryzmy, pojemność powietrza porowego pryzmy odpadów (złoża), wydajność wentylatora i opory po stronie napowietrzanej i po stronie biofiltra (który oczyszcza powietrze procesowe wydalone do atmosfery). Dane te pozwalają wyłonić rzeczywistą, konieczną wydajność systemu napowietrzania, która definiuje ilość linii napowietrzania, w tym głównie całkowitą, maksymalną ilość dysz. System firmy Compost Systems w ofercie równoważnej ujmuje dla podanej w opisie charakterystyki wsadu (odpadów) zarówno wielkość boksów jak i wydajność systemu napowietrzania, która dodatkowo może być regulowana +/-falownikami od 30% do 100% wydajności, co pozwala na dobranie wydajności systemu napowietrzania złoża dla pełnego zakresu przepustowości kompostowni od 5.000 do 10.000 Mg/rok.

Oдноśnie konstrukcja dachów boksów. Technologia Hantsch zakłada wdmuchiwanie powietrza pod pryzmę wysysając je spomiędzy dachów, gdzie teoretycznie powinno ono być podgrzane. System ten może w pewnym stopniu działać tylko wtedy, gdy materiał w boksie jest na tyle gorący, że ciepłe powietrze procesowe ze złoża oraz promieniowanie słoneczne ogrzewają powietrze pomiędzy plandekami. Przy wydajności wentylatora napowietrzania ok. 2000m³/h (wartość wynikająca z opisów koniecznej wydajności systemu napowietrzania firmy Hantsch), czas przebywania powietrza pomiędzy plandekami to ok. 7 minut. W tak krótkim czasie podgrzanie takiej ilości przepływającego między plandekami powietrza od wewnątrz boksów na powierzchni plandeki, która w fazie najbardziej intensywnego procesu (kiedy właściwie podgrzewanie powietrza nie jest potrzebne) może osiągnąć temperaturę ok. 40°C, jest marginalne. Podgrzewanie powietrza między plandekami energią słoneczną z zewnątrz, szczególnie w zimie, kiedy to właśnie najbardziej potrzebne mogłoby być powietrze podgrzane, jest w polskich realiach klimatycznych również marginalne (choć pewnie w ciepłym klimacie może się sprawdzać). Technologia napowietrzania negatywnego Compost Systems opiera się na „wysaniu” ciepłego powietrza procesowego spod aktywnej i gorącej pryzmy (procesy zachodzące w pryzmie wyzwalaają energię cieplną) oraz wtłoczenia go pod pryzmę zimną. Jest to rozwiązanie, które zapewnia maksymalną efektywność wstępnego podgrzewania bez dodatkowego wydatku energii zewnętrznej niezależnie od pogody i temperatury otoczenia. Na szczególną uwagę zasługuje fakt, iż z wielu dostępnych (i sprawdzonych) na rynku europejskim technologii tylko i wyłącznie ta jedna firma tj. Hantsch proponuje stosowanie rozwiązania o podwójnej plandece, wszystkie pozostałe technologie z powodzeniem funkcjonują z procesem kompostowania bez podwójnych dachów (bez względu na przyjęty system napowietrzania przez wysysanie powietrza spod pryzmy, czy też wdmuchiwanie powietrza do boksu). Reasumując, technologia Compost Systems stosuje odmienne rozwiązania wstępnego podgrzewania powietrza, co pozwala zastosować pojedynczą plandekę pełniącą wyłącznie funkcję hermetyzacji procesu (tj. zapobiega wydostawaniu się odorów). Podobnie jednak jak w technologii Hantsch w technologii Compost Systems występuje odpowiednio zabezpieczona przed korozją, stalowa konstrukcja dachów.

Oдноśnie wentylacji boksów. Technologia zaproponowana przez Odwołującego w zakresie systemu napowietrzania opiera się o przetłaczanie relatywnie suchego powietrza atmosferycznego przez gorącą pryzmę (i wysysanie go z pryzmy). Powietrze przechodząc przez pryzmę nasycone zostaje parą wodną (wilgocią) z wsadu (np. uwodnionych odpadów - zamawiający przewiduje kompostowanie osadów ściekowych o uwodnieniu 86%). W technologii Compost Systems przesuszenie wierzchniej warstwy pryzmy - o ile w ogóle może wystąpić, to zawsze będzie kompensowane zraszaniem. Powietrze znad pryzmy przenika przez nią (pod pryzmą znajdują się linie wysysające powietrze), zaś temperatura

powietrza rośnie w miarę przenikania przez pryzmę, w której wytwarza się w sposób naturalny wysoka temperatura. Powoduje to stale spadające nasycenie parą (malejącą względną wilgotność) i intensywne odparowanie wody porowej. Efekt ten zapobiega gromadzeniu się nadmiaru wody w dennej, najbardziej gorącej części pryzmy. Ewentualne nadmiary wody są odprowadzane przez system napowietrzania, który pełni jednocześnie funkcję systemu ujęcia i odprowadzenia odcieków. Eliminuje to niebezpieczeństwo fermentacji na dole złoża odpadów. Technologia Hantsch opiera się na w pewnym sensie odwrotnym rozwiązaniu co do napowietżenia tj. powietrze jest od spodu wdmuchiwane w pryzmę, przechodzi przez nią i „zużyte” wysysane jest z dna pryzmy. W tej technologii może dojść do przesuszenia rdzenia (podstawy) wsadu co tym samym uniemożliwia nawilżenie tej części wsadu a w efekcie do zatrzymania procesu w dennej warstwie złoża przez nadmierną utratę wilgotności i przegrzanie pryzmy odpadów. W zakresie wentylacji złoża odpadów system Compost Systems i Hantsch zasadniczo są równoważne - tzn. napowietrzanie przez wdmuchiwanie powietrza w pryzmę i napowietrzanie przez zasysanie powietrza pod pryzmą powoduje napowietżenie (dotlenienie) złoża z tą różnicą, iż w technologii Hantsch powietrze płynie przez pryzmę z dołu do góry a w technologii Compost Systems powietrze płynie przez pryzmę z góry do dołu (pozwalając również na odwrócenie kierunku przepływu powietrza na tzw. pozytywny). Dodatkowo technologia Compost Systems pozwala na odprowadzenie ewentualnego nadmiaru wody z dennej części złoża celem uniknięcia ryzyka powstania procesu fermentacji w tej części złoża.

Odnosnie kontroli procesu. Proces kompostowania sterowany jest automatycznie w oparciu o dostarczane przez system dane. Kontrola procesu w technologii Hantsch opiera się na badaniu zawartości tlenu w złożu (wychodząc z założenia, iż spadek ilości zużycia tlenu świadczy o zanikaniu procesów spalania tlenu w efekcie zanikania aktywności i egzystencji bakterii tlenowych wskutek wyczerpania pożywki organicznej). Kontrola procesu w technologii Compost Systems opiera się na badaniu temperatury złoża (wychodząc z założenia, iż spadek temperatury świadczy o zanikaniu procesów spalania tlenu - w efekcie zanikania aktywności i egzystencji bakterii tlenowych wskutek wyczerpania pożywki organicznej). Generalnie proces kompostowania jest zakończony po ustaniu procesów aerobowych (tlenowych) w złożu odpadów w wyniku rozpadu substancji organicznych stanowiących pożywkę dla mikroorganizmów (w oparciu o wyniki kontroli procesu). Technologia Compost Systems zakłada jako stały parametr eksploatacyjny taką wymianę powietrza porowego całej pryzmy, aby nie doszło do nadmiernego spadku stężenia tlenu (analogicznie jak organizm ludzki reguluje częstotliwością i intensywnością oddychania - regulacja ta w organizmie ludzkim kieruje się nie stężeniem tlenu we krwi tylko stężeniem produktu przemiany materii). Dokładnie ten sam efekt wykorzystuje system Compost Systems, zakładając że tlen musi być w pryzmie dostępny cały czas a proces

napowietrzania sterowany jest efektem metabolicznym, czyli produkcją ciepła przez mikroorganizmy (w procesie spalania tlenu). Dodatkowo zastosowana do kontroli procesu sonda (bezczuwalowa) ma trzy punkty pomiaru, co pozwala mierzyć temperaturę procesu w obszarach przy dnie pryzmy (złoża), w środku i blisko powierzchni. Brak przewodu sondy pozwala łatwo przenosić ją w odległe i skrajne obszary pryzmy (złoża) w celu lepszej kontroli procesu w całej objętości złoża. Temperatura natomiast jako efekt procesu występuje nie punktowo a obszarowo. Fakt zastosowania bezkablowej sondy wielopunktowego pomiaru temperatury nie stanowi niezgodności z wymaganiami Zamawiającego, faktem też jest (zgodnie z opisem rozwiązania równoważnego) że sama sonda nie dokonuje pomiaru stężenia tlenu. Podkreślił zarazem, iż Odwołujący w ofercie nie wskazał zamiaru odstąpienia od pomiaru stężenia tlenu w złożu - w tym zakresie oferta Odwołującego jest tożsama z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący przewidział oprócz sondy temperaturowej również sondę tlenową. Z uwagi jednak na zastosowanie takiego rozwiązania jak w technologii Hantsch nie był zobowiązany do opisanego działania tej sondy. Zatem, Odwołujący, powołując się na rozwiązania równoważne wykazał, że oferowana przez niego technologia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, ponadto nie rezygnuje z cech, które mają istotne znaczenie dla Zamawiającego - w wyniku przeprowadzenia procesu powstanie kompost. Odwołujący podnosił również, iż pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych. Produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego parametry i funkcjonalności. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 17.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2621/12 *Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest, że produkt równoważny nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry.* Podobnie wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 10.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2059/12 *Dopuszczenie w SIWZ rozwiązania równoważnego nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego jako wzorcowy. Wymóg, aby produkt równoważny spełniał wszystkie cechy i parametry właściwe dla danego produktu referencyjnego, prowadziłby do konieczności proponowania produktów o identycznych parametrach, a zatem podważałby sens dopuszczenia składania ofert równoważnych i czynił to postanowienie niewykonalnym. Skoro w SIWZ nie określono jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności proponowanych produktów, to zamawiający nie może na etapie*

oceny ofert, powoływać się na nie. Odnosząc się do powyższego podkreślił, iż kryteria, według jakich oceniana będzie równoważność, muszą być ujawnione wykonawcom już w SIWZ. Nie mogą być one precyzowane lub ujawniane dopiero na etapie oceny ofert, co uczynił Zamawiający. Na posiedzeniu z udziałem stron – 05.07.2013 r. – dołączono załącznik: „*Instalacja stabilizacji tlenowej. Analiza technologiczna*”, Wrocław, maj 2012, wykonawca Progeo Sp. z o.o., opracował mgr A..... Kr.....

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności zał. Nr 8 do SIWZ, odpowiedziami na pytanie – pisma z dnia 20.05.2013 r. oraz 22.05.2013 r., zmianą postanowień SIWZ z dnia 20.05.2013 r. poprzedzoną informacją do Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego z dnia 30.04.2013 r., ofertą Odwołującego, informacją o wyniku postępowania oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 11.06.2013 r., odwołaniem, przystąpieniem, pismem procesowym Odwołującego wraz z załącznikiem (ten ostatni złożony na posiedzeniu), pismem Przystępującego złożonym na rozprawie, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 26.04.2013 r., czyli po dniu 20.02.2013 r., tj. wejściu w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutu. Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1458/13, postanowień SIWZ, w tym w szczególności zał. Nr 8 do SIWZ, odpowiedzi na pytania – pisma z dnia 20.05.2013 r. oraz 22.05.2013 r., zmiany postanowień SIWZ z dnia 20.05.2013 r. poprzedzoną informacją do Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego z dnia 30.04.2013 r., oferty Odwołującego, informacji o wyniku postępowania oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 11.06.2013 r., odwołania, przystąpienia, pisma procesowego Odwołującego, jak i pisma Przystępującego złożonego na rozprawie.

Izba nie uznała, jak dowodu w sprawie załącznika do pisma procesowego Odwołującego: *„Instalacja stabilizacji tlenowej. Analiza technologiczna”*, Wrocław, maj 2012, wykonawca Progeo Sp. z o.o., opracował mgr A..... K..... uznając niniejsze opracowanie, jako opinie prywatną.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego jako niespełniającej przez zastosowaną technologię równoważnych rozwiązań technologicznych, Izba uznała w/w zarzut za potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

W ramach postanowień SIWZ Zamawiający określił w zał. Nr 8 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – opis technologii stabilizacji tlenowej. Wskazał na pierwszej stronie załącznika (str. 18 SIWZ) wymogi formalne, wymagania technologiczne, techniczno-materiałowe. Zawarł także sformułowanie: *„Przedmiot zamówienia dla części technologicznej obejmuje; dostawę (kupno) wraz montażem, części instalacji i urządzeń do stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych w technologii firmy Hantsch (lub równoważnej) w skład której wchodzi:*

- 1) przewody wyciągowe zużytego powietrza łączące komory bioreaktorów z biofiltrem,*
- 2) przewody napowietrzające ciepłego powietrza, odbierające powietrze z przestrzeni między membranami zadaszenia do połączenia z wentylatorami,*
- 3) wentylatory biofiltru,*

- 4) biofiltr kominowy pionowy, w skład którego wchodzi płuczka i biofiltr, zespolone w pojedynczym urządzeniu,
 - 5) bramy do tuneli bioreaktorów,
 - 6) stalowe konstrukcje wsporcze i przykrycia dachów podwójną warstwą membrany nad tunelami bioreaktorów.(...)"
- W ostatnim akapicie zał. Nr 8 do SIWZ stwierdził również Zamawiający, że: „Za instalację równoważną opisanej przez Zamawiającego zostanie uznana tylko ta, która spełni co najmniej wymagane parametry techniczne, cechy jakościowe oraz parametry użytkowe i funkcjonalne opisane w dokumentacji lub posiada parametry lepsze od wymaganych.”

W ramach odpowiedzi na pytania – pisma z dnia 20.05.2013 r. – pytanie Nr 19: „Pyt. Nr 19. W SIWZ, str. 18 znajduje się zapis: „Zastosowana technologia stabilizacji tlenowej musi gwarantować prawidłową stabilizację tlenową odpadów biodegradowalnych, którymi dysponuje Zamawiający tj. ustabilizowane komunalne osady ściekowe oraz selektywnie zebrane odpady biodegradowalne (w tym odpady kuchenne).” Celem określenia możliwych do zastosowania technologii oraz parametrów urządzeń części technologicznej proszę o określenie ilości poszczególnych rodzajów odpadów (masowo lub objętościowe) lub procentowego ich udziału w ogólnym strumieniu odpadów, jaki będzie trafiał na instalację do stabilizacji tlenowej odpadów biodegradowalnych.

Odp. Nr 19. na instalację będą trafiały odpady:

- ustabilizowane komunalne osady ściekowe (kod odpadu 190805, uwodnienie ok. 86%) w ilości ok. 3500 Mg/rok
- odpady ulegające biodegradacji (w tym odpady kuchenne zbierane selektywnie) w ilości ok. 1500 Mg/rok.

Należy tak prowadzić proces stabilizacji tlenowej w/w odpadów, aby w wyniku tego procesu powstał kompost, który będzie nawozem, tzn. będzie spełniał wymagania, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 czerwca 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o nawozach i nawożeniu (Dz. U. Nr 119, poz. 765 z późn. zm.). Dodatkowo wyprodukowany kompost musi spełniać wymagania do wprowadzania do obrotu środków poprawiających uprawę roślin, określonych ustawą z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu (Dz. U. Nr 147, poz. 1033).”

Zamawiający dokonał zmiany postanowień SIWZ w dnia 20.05.2013 r. poprzedzoną informacją do Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego z dnia 30.04.2013 r.: „W związku z otrzymaną informacją o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego /art. 181 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r/ z naruszeniem art.7 ust. 1 oraz 29 ust. 1, 2 i 3 Zamawiający przekazuje, że wykreślamy zapis, mówiący o konieczności zgody projektanta na zastosowanie rozwiązań równoważnych do technologii Hantsch. Wymagane jest jednak, aby zastosowana technologia równoważna

spełniała takie same lub lepsze parametry jak zaprojektowane w technologii Hantsch oraz zapewniała wymaganą wydajność instalacji minimum 5000 Mg/rok, maksimum 10000 Mg/rok. W przypadku zastosowania technologii równoważnej do technologii Hantsch, należy przedstawić wykaz zastosowanych równoważnych rozwiązań technologicznych (urządzenia, elementy technologii, parametry prowadzenia procesu itp.). W przypadku zmian parametrów konstrukcji wchodzących w skład zastosowanej technologii równoważnej i powodujących zmianę szerokości, długości, wysokości, kubatury, powierzchni zabudowy itp., oraz elementów zagospodarowania działki, które stanowią istotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego (w świetle przepisów prawa budowlanego), wymagane jest sporządzenie (na koszt oferenta) projektu zamiennego i uzyskania zamiennej decyzji o pozwoleniu na budowę, z zachowaniem wymaganego terminu wykonania zamówienia. Należy zastosować taką technologię oraz prowadzić proces stabilizacji tlenowej odpadów trafiających na instalację w taki sposób, aby w wyniku przeprowadzonego procesu powstał kompost, który będzie nawozem, tzn. będzie spełniał wymagania, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 czerwca 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o nawozach i nawożeniu (Dz. U. Nr 119, poz. 765 z późn. zm.). Dodatkowo wyprodukowany kompost musi spełniać wymagania do wprowadzania do obrotu środków poprawiających uprawę roślin, określonych ustawą z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu (Dz. U. Nr 147, poz. 1033).”

W ramach złożonej oferty, Odwołujący dołączył m.in. wykaz zastosowanych równoważnych rozwiązań technologicznych oraz robót budowlanych (str. 33-34 oferty) oraz opis kompostowni tunelowej w technologii boksów wolnostojących COMPObox (z dnia 23.05.2013 r. – str. 35-51) z rzutem boksów i instalacji (str. 52 oferty).

W informacji o wyniku postępowania z dnia 11.06.2013 r. zawarł także szczegółowe informacje o powodach odrzucenia oferty Odwołującego (w formie tabelarycznej – pięć głównych punktów oraz dodatkowe kwestie pod tabelą).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba podtrzymuje i uznaje za własne, pojęcie równoważności przedstawione przez Odwołującego. Istotnie: „(...) oferta równoważna to taka, która przedstawia produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Pojęcie równoważności bowiem nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość

oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Zaś rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, przyjętego przez projektanta, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. (...)". (za wyrokiem z dnia 19.03.2010 r., sygn. akt: KIO 189/10).

W sytuacji odmiennej technologii jest niemożliwym zachowanie wszystkich parametrów technicznych i jakościowych na zasadzie zero-jedynkowej względem technologii referencyjnej, preferowanej przez Zamawiającego, gdyż ze swej istoty technologie są odmienne, z uwagi na zastosowanie odmiennych rozwiązań technologicznych. Powyższe ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, zaoferowana technologia przez Odwołującego, a ściśle instalacja o określonej technologii, wykorzystuje bowiem te same procesy i mechanizmy, co instalacja w technologii referencyjnej, choć niewątpliwie rozwiązania technologiczne są ze swej istoty różne.

Izba przyjęła założenie, że skoro Zamawiający zmianą postanowień SIWZ z dnia 20.05.2013 r. dopuścił zastosowanie technologii równoważnej, czynił niniejsze zarówno ze świadomością technologii istniejących na rynku, jak i potrzeb istniejących również po jego stronie. Należy podkreślić, że Izba nie zamierza narzucać Zamawiającemu określonych rozwiązań technologicznych, pragnie jedynie uświadomić Zamawiającemu wagę każdej jego czynności, czy też zaniechania i skutki z tego wynikające. Na marginesie jedynie stwierdzając, że każda potrzeba Zamawiającego musi mieć charakter uzasadniony, zaś taki uzasadniony charakter danej potrzeby winien Zamawiający być w stanie każdorazowo wykazać.

Zmiana postanowień SIWZ dokonana przez Zamawiającego w dniu 20.05.2013 r. ma kluczowy charakter i treść zał. Nr 8 do SWZ winna być interpretowana przez pryzmat tej zmiany i w jego kontekście, nie zaś w sposób niezależny. Analiza sformułowania ze zmiany postanowień SIWZ z dnia 20.05.2013 r.: *„(...) takie same lub lepsze parametry jak zaprojektowana technologia referencyjna (...)*” oraz ostatniego akapitu zał. Nr 8 do SIWZ: *„(...) co najmniej wymagane parametry techniczne, cechy jakościowe oraz parametry użytkowe i funkcjonalne opisane w dokumentacji lub posiada parametry lepsze od wymaganych”* skutkuje uznaniem, że chodziło o – takie same lub lepsze parametry techniczne, jakościowe, użytkowe i funkcjonalne jak zaprojektowana technologia referencyjna – oraz konieczność zapewnienia wymaganej wydajności min. i max.

Przy czym, wobec ogólnego charakteru, braku wskazania, wbrew pozorom, za wyjątkiem zapewnienia wymaganej wydajności min. i max., najistotniejszych parametrów dla

Zamawiającego, konieczne jest odwołanie się do przewidywanego przeznaczenia, a w tym wypadku efektu procesu, który ma przebiegać w docelowej instalacji. Takie stanowisko potwierdza nie tylko końcowy element zmiany postanowień SIWZ z dnia 20.05.2013 r., ale i inne elementy zmiany z dnia 20.05.2013 r., w ramach której Zamawiający określił otwarty i niedookreślony (sformułowanie: „itp.”) katalog interesujących dla niego zastosowanych równoważnych rozwiązań technologicznych, które należy przedstawić w stosownym wykazie. Pozostawiając w tym zakresie inicjatywę po stronie samego Wykonawcy. W ocenie Izby, dopuszczenie zmiany parametrów konstrukcji mieści się również w przyjętej wykładni, można nawet uznać, że dopuszczenie takiej zmiany potwierdza, że Zamawiający miał świadomość, że „(...) *takie same lub lepsze parametry (...)*” mogą także wynikać z innych szerokości, długości, wysokości, kubatury, czy powierzchni zabudowy. Zamawiający w tym zakresie zawarł katalog otwarty i niedookreślony (sformułowanie: „itp.”) – nie ograniczając jakie parametry konstrukcji nie mogą ulec zmianie. Nie zastrzegł także, że owe zmiany nie mogą ulec zmianie „w dół”.

Zamawiający dopiero podczas rozprawy przedstawił argumentację, że określone istotne walory użytkowe i funkcjonalne (wcześniej za takie nie uznawane w ramach postanowień SIWZ – brak jest jakiegokolwiek powiązania, czy też odesłania np. z sześcioma punktami z pierwszej strony zał. Nr 8 do SIWZ – str. 18 SIWZ) będące podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, generują nadmierne koszty eksploatacyjne, czy też np. zadeklarowana wydajność z uwagi na zmianę powierzchni boksów nie zostanie osiągnięta. Przystępujący z kolei, przedstawił kwestie sprawności funkcjonowania i szybkości procesu technologicznego w zaoferowanej przez Odwołującego technologii.

W ocenie Izby, wszystkie zakwestionowane przez Zamawiającego i Przystępującego różnice w zastosowaniu technologii zaoferowanej przez Odwołującego nie mają takiego charakteru, aby uznać, że zaoferowano technologie o parametrach, które nie są: „(...) *takie same lub lepsze (...)*” i nie zapewniają wymaganej wydajności min. i max., czyli osiągnięcia zakładanego przez Zamawiającego efektu, czyli kompostu będącego nawozem w rozumieniu właściwych przepisów. Izba oparła się w tym zakresie na ofercie Odwołującego (wykazie i opisie kompostowni), wyjaśnieniach zawartych w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego, a także piśmie Przystępującego złożonym na rozprawie. Izba tak jak było to już podnoszone nie uznała, jako dowodu w sprawie załącznika do pisma procesowego Odwołującego uznając dołączone opracowanie, jako opinie prywatną.

Izba podkreśla, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK

293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11). W konsekwencji Izba uznała, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, że Odwołujący wykazał równoważny charakter zaoferowanej technologii. Należy podkreślić, że Zamawiający w dużej mierze zmianą postanowień SIWZ z dnia 20.05.2013 r. wskazał, co należy przedłożyć do oceny równoważności złożonej oferty. Mimo bowiem obowiązku wykazania przez Wykonawcę równoważnego charakteru zaoferowanej technologii spoczywającego po jego stronie, poprzez kategoryczny nakaz zawarty w niniejszej zmianie postanowień SIWZ z dnia 20.05.2013 r., Izba zobowiązana była wziąć niniejszą okoliczność pod uwagę, jak i fakt, że to co miał zawierać stosowny wykaz zostało określone przez Zamawiającego w sposób hasłowy i stanowi katalog otwarty i niedookreślony. Wszelkie ewentualne braki w tym wykazie, nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy. W ocenie Izby, zasadnym wydaje się nawet przy takiej, a nie innej konstrukcji wykazu, jak i samej oferty, że Zamawiający winien był ewentualnie wezwać Odwołującego do wyjaśnień. Przy czym, za takie, Izba w dużej mierze uznała argumentację z odwołania oraz pisma procesowego Odwołującego, które stanowią quasi-wyjaśnienia. W toku rozprawy, w ocenie Izby, Odwołujący obalił każdy z elementów stanowiących różnice w zastosowaniu technologii Odwołującego będących podstawą odrzucenia jego oferty w ramach czynności z dnia 11.06.2013 r. Nadto, dał skuteczną kontrargumentację i wykazał w sposób wiarygodny, spójny i logiczny, że jego technologia nie generuje dodatkowych kosztów eksploatacyjnych, nie zakłóci stabilności procesu technologicznego i jego szybkości, umożliwia też monitorowanie przebiegu całego procesu.

Odnośnie powierzchni boksów. Zmiana postanowień SIWZ z dnia 20.05.2013 r. dopuszczała zmianę parametrów, tak jak było to już podnoszone w uzasadnieniu – brak było zastrzeżenia, że owe zmiany nie mogą przebiegać „w dół”. Odwołujący powołał się na przyjęte w ramach – opisu kompostowni tunelowej w technologii boksów wolnostojących COMPObox (tiret pierwszy, drugi i trzeci str. 5 – str. 39 oferty) – wymagane założenia (pkt 2.2). Nadto, powołał się na stosowne wyliczenie zawarte na str. 6 opisu kompostowni tunelowej w technologii boksów wolnostojących COMPObox. Podnoszona podczas rozprawy omyłka w wyliczeniu, w ocenie Izby, nie ma takiego charakteru, że całkowicie dyskredytuje wyliczenie Odwołującego – odnośnie osiągnięcia wymaganej wydajności. Nadto, brak było przeciwwskazań co do ewentualnego wyjaśnienia niniejszej kwestii. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w ramach czynności z dnia 11.06.2013 r. nic w tym zakresie nie podnosił. Jeśli z kolei miał generalnie wątpliwości, mógł jak było to już podnoszone, w ramach wyjaśnień zwrócić się o dalsze informację, w jaki sposób spełniana jest wymagana wydajność mimo zaistniałej omyłki.

Oдноśnie konstrukcji dachów i braku podwójnej plandeki. Odwołujący wskazał na różnice technologiczną – podgrzanie powietrze ma miejsce, jednak nie przy pomocy wentylatorów, które służą nie do podgrzania, ale przenoszenia powietrza, czyli w konsekwencji ma miejsce dostarczanie podgrzanego powietrza. Podgrzanie następuje na skutek procesów mających miejsce wewnątrz i jest niezależne od pory roku, czy dnia, tudzież energii słonecznej. Zwrócił również uwagę, że konieczność przerzucania przyzmy wynika z rozporządzenia dotyczącego higienizacji (str. 7 -8 opisu kompostowni tunelowej w technologii boksów wolnostojących COMPObox – str. 41-42 oferty).

Oдноśnie mniejszej ilości linii napowietrzających boks (system napowietrzania – rury napowietrzania). Adekwatna jest argumentacja, jak przy zamianie parametrów boks.

Oдноśnie wentylacji negatywnej (wentylacja boksów). Odwołujący wskazał na różnice technologiczną – wyczerpująco wyjaśnił podczas rozprawy niezasadność obaw Zamawiającego dotyczących zasysania powietrza z wodą – niebezpieczeństwo fermentacji, odwołując się do rozwiązań zapobiegawczych (odprowadzania nadmiary wody – pkt 1.3.1 - str. 12 opisu kompostowni tunelowej w technologii boksów wolnostojących COMPObox – str. 46 oferty, jak i pisma procesowego Odwołującego – str. 5). Względem zarzutu konieczności zraszania wodą i wynikającymi z tego dodatkowymi kosztami (pkt 1.4.1 – str. 13 opisu kompostowni tunelowej w technologii boksów wolnostojących COMPObox – str. 47 oferty), stwierdził, że z uwagi na charakter odpadów przewidzianych przez Zamawiającego do wykorzystania w instalacji, które mają charakter pościelowy, a nie komunalny, takie zraszanie nie będzie konieczne. Względem przekroczenia max. wymaganej wysokości przyzmy, czyli 3 m – Odwołujący wskazał na opis pod rysunkiem (str. 6 - opisu kompostowni tunelowej w technologii boksów wolnostojących COMPObox – str. 40 oferty) przeczący takiemu stanowi rzeczy (nie przekroczy max 2, 5 m). Względem nieuwzględnienia materiału strukturalnego przy rozmiarze boksów, Izba ponawia argumentację dotyczącą zmiany parametrów boks. Nadto, nie była ta kwestia podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, materiał strukturalny jest ujęty w założeniach, jak i w łącznej pojemności wsadu do kompostowni (str. 5 - opisu kompostowni tunelowej w technologii boksów wolnostojących COMPObox – str. 39 oferty, w tym także dane w tabeli znajdującej się na wskazanej stronie).

Oдноśnie kwestii sondy (pomiar stężenia tlenu i temperatury), tj. braku sondy tlenowej. Izba podnosi, że niniejsze z uwagi na charakter wykazu nie może być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy (chodziło o wykaz zastosowanych równoważnych rozwiązań technologicznych, czyli generalnie różnic – str. 33-34 oferty), tym bardziej, że sonda tlenowa jest również przewidziana jak podnosił Odwołujący w odwołaniu i piśmie procesowym Odwołującego.

Należy podkreślić, że Zamawiający mimo dość ogólnego i niedookreślonego nakazu wynikającego ze zmiany postanowień SIWZ z dnia 20.05.2013 r. nie widział, żadnej potrzeby ewentualnych wyjaśnień, co wobec charakteru złożonej oferty oraz późniejszych negatywnych skutków wobec Odwołującego było jak najbardziej wskazane, w ówczesnym stanie rzeczy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....