

**Sygn. akt: KIO 1936/14**

**WYROK**  
**z dnia 6 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2014 r. przez wykonawcę Dimark spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Złotkowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Zakład Gospodarowania Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH w Manheim oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD”, przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża Dimark spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Złotkowie, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez Dimark spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Złotkowie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Dimark spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Złotkowie na rzecz Zamawiającego - Zakładu Gospodarowania Odpadami spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 3 600 zł 00 gr [trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego.

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 Poznaniu.

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający – Zakład Gospodarowania Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „*Kontrakt nr 1 „Projektowanie i budowa instalacji do odzysku odpadów biodegradowalnych zlokalizowanej w Poznaniu”*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W postępowaniu, zostały złożone trzy oferty, z których Zamawiający odrzucił dwie i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD”. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, odrzucając ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

III. W dniu 22 września 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanego przez Zamawiającego odrzucenia jego oferty, a także zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD”, oraz odrzucenia tej oferty, stawiając zarzuty wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) wyboru oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD” [„Konsorcjum Eggersmann”],
- 3) zaniechania wykluczenia Konsorcjum Eggersmann z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- 4) względnie zaniechania wezwania Konsorcjum Eggersmann do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów,
- 5) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, poprzez jego zastosowanie, pomimo, że oferta Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ],
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eggersmann pomimo, że podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, względnie,
- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Eggersmann do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Eggersmann, jako oferty najkorzystniejszej, z naruszeniem przepisów ustawy, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czynności wyboru oferty Konsorcjum Eggersmann, nakazanie wykluczenia Konsorcjum Eggersmann z postępowania i odrzucenia jego oferty, względnie wezwania Konsorcjum Eggersmann do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów, oraz dokonanie ponownej oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający uznał iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ. Zamawiający wskazał, że Odwołujący wbrew postanowieniom SIWZ zaoferował budowę dwóch hal, co jest sprzeczne z punktem 4.5.2. Opisu Przedmiotu Zamówienia [OPZ] oraz zaoferował rozwiązanie techniczne uwzględniające trzy frakcje [strumienie] kierowane do instalacji fermentacji suchej i instalacji kompostowania w systemie zamkniętym, co jest sprzeczne z punktem 4.5.2.3. i 4.5.2.4. OPZ. Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, zdaniem Odwołującego narusza przepisy prawa.

**[1] W zakresie braku zasadności zarzutu sprzeczności treści oferty z punktem 4.5.2. OPZ, Odwołujący podniósł:**

Zgodnie z punktem 4.5.2. OPZ, hala technologiczna winna stanowić pod względem architektonicznym i konstrukcyjnym jeden obiekt z wydzielonymi na jej powierzchni i przestrzeni strefami funkcjonalnymi i instalacjami:

- strefą przyjęcia i czasowego magazynowania odpadów biodegradowalnych i odpadów zielonych;
- segmentem przygotowania wsadu do fermentacji i kompostowania – instalacja z urządzeniami transportu, doczyszczania, rozdrabniania odpadów;
- instalacją fermentacji suchej odpadów biodegradowalnych zbieranych selektywnie oraz odpadów zielonych o przepustowości min. 24 000 Mg/rok w systemie zamkniętym,
- instalacją kompostowania pozostałości z procesu fermentacji oraz odpadów zielonych o przepustowości min. 28 000 Mg/rok w systemie zamkniętym; [wymagana przepustowość kompostowania uwzględnia ok. 10% sezonowe nierównomierności w ciężarze objętościowym wsadu].
- strefą manewrową umożliwiającą załadunek i wyładunek instalacji fermentacji i kompostowania;
- segmentem oczyszczania powietrza procesowego z biofiltrem;
- instalacją energetycznego wykorzystania biogazu ze stacją generatorów prądu,
- zbiornikiem/zbiornikami metanu;
- pomieszczeniem sterowni i sanitariatów;
- pomieszczenia centrali ups.

Odwołujący podał, że w swojej ofercie zaoferował dokładnie takie rozwiązanie, jakie oczekiwał Zamawiający tj. budowę hali technologicznej stanowiącej pod względem architektonicznym i konstrukcyjnym **jeden obiekt** z wydzielonymi na jej powierzchni i przestrzeni strefami funkcjonalnymi i instalacjami. Na stronie 110 swojej oferty Odwołujący wskazał, iż: *„Hala technologiczna będzie stanowić pod względem architektonicznym i konstrukcyjnym **jeden obiekt** z wydzielonymi na jej powierzchni i przestrzeni strefami funkcjonalnymi i instalacjami: [...]”*. Powyższe wynika także wprost z załączonych do oferty dokumentów, w tym rysunku *„Plan zagospodarowania terenu”*, na którym ciągłą linią zaznaczono jeden budynek [hala technologiczna]. Z powyższego wynika więc jasno, że przedmiotem oferty była jedna hala, a nie dwie jak twierdzi Zamawiający. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dokonał analizy załączonych przez Odwołującego dokumentów opierając się wyłącznie na dowolnej językowej wykładni stwierdzenia Odwołującego, który opisując wewnętrzne strefy hali posługiwał się pojęciem „obiekty”. Użyte przez Odwołującego sformułowanie „obiekty” nie odnosi się do budynku hali. Jest to także określenie wewnętrznych podziałów w samym budynku hali na konkretne strefy. Odwołujący podkreślił, że nawet sam Zamawiający w IdW wskazał na konieczność przedłożenia schematu technologicznego poszczególnych obiektów przedstawiający układ maszyn, urządzeń, system przenośników, obrazujący możliwość magazynowania, transportu i odzysku poszczególnych rodzajów odpadów [załącznik nr 7 do IdW]. - fragment załącznika nr 7 do IdW stanowi: *„W celu potwierdzenia, że oferowana instalacja odpowiada*

wymaganiom określonym przez Zamawiającego i uzasadnia Gwarancje technologiczne Wykonawcy, Oferent w oparciu o informacje i Wymagania Zamawiającego opisane szczegółowo w Wymaganiach Zamawiającego - Programie Funkcjonalno-Użytkowym winien przedstawić opis obejmujący w szczególności:

- co najmniej niżej wymienione elementy,
- w co najmniej zakresie wymienionym poniżej.

Wykonawca może ponad minimalnie wymagany zakres dowolnie kształtować i rozwijać opis oferowanych rozwiązań technicznych i technologicznych.

Propozycja wykonawcy powinna zawierać, co najmniej:

1] Założenia programowo-funkcjonalne, w skład których wchodzić będą:

- a) opis koncepcji zagospodarowania terenu inwestycji,
- b) opis podstawowych budowlanych obiektów technicznych i technologicznych zawierający podstawowe wymiary, parametry techniczne i technologie wykonania,
- c) opis zastosowanej technologii do odzysku odpadów biodegradowalnych,
- d) wyniki obliczeń procesowych zastosowanych procesów technologicznych przebiegających na terenie instalacji z przedstawieniem istotnych parametrów technicznych i technologicznych,
- e) część rysunkową zawierającą co najmniej:
  - plan zagospodarowania terenu inwestycji,
  - schemat technologiczny instalacji przedstawiający rozdział strumienia odpadów oraz rodzaje i ilości podstawowych substratów i produktów procesowych,
  - schemat technologiczny poszczególnych obiektów przedstawiający układ maszyn, urządzeń, system przenośników obrazujący możliwość magazynowania, transportu i odzysku poszczególnych rodzajów odpadów.”

Z powyższego wynika, iż Zamawiający używał pojęcia „obiekt” również w sposób ogólny tj. nie tylko odnoszący się do samego budynku, ale znajdujących się w jego wnętrzu instalacji [stref]. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, zaoferowane rozwiązanie nie jest więc sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego. Decyzja o odrzuceniu oferty w tym zakresie jest więc nieuzasadniona i sprzeczna z prawem.

**[2] W zakresie braku zasadności zarzutu sprzeczności treści oferty z punktem 4.5.2.3. i 4.5.2.4. OPZ, Odwołujący podniósł:**

Zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego punktem 4.5.2.3. OPZ dotyczącym instalacji fermentacji suchej w systemie zamkniętym ze zbiornikiem odcieku [wymagania technologiczne], minimalna wymagana przepustowość instalacji fermentacji suchej min.

24 000 Mg/rok w tym:

- ok. 12 000 Mg/rok selektywnie zbieranych odpadów biodegradowalnych;
- ok. 12 000 Mg/rok selektywnie zbieranych odpadów zielonych,
- przy założeniach:
  - odpady biodegradowalne o zawartości 38% s.m., 70% s.m.o., gęstości nasypowej 0,6Mg/m<sup>3</sup>;
  - odpady zielone o zawartości 55% s.m., 80% s.m.o., gęstości nasypowej 0,45Mg/m<sup>3</sup>.

Nadto, zgodnie z punktem 4.5.2.4. OPZ, minimalna wymagana przepustowość instalacji kompostowania w systemie zamkniętym min. 28 000 Mg/rok przy średnim ciężarze nasypowym 0,7 Mg/m<sup>3</sup> w tym:

- ok. 22 000 Mg/rok frakcji 0-100 mm odpadów biodegradowalnych zbieranych selektywnie i odpadów zielonych wcześniej poddanych procesowi odzysku biogazu w procesie fermentacji suchej;
- min. 6 000 Mg/rok odpadów zielonych zbieranych selektywnie rozdrobnionych do frakcji 0-100 mm;

Minimalna wymagana przepustowość kompostowania uwzględnia ok. 10% sezonowe nierównomierności w ciężarze objętościowym wsadu.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w ramach złożonych wyjaśnień, zaproponował rozwiązanie techniczne i technologiczne uwzględniające łącznie trzy frakcje [strumienie] kierowane do instalacji fermentacji suchej, tj.:

- 1] pierwsza frakcja [strumień] - odpady zielone w ilości 12 000 Mg/rok;
  - [2] druga frakcja [strumień] - odpady biodegradowalne w ilości 12000 Mg/rok;
  - 3] trzecia frakcja [strumień] - powtórnie przerabiany materiał, tj. odpad zielony i odpad biodegradowalny po procesie fermentacji,
- oraz trzy frakcje [strumienie] kierowane do instalacji kompostowania w systemie zamkniętym tj.:

- 1] pierwsza frakcja [strumień] - pofermentat w ilości ok. 21 100 Mg/rok;
- 2] druga frakcja [strumień] - odpad zielony w ilości min. 6 000 Mg/rok;
- 3] trzecia frakcja [strumień] - powtórnie przerabiany materiał to jest ponowne wykorzystanie odpadów już wprowadzonych do instalacji tzn. pofermentatu i odpadów zielonych po wyjściu z procesu kompostowania tzw. recyrkulacja kompostu w ilości około 8006 Mg/rok.

Stanowisko Zamawiające jest błędne - Odwołujący nie zaproponował rozwiązań w ramach złożonych wyjaśnień, tylko w ramach złożonej przez siebie oferty. W swoich wyjaśnieniach Odwołujący natomiast wyraźnie wskazał, iż do procesu fermentacji trafiają dwa strumienie, a nie trzy - fragment wyjaśnień Odwołującego - strona 12. Zgodnie z ofertą Wykonawcy str. 145 i schematami technologicznymi 2 i 3 do procesu fermentacji trafiają

strumień odpadów zielonych w ilości 12 000 Mg/rok oraz strumień odpadów biodegradowalnych w ilości 12 000 Mg/rok. Powtórnie przerabiany materiał jest to odpad zielony i odpad biodegradowalny po procesie fermentacji czyli wprowadzany do instalacji. Także z treści oferty wynika jasno, iż Odwołujący zaproponował w swojej ofercie rozwiązanie zgodne z SIWZ. Na stronie 108 oferty Odwołującego wskazane zostało, iż: *„Docelowo instalacja pozwoli na przyjmowanie następujących strumieni odpadów: odpady zielone zbierane selektywnie, odpadów biodegradowalne zbierane selektywnie.”* Także załączony do oferty rysunek- *„Schemat technologiczny poszczególnych obiektów”* potwierdza to stanowisko.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie określił w SIWZ sposobu przeprowadzenia procesu fermentacji i kompostowania. Wykorzystanie więc powtórnie przerobionego materiału [zmieszana frakcja zielona z biodegradowalną] w samym procesie fermentacji i kompostowania jest dopuszczalne i powszechnie stosowane. Materiał ten wykorzystywany jest w samej instalacji fermentacji i kompostowania w niewielkiej części. Nie jest to więc nowy strumień [frakcja] jak sugeruje Zamawiający. Metoda ta daje większe zyski, z uwagi na znacznie większą efektywność produkcji biogazu.

### **[3] W zakresie zarzutów wobec konsorcjum Eggersmann Odwołujący podniósł:**

[1] Odwołujący wskazał na niedoskonałości zaświadczenia o opłaceniu składek na ubezpieczenie społeczne - Konsorcjum Eggersmann w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu posiłkowało się potencjałem podmiotu trzeciego, udostępnionego w trybie art. 26 ust 2b Pzp, przez Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co KG. W związku z tym, Konsorcjum Eggersmann przedłożyło do oferty dokumenty mające potwierdzić brak podstaw do wykluczenia, dotyczące wyżej wskazanego podmiotu trzeciego. Konsorcjum Eggersmann załączyło m.in. zaświadczenie wystawione przez AOK NORDWEST z dnia 14 maja 2014 roku, potwierdzające opłacenie składek na ubezpieczenie społeczne [przez podmiot udostępniający potencjał], przy czym w treści zaświadczenia wskazano, iż do tego towarzystwa ubezpieczeniowego zgłoszona została tylko jedna osoba [strona 227 oferty Konsorcjum Eggersmann]. Tymczasem z załączonych do oferty innych dokumentów tj. KRK zarządu [strona 229-230 oraz 231-232 oferty Konsorcjum Eggersmann] wynika, iż, pracowników zatrudnionych jest więcej. Do tego dochodzą jeszcze osoby wskazane w wykazie osób, z którego to wynika, że jedna z tych osób jest od czerwca 2007 r. zatrudniona w firmie Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co KG [strona 50 oferty Konsorcjum Eggersmann]. Podobnie kolejna osoba [strona 75 oferty Konsorcjum Eggersmann], jest od sierpnia 2008 r. zatrudniona także w firmie Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co KG. Z powyższego wynika, że składki powinny być odprowadzane minimum od czterech osób



a nie od jednej. Zgodnie z prawodawstwem niemieckim, każdy z pracowników podlega ubezpieczeniu i może być ubezpieczony w różnych towarzystwach, których w Niemczech jest ponad 20. Przedłożone zaświadczenie dotyczyło tylko jednego z towarzystw ubezpieczeniowych, w którym akurat zgłoszony był jeden z pracowników. Taki dokument jest jednak niewystarczający. Z samej treści oferty wynika, że pracowników Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co KG zatrudnia więcej. Fakt, że w stosunku do jednego z nich zapłacone zostały składki [w którym jest ubezpieczony tylko jeden pracownik], nie potwierdza braku okoliczności uzasadniających wykluczenie z postępowania. Zaległości mogą być bowiem stosunku do innych pracowników ubezpieczonych w innych towarzystwach.

[2] Odwołujący wskazał także na niewłaściwe zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału. Na stronie 218 oferty Konsorcjum Eggersmann zawarte zostało oświadczenie od udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci tj. Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co. KG Max-Planck-Str. 15 33428 Marienfeld. Podmiot ten, zgodnie z oświadczeniem używać ma referencji znajdujących się na stronie 80 i 84 oferty Konsorcjum Eggersmann. Z załączonych referencji [str. 80] wynika, że są one wydane na firmę Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co KG Carl-Zeiss-Straße 8 32549 Bad Oeynhausen. Drugi dokument referencji, znajdujący się na stronie 84, jest wydany na firmę Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co. KG Max-Planck-Str.15 33428 Marienfeld.

Z powyższego wynika, że dokumenty te wydane zostały na rzecz dwóch różnych podmiotów. Wykonawca nigdzie nie wyjaśnił dlaczego powstały te rozbieżności tj. czy jest to ten sam podmiot, czy nastąpiła zmiana adresu, co nie wynika jednak z przedłożonego rejestru handlowego.

Przedmiotem udostępnienia była tylko wiedza i doświadczenie, a nie kadra. Tymczasem zgłoszona przez Konsorcjum Eggersmann kadra, którą wykazuje się on w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest zatrudniona w firmie Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co. KG, a nie Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH. Osoby te, zgodnie z formularzem na stronie 29 i 31, będą zatrudnione na umowę cywilno-prawną.

Z uwagi na fakt, że osoby te są zatrudnione u podmiotu używającego potencjał, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinno też dojść do użyczenia kadry, a nie tylko samych referencji.

Uznać więc należy, że Konsorcjum Eggersmann nie wykazało warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania kadrami.

**IV.** Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu Zamawiający podał:

**[1] W zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego:**

Niezgodność oferty z treścią SIWZ, w części w której Zamawiający szczegółowo opisał przedmiot zamówienia w zakresie konstrukcji hali technologicznej oraz liczby strumieni odpadów kierowanych do instalacji fermentacji suchej oraz do instalacji kompostowania, jest rażąca, nieusuwalna i została potwierdzona nie tylko we wcześniejszych wyjaśnieniach Odwołującego, lecz *de facto* również w samym odwołaniu. Kluczowe dla oceny rzeczowej niezgodności jest porównanie wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ dla ww. dwóch elementów inwestycji oraz treści oferty złożonej w tym zakresie przez Odwołującego. Do niezgodności treści oferty z SIWZ skutkującej odrzuceniem dochodzi bowiem wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego, z czym właśnie mamy do czynienia w przypadku oferty Odwołującego.

Opisane wymogi Zamawiającego, dotyczące konstrukcji hali technologicznej oraz liczby strumieni odpadów zostały określone w SIWZ w sposób jednoznaczny, precyzyjny i nie budzący wątpliwości wśród Wykonawców. Konsekwentnie na etapie przetargu żaden z Wykonawców nie formułował w tym zakresie jakichkolwiek pytań do treści SIWZ i wymóg ten nie był przez Wykonawców kwestionowany w drodze odwołania do KIO. Wymogi te nie są też sporne pomiędzy stronami niniejszego postępowania odwoławczego, co Odwołujący potwierdził w treści odwołania. Ich kwestionowanie na etapie odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty uznać należałoby za spóźnione, gdyby Odwołujący takie próby podejmował. Na obecnym etapie nie jest również dopuszczalna taka ich rozszerzająca interpretacja, która prowadzi do dostosowania tych wymogów do treści oferty Odwołującego, gdyż stanowiłoby to oczywiste naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy. Wobec powyższego, istotne jest ustalenie treści oferty Odwołującego i potwierdzenie jej niezgodności z wymaganiami SIWZ, w oparciu o które nastąpiło odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

(1) W zakresie konstrukcji hali technologicznej:

W pkt. 4.5.2. na stronie 49 dokumentu zatytułowanego „Opis Przedmiotu Zamówienia” [OPZ lub PFU], Zamawiający wymagał aby stanowiła ona jeden obiekt pod względem

architektonicznym i konstrukcyjnym, z wydzielonymi na jej powierzchni i przestrzeni strefami funkcjonalnymi i instalacjami. Ponadto w pkt. 4.5.1. PFU na stronie 48 Zamawiający określił rodzaje stref funkcjonalnych i instalacji do realizacji w ramach Kontraktu w hali technologicznej, stanowiącej jeden obiekt budowlany. Wykonawca na etapie przygotowywania oferty dysponował również Decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach, stanowiącą załącznik nr 2 OPZ, w której na stronie 2 uzgodniono w ramach przedmiotowej inwestycji realizację „hali”. Powyższą Decyzję Wykonawca musi dołączyć do wniosku o wydanie decyzji o pozwoleniu na budowę oraz pozwolenia zintegrowanego, zgodnie z art. 72 ust. 1 z dnia 3 października 2008 r. o *udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko*, co powoduje, iż brak jest możliwości wprowadzania zmian technologicznych do tych, jakie przedstawiono i uzgodniono na etapie wydawania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.

Tymczasem w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia b.r. Odwołujący oświadczył, że w przedstawionym w ofercie schemacie technologicznym instalacji [jest to załącznik nr 2 do oferty technicznej] „*nie uwzględniano hali przyjęcia i przygotowania wsadu*” [s. 11 - 12 wyjaśnień], co oznacza, iż Odwołujący zaoferował realizację dwóch hal, a więc rozwiązanie pozostające w całkowitej sprzeczności z ww. wymaganiami Zamawiającego. Już sam fakt, iż pomimo wymogów Zamawiającego określonych w Załączniku nr 7 do IDW [Wzór opisu rozwiązań technicznych i technologicznych], Odwołujący pominął w schemacie technologicznym element przyjęcia i przygotowania wsadu, stanowi o niezgodności jego oferty z SIWZ, która skutkować powinna odrzuceniem tej oferty. Z treści oferty, jak i powyższych wyjaśnień, przedstawionych przez Odwołującego, jednoznacznie wynika zatem, że Odwołujący zaproponował budowę nie jednej, lecz co najmniej dwóch hal, z których pierwsza zawierałaby strefę przyjęcia i przygotowania wsadu, zaś druga obejmowałaby pozostałe strefy wymienione w przywołanym wyżej pkt. 4.5.1 i 4.5.2. OPZ. Rozwiązanie to jest zatem sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt. 4.5.1 i 4.5.2 OPZ, ponieważ Zamawiający wymagał przedłożenia przez Wykonawcę opisu rozwiązania technicznego i technologicznego uwzględniającego halę technologiczną jako jeden obiekt z wydzielonymi na jej powierzchni i przestrzeni strefami funkcjonalnymi i instalacjami.

Ta hala technologiczna, która winna stanowić pod względem architektonicznym i konstrukcyjnym jeden obiekt, miała obejmować między innymi właśnie strefę przyjęcia i czasowego magazynowania odpadów biodegradowalnych i odpadów zielonych, tymczasem w odniesieniu do tej strefy Odwołujący wskazuje wprost, że nie została ona uwzględniona

w załączonym do Oferty schemacie technologicznym instalacji. Rozbieżność ta przesądza o zasadniczej sprzeczności oferty Wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie wymogów Zamawiających dotyczących hali.

W świetle tych wyjaśnień rozważania Odwołującego, polegające na zonglerce słowami obiekt - hala, są bezprzedmiotowe i żadną miarą nie unieważniają powodu, dla którego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Jest to mianowicie konsekwencją nie błędnego rozumienia słowa „*obiekt*”, ale treści oferty Odwołującego i zupełnie jasnych oraz całkowicie jednoznacznych wyjaśnień Odwołującego, z których wynikało, że jego oferta nie jest zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego określonym w PFU. Znamienne przy tym, że Odwołujący całkowicie pominął w odwołaniu i nie wspominał w nim ani jednym zdaniem o udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, które wprost potwierdzają, że odrzucenie oferty DIMARK z uwagi na jej niezgodność z SIWZ było zasadne.

Zamawiający wskazał na cel, jaki przyświecał mu przy takim konstruowaniu oczekiwań co do liczby hal technologicznych, w których miałyby przebiegać procesy zagospodarowania odpadów. Chodziło mianowicie o maksymalne ograniczenie, a w miarę możliwości pełne wykluczenie wytwarzanych w czasie obróbki odpadów emisji substancji złoonych [odorów] do atmosfery. Rozwiązanie architektoniczne polegające na prowadzeniu całego procesu technologicznego w jednej hali w znacznym stopniu eliminuje sytuacje, w których będące źródłem tychże odorów gazy uwalniane są do atmosfery. W sytuacji, gdy proces ten miałby mieć miejsce w dwóch lub więcej halach, konieczne będą transporty odpadów pomiędzy nimi, co nierozdzielnie związane jest z dodatkowymi uciążliwościami zapachowymi, wynikającymi z częstszego, niż w pożądanym modelu otwierania bram hal oraz dodatkowymi w stosunku do tego modelu transportami odpadów pomiędzy halami. Już same tylko istniejące instalacje, w których Zamawiający już obecnie prowadzi procesy zagospodarowania odpadów, są źródłem odorów, które budzą znaczny sprzeciw narażonych na nie okolicznych mieszkańców. Od wielu lat osoby te domagają się ograniczenia uciążliwości, na jakie w związku z przedmiotową działalnością są narażeni. Apele te znalazły swój wyraz w licznych spotkaniach, petycjach i artykułach prasowych poświęconych temu problemowi. Jakiegokolwiek dodatkowe źródła emisji substancji złoonych, a takim byłaby instalacja do odzysku odpadów biodegradowalnych wykonana w zaproponowanej przez Odwołującego koncepcji dwóch odrębnych hal, spotkają się ze zdecydowanym oporem właścicieli sąsiadujących nieruchomości, co może zagrozić nie tylko budowie tak ważnej dla całej aglomeracji poznańskiej inwestycji, ale zwłaszcza niezakłóconej eksploatacji tejże instalacji. Mając świadomość powagi tego problemu, Zamawiający świadomie skonstruował i zawarł w SIWZ warunek, aby hala technologiczna stanowiła jeden

tylko obiekt, nie zaś - jak to zaoferował Odwołujący pozostając w całkowitej sprzeczności z tym wymaganiem - ich większą liczbę. Emisja substancji złownnych [odorów] do atmosfery to obok oczywistej uciążliwości dla okolicznych mieszkańców narażonych na pogorszenie jakości życia, także zagrożenie dla zdrowia, a nawet życia ludzkiego, jako że substancje te są nierzadko szkodliwe, co więcej, wraz z nimi unoszone są także niebezpieczne dla człowieka mikroorganizmy. Dlatego też w zaistniałej sytuacji, wobec wykazanej powyżej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, Zamawiający nie mógł poddać jej ocenie i zmuszony był ją odrzucić.

(2) W zakresie liczby strumieni [frakcji] odpadów:

Co do liczby frakcji [strumieni] odpadów wprowadzanych do instalacji fermentacji suchej, Zamawiający w pkt. 4.5.2.3. OPZ [podpunkt „Wymagania technologiczne”, s. 54] precyzyjnie określił rodzaje i wielkości frakcji [strumieni] trafiających do instalacji fermentacji suchej. Oferta winna zatem przewidywać przetworzenie dwóch frakcji [strumieni] odpadów tj.:

1. pierwsza frakcja [strumień]: selektywnie zbierane odpady biodegradowalne [w ilości ok. 12 000 Mg/rok];
2. druga frakcja [strumień]: selektywnie zbierane odpady zielone [w ilości ok. 12 000 Mg/rok].

Zamawiający nie dopuszczał możliwości skierowania do procesu fermentacji innych, dodatkowych strumieni odpadów, a określając przepustowość instalacji Zamawiający wskazał wyłącznie dwie powyżej zaprezentowane frakcje [strumienie] odpadów.

Tymczasem Odwołujący w ramach złożonych wyjaśnień oświadczył co prawda, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie przewiduje przetwarzanie dwóch frakcji [strumieni] odpadów:

1. pierwsza frakcja [strumień] - odpady zielone w ilości 12 000 Mg/rok;
2. druga frakcja [strumień] - odpady biodegradowalne w ilości 12 000 Mg/rok;

ale jego technologia przewiduje także - wbrew głośnym zaprzeczeniom Odwołującego - wprowadzanie do instalacji fermentacji suchej dodatkowej, trzeciej frakcji [strumienia] odpadów: trzecia frakcja [strumień] - powtórnie przerabiany materiał, będący mieszaniną odpadów zielonych oraz odpadów biodegradowalnych uprzednio już poddanych procesie fermentacji.

Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego ta trzecia frakcja [strumień] odpadów to „*powtórnie przerabiany materiał, który jest „powtórnie wykorzystywanym już wprowadzonym do instalacji strumieniem odpadów zielonych i strumieniem odpadów biodegradowalnych, zawierającym niezbędne szczepy bakterii z procesu fermentacji”*”. Skoro jednak jest to strumień [frakcja] odpadów niezbędny dla właściwego funkcjonowania zaproponowanej technologii, to jest zarazem oczywiste, iż cechuje się on istotnymi odrębnościami w stosunku do dwóch pierwszych strumieni [frakcji] odpadów, które nie pełnią analogicznej funkcji. Odmienność ta, tj. odrębny, szczególny charakter tej frakcji [strumienia] odpadów, wynikający m.in. z ich przetworzenia oraz zawartości „*niezbędnych szczepów bakterii z procesu fermentacji w pełni uzasadnia przekonanie, iż nie są one tożsame z dwoma pierwszymi frakcjami [strumieniami] odpadów. Przeciwnie, stanowią trzecią, a więc dodatkową w stosunku do ustanowionych przez Zamawiającego, odmienną zarówno co do natury, jak i funkcji przypisanej im w zaoferowanej technologii, frakcję [strumień] odpadów.*”

Powyższe okoliczności oznaczają, że Odwołujący w swej ofercie przedstawił technologię uwzględniającą łącznie trzy strumienie [frakcje] odpadów kierowane do tej instalacji. Znalazło to potwierdzenie w wyjaśnieniach Odwołującego, a nawet w treści samego odwołania - zamieszczony bowiem na stronie 10 odwołania schemat pochodzący z oferty Odwołującego oraz przedstawione pod nim wyjaśnienia Odwołującego wyraźnie potwierdzają, że do komory fermentacji suchej wprowadza się w proponowanej technologii trzy, a nie jak tego oczekiwał Zamawiający dwa, strumienie odpadów.

Co więcej, nie jest to - wbrew twierdzeniom Odwołującego - „*niewielka część*” odpadów [por. wyjaśnienia Odwołującego, s. 10], jako że jest to strumień ok. 16.000 Mg rocznie, a więc ilość porównywalna z pozostałymi frakcjami [strumieniami] wprowadzanymi do instalacji fermentacji suchej. Zgodnie z przedstawionym schematem technologicznym przepustowość komory fermentacji została określona na poziomie 40.000 Mg/a, z czego 24.000 Mg/a będą stanowiły odpady przewidziane do przetwarzania w PFU, natomiast 16.000 Mg/a ma stanowić strumień niezbędny w technologii odwołującego, a nie przewidziany w PFU. Trzeci, zwracany strumień jest więc strumieniem największym [dwa pozostałe wynoszą po 12 tys. Mg/a] i wyniesie 40% całości w procesie fermentacji suchej. W stosunku zatem do ilości przyjętej w PFU zamawiający będzie musiał przerobić o 67% materiału wsadowego więcej. Niezależnie od powyższego oczywistego odstępstwa od wymagań PFU, Zamawiający zwraca uwagę na dodatkowy aspekt potwierdzający, iż twierdzenia Odwołującego są niezasadne i nieprawdziwe. Jak podkreśla Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2014 r. oraz w odwołaniu, trzeci strumień będący powtórnie przerabianym materiałem zawierającym niezbędne szczepy bakterii kierowany

jest drugi raz do komory [instalacji] fermentacji suchej po to by po zmieszaniu z dwoma pozostałymi strumieniami: odpadów biodegradowalnych i odpadów zielonych możliwe było przeprowadzenie w komorze fermentacyjnej procesu fermentacji. Zaproponowana przez Odwołującego technologia polega na obróbce biologicznej odpadów ulegających biodegradacji poprzez zaszczepienie wsadu kierowanego do komór fermentacyjnych przy użyciu inokulum, którym w tym przypadku jest powtórnie podawany do komory przefermentowany materiał a ściślej mówiąc zawarte w nim bakterie beztlenowe powstałe w wyniku wcześniejszego procesu fermentacji poprzedniej partii odpadów. Są one niezbędne do zainicjowania i przeprowadzenia procesu rozkładu kolejnej partii odpadów. Jednocześnie Odwołujący w ofercie w pkt 4.2 podpunkty "Założenia procesowe" oraz "Napowietrzanie" zgodnie z PFU Zamawiającego oferuje w fazie wygaszania procesu fermentacji intensywne napowietrzanie przefermentowanego materiału tj. przepuszczenie z dużą intensywnością przez przefermentowany materiał dużej ilości powietrza. Powietrze zawierające tlen przepuszczane przez przerobiony materiał spowoduje wyginięcie bakterii beztlenowych, które żyją wyłącznie w środowisku nie zawierającym tlenu. Bezcelowe jest więc kierowanie powtórnie strumienia przerobionego materiału do fermentacji kolejnej partii odpadów po to, aby zainicjować i przeprowadzić proces za pomocą znajdujących się w tym materiale bakterii beztlenowych, ponieważ w tym materiale poddanym wcześniej napowietrzaniu bakterii beztlenowych już nie ma, a w związku z tym fermentacja kolejnej partii materiału nie zajdzie. Reasumując, Odwołujący w ofercie najpierw "zabija" bakterie odpowiedzialne za fermentację [poprzez intensywne napowietrzanie] a potem za pomocą strumienia materiału w którym "zabił" bakterie usiłuje przeprowadzić fermentację kolejnej partii odpadów, do której bakterie te są niezbędne. Powyższa operacja napowietrzania oferowana przez Odwołującego, a wymagana zgodnie z PFU, w intencji Zamawiającego ma na celu oczyszczenia przefermentowanego materiału z resztek złozonego gazu przed opróżnieniem komory fermentacji i przewiezieniem przefermentowanego materiału do procesu kompostowania, który jest z kolei jest procesem prowadzonym w środowisku tlenowym za pomocą bakterii tlenowych. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w PFU zaszczepienie bakterii beztlenowych potrzebnych do przeprowadzenia procesu fermentacji odbywa się poprzez zraszanie materiału stanowiącego mieszaninę odpadów biodegradowalnych i odpadów zielonych za pomocą odcieku fermentacyjnego znajdującego się w zbiorniku odcieku, w którym utrzymywane jest środowisko beztlenowe - bez dostępu powietrza co gwarantuje przeżycie bakterii [PFU pkt 4.5.2.3 podpunkt "Założenia procesowe" oraz „Zbiornik odcieku“]. Ten element dodatkowo potwierdza, że Odwołujący, za pomocą jedynie gry słów, usiłuje wykazać, że zaoferowana przez niego technologia jest rzekomo zgodna z PFU, podczas gdy w rzeczywistości tak nie jest. Takie oczywiste odstępstwo od wymagań Zamawiającego nie dość, że stoi w rażącej sprzeczności z treścią

SIWZ, to dodatkowo realizacja inwestycji według odmiennej technologii zaoferowanej przez Odwołującego wiązałyby się również z dużo większymi kosztami utrzymania i eksploatacji wybudowanej w ten sposób instalacji, a także z istotnymi uciążliwościami zapachowymi dla pracowników Zamawiającego obsługujących instalację, a przede wszystkim dla okolicznych mieszkańców, związanymi z możliwością emisji dodatkowych ilości substancji złownonych [odorów] w związku z koniecznością transportu dodatkowych ilości powtórnie zawracanego materiału. Skutków takich chciał zaś Zamawiający uniknąć właśnie poprzez świadomą redukcję liczby strumieni odpadów wprowadzanych do komory fermentacji i poprzez precyzyjne opisanie w pkt. 4.5.2.3. OPZ przebiegu poszczególnych faz technologicznych procesu przetwarzania odpadów w komorach fermentacyjnych, który wyklucza możliwość zaoferowania technologii zaproponowanej przez Odwołującego. Odwołujący natomiast poprzez rozszerzającą i przyjętą wyłącznie na własne potrzeby interpretację OPZ, używając wprowadzającej w błąd nomenklatury, próbuje „dopasować” wymagania technologiczne Zamawiającego do swojej oferty, która jednak tym wymaganiom nie odpowiada. Odwołujący zdaje się tym samym zapominać, że to wykonawca musi dostosować swą ofertę do precyzyjnych i nie podlegających na tym etapie dyskusji wymagań Zamawiającego a nie odwrotnie.

Zamawiający w OPZ nie dopuścił możliwości zmiany liczby rodzajów frakcji [strumieni] kierowanych do instalacji fermentacji suchej. Zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązanie technologiczne uwzględniające powtórne wykorzystywanie dodatkowej frakcji [strumienia] odpadów jest niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w pkt. 4.5.2.3 OPZ. Powyższe okoliczności świadczą o sprzeczności oferty Wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do liczby frakcji [strumieni] odpadów wprowadzanych do instalacji kompostowania, Zamawiający w pkt. 4.5.2.4. OPZ [podpunkt „Wymagania technologiczne”] określił również precyzyjnie rodzaje i wielkości frakcji [strumieni] trafiających do instalacji kompostowania w systemie zamkniętym, tj.:

1. pierwsza frakcja [strumień] - odpady biodegradowalne zbierane selektywnie i odpady zielone wcześniej poddane procesowi odzysku biogazu w procesie fermentacji suchej w ilości ok. 22 000 Mg/rok,
2. druga frakcja [strumień] - odpady zielone zbierane selektywnie w ilości min. 6 000 Mg/rok.



Zamawiający nie dopuszczał możliwości skierowania do procesu kompostowania innych, dodatkowych strumieni odpadów, a określając przepustowości instalacji Zamawiający wskazał wyłącznie dwie powyżej zaprezentowane frakcje [strumienie] odpadów.

Tymczasem Odwołujący w ramach złożonych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego oświadczył co prawda, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie przewiduje przetwarzanie dwóch frakcji [strumieni] odpadów:

1. pierwsza frakcja [strumień] - pofermentat w ilości ok. 21 100 Mg/rok;
2. druga frakcja [strumień] - odpad zielony w ilości min. 6 000 Mg/rok;

ale jego technologia przewiduje także - wbrew zaprzeczeniom Odwołującego -wprowadzanie do instalacji kompostowania dodatkowej, trzeciej frakcji [strumienia] odpadów, tj.:

3. trzecia frakcja [strumień] - powtórnie przerabiany materiał, będący mieszaniną odpadów już wprowadzonych do instalacji tzn. pofermentatu i odpadów zielonych po wyjściu z procesu kompostowania tzw. recyrkulacja kompostu w ilości około 8006 Mg/rok.

Zaproponowana przez Odwołującego technologia polega na obróbce biologicznej odpadów ulegających biodegradacji poprzez zaszczerpienie wsadu kierowanego do komór kompostowania przy pomocy przekompostowanego materiału z komór stabilizacji tlenowej. Pofermentat zawiera różne mikroorganizmy zawarte już w przekompostowanym materiale, konieczne do zainicjowania i powodzenia procesu stabilizacji tlenowej materii organicznej.

Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego ta trzecia frakcja [strumień] odpadów to „*powtórnie przerabiany materiał*”. Skoro jednak jest to strumień [frakcja] odpadów niezbędny dla właściwego funkcjonowania zaproponowanej technologii, to jest zarazem oczywiste, iż cechuje się ona istotnymi odrębnościami w stosunku do dwóch pierwszych strumieni [frakcji] odpadów, które nie pełnią analogicznej funkcji. Odmienność ta, odrębny, szczególny charakter tej frakcji [strumienia] odpadów w pełni uzasadnia przekonanie, iż nie są one tożsame z dwoma pierwszymi frakcjami [strumieniami] odpadów, przeciwnie - stanowią trzecią, a więc dodatkową w stosunku do ustanowionych przez Zamawiającego, odmienną zarówno co do natury, jak i funkcji przypisanej im w zaoferowanej technologii, frakcję [strumień] odpadów. Powyższe okoliczności oznaczają, że Odwołujący w swej ofercie przedstawił technologię uwzględniającą łącznie trzy strumienie [frakcje] odpadów kierowane nie tylko do instalacji fermentacji suchej, lecz konsekwentnie również do instalacji kompostowania. Również w tym przypadku, kierowanie trzech strumieni do instalacji

kompostowania znalazło potwierdzenie w wyjaśnieniach Odwołującego oraz w treści samego odwołania. Zamieszczony na stronie 10 odwołania schemat pochodzący z oferty Odwołującego oraz przedstawione pod nim wyjaśnienia Odwołującego wyraźnie potwierdzają, że do komory kompostowania wprowadza się w proponowanej technologii trzy, a nie jak tego oczekiwał Zamawiający dwa, strumienie odpadów.

Co więcej, nie jest to - wbrew twierdzeniom Odwołującego - „*niewielka część*” odpadów [por, wyjaśnienia, s. 10]. Zgodnie z przedstawionym schematem technologicznym przepustowość komór kompostowania została określona na poziomie 35.106 Mg/a, z czego 27.100 Mg/a [21.100 Mg/a stanowi pofermentat, 6.000 Mg/a stanowią odpady zielone] będą stanowiły odpady przewidziane do przetwarzania w PFU, natomiast 8.006 Mg/a ma stanowić strumień niezbędny w technologii odwołującego, a nie przewidziany w PFU. Trzeci, zawracany do komory kompostowania strumień jest więc znaczącym strumieniem największym [dwa pozostałe wynoszą łącznie 27.100 Mg/a] i wyniesie 23% całości w procesie kompostowania. W stosunku do ilości przyjętej w PFU Zamawiający będzie musiał przerobić o 30% materiału wsadowego więcej.

Podobnie jak w przypadku rozbieżności dotyczących instalacji fermentacji, także i tutaj takie oczywiste odstępstwo od wymagań Zamawiającego nie dość, że stoi w rażącej sprzeczności z treścią SIWZ, to dodatkowo realizacja inwestycji według odmiennej technologii zaoferowanej przez Odwołującego wiązałaby się również z dużo większymi kosztami utrzymania i eksploatacji wybudowanej w ten sposób instalacji, a także mogłaby spowodować istotne uciążliwości zapachowe dla pracowników Zamawiającego obsługujących instalację oraz dla okolicznych mieszkańców, związane z możliwością emisji dodatkowych ilości substancji złoonych [odorów] w związku z koniecznością „zawracania” strumienia fermentujących odpadów.

Zamawiający w OPZ nie dopuścił możliwości zmiany ilości rodzajów frakcji [strumieni] kierowanych do instalacji kompostowania w systemie zamkniętym. Zaproponowane przez Wykonawcę rozwiązanie technologiczne uwzględniające powtórne wykorzystywanie dodatkowej frakcji [strumienia] odpadów - przerobionego pofermentatu [odpady biodegradowalne zbierane selektywnie i odpady zielone wcześniej poddane procesowi odzysku biogazu w procesie fermentacji suchej], jest niezgodne z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w pkt. 4.5.2.2 i 4.5.2.4 OPZ. Powyższe okoliczności świadczą o sprzeczności oferty Wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podsumowując kwestię niezgodności treści oferty DIMARK z OPZ w zakresie dotyczącym liczby strumieni kierowanych do kolejnych instalacji, dla zobrazowania zaistniałego rażącego odstępstwa od wymagań Zamawiającego, w załączeniu Zamawiający przedkłada

przygotowane przez siebie zestawienie uproszczonych schematów technologicznych wynikających z; wymogów opisanych w OPZ oraz z oferty DIMARK.

(3) Aspekt dodatkowych kosztów związany z odstępstwem od PFU

Na podstawie informacji uzyskanych od Wykonawców, Zamawiający dokonał wewnętrznej analizy finansowej, porównującej technologie zaoferowane przez DIMARK [oferta nr 1], Konsorcjum Eggersmann [oferta nr 2] oraz Konsorcjum pod przewodnictwem IDS-BUD S.A. [oferta nr 3]. Z analizy tej wynika, iż oferty nr 2 i 3 w części dotyczącej przychodów ze sprzedaży prądu i świadectw pochodzenia są bardzo zbliżone [różnica w przychodach z funkcjonowania instalacji wyniosła ok. 5%], natomiast przychody z tego samego tytułu w ofercie nr 1 były większe o około 47% od dwóch pozostałych.

W drugim etapie analizy finansowej Zamawiający dokonał oszacowania kosztów eksploatacyjnych dla technologii zaoferowanej w ofercie nr 1, przy założeniu, iż konieczne będzie przerobienie o 67% materiału wsadowego więcej w przypadku etapu fermentacji suchej oraz przerobienie o 30% więcej dla etapu kompostowania [stabilizacji tlenowej]. Zgodnie z zapisami w PFU oraz w ofercie nr 1, załadunek i wyładunek wszystkich komór odbywać się będzie przy pomocy dwóch ładowarek. Podczas szacowania kosztów eksploatacyjnych uwzględniono konieczność dodatkowego transportu tzw. trzeciej frakcji [strumienia] dla etapu fermentacji suchej oraz kompostowania, odpowiednio 16.000 Mg/a oraz 8.006 Mg/a. Na tej podstawie Zamawiający dokonał następujących wyliczeń, przedstawiających porównanie kosztów eksploatacyjnych oferty nr 1 oraz oferty nr 2:

<b>Koszty eksploatacji</b>	Oferta nr 2 [Konsorcjum Eggersmann]	Oferta nr 1 [DIMARK]
Roczne koszty zużycie energii	0	0
Roczne koszty paliwa [łącznie z opłatą za wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza, wnoszoną do Urzędu Marszałkowskiego]	436 139	641 124
Roczne koszty odczynników / materiałów chemicznych	206 344	206 344
Roczne koszty wody	5 182	5 182
Roczne koszty ścieków	33 703	33 703
Roczne koszty pracownicze	365 600	537 432

Roczne koszty napraw i przeglądów technicznych [ części zamienne, smary, itp.]	337 800	496 566
<b>Roczne koszty eksploatacji</b>	<b>1 384 768</b>	<b>1 920 351</b>
<b>Przychody</b>		
Przychody ze sprzedaży energii elektrycznej oraz certyfikatów	645 592	960 274
Przychody ze sprzedaży kompostu	150 000	150 000
<b>Razem przychody</b>	<b>795 592</b>	<b>1 110 274</b>
<b>Bilans</b>	<b>-589 176</b>	<b>-810 077</b>

Roczne koszty eksploatacyjne dla oferty nr 1 [DIMARK] pomimo uwzględnienia większych przychodów z tytułu produkcji prądu, będą większe o około 221 tys. zł netto od oferty nr 2 [Konsorcjum Eggersmann]. Powyższa różnica w bilansie pomiędzy rocznymi kosztami eksploatacji a przychodami musiałaby zostać pokryta z opłaty za zagospodarowywanie odpadów komunalnych, którą mieszkańcy ponoszą na rzecz gmin należących do Regionu II Gospodarki Odpadami Komunalnymi Województwa Wielkopolskiego. W przypadku realizacji technologii z oferty nr 1 mieszkańcy, dla których planowana jest realizacja przedsięwzięcia zmuszeni byłiby do ponoszenia większej opłaty za zagospodarowywanie odpadów komunalnych, czego Zamawiający nie przewidywał konstruując PFU. Wynika to z faktu, że przy takim samym strumieniu odpadów kierowanych do biogazowni „na bramie”, w ofercie nr 1 przerobiony musi zostać strumień o 47% większy, generując tym samym proporcjonalnie większe koszty po stronie Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający kosztów tych chciał uniknąć, a dysponując przygotowanymi jeszcze przed wszczęciem postępowania przetargowego obliczeniami, załączonymi do niniejszego pisma, świadomie tak sformułował warunki dotyczące technologii, aby taka niekorzystna okoliczność nie nastąpiła.

Ponadto uwzględniając wzrost kosztów pracowniczych oraz konieczność ponownego transportu trzeciej frakcji [strumienia], niemożliwym wydaje się funkcjonowanie Zakładu w oparciu o zatrudnienie 8 osób, zgodnie z zapisami pkt. 4.4.4. OPZ. Określenie dokładnej ilości pracowników poprzedzone było sporządzeniem na potrzeby wniosku o wsparcie finansowe w postaci dotacji ze środków Funduszu Spójności [POIiŚ] studium wykonalności [załącznik do wniosku do POIiŚ]. W ramach przeprowadzonej analizy określono dokładną ilość etatów i koszty z nimi związane, które uwzględniono w tzw. deficycie finansowania i zastosowano do kosztów kwalifikowanych w celu obliczenia „kwoty, do której stosowana

*jest stopa współfinansowania osi priorytetowej"* [art. 41 ust 2 rozporządzenia Rady [WE] nr 1083/2006]. Wynik powyższych obliczeń w oparciu o lukę finansową dał wkład wspólnotowy [wsparcie finansowe w postaci dotacji] w wysokości 43,85%, odniesioną do oszacowanych przez Beneficjenta kosztów spełniających warunki kwalifikowalności wydatków oraz mającymi zastosowanie przepisami dotyczącymi pomocy publicznej. Zgodnie z § 16 Umowy o dofinansowanie z Programu Operacyjnego infrastruktura i Środowisko 2007-2013, Beneficjent zobowiązuje się do zapewnienia trwałości Projektu, w rozumieniu art. 57 ust. 1 rozporządzenia 1083/2006, w okresie 5 lat od daty zakończenia realizacji Projektu, pod rygorem obowiązku zwrotu środków. Ponadto ust. 2 nakazuje Beneficjentowi niezwłocznie informowanie Instytucji Wdrażającej o wszelkich okolicznościach mogących powodować zasadniczą modyfikację Projektu. W § 17 umowy Beneficjent został zobowiązany do zwrotu udzielonego dofinansowania, gdy zostało ono wykorzystane niezgodnie z przeznaczeniem.

#### (4) Ryzyko naruszenia postanowień umowy o dofinansowanie z POIiŚ.

Zamawiający finansuje zamówienie ze środków POIiŚ na podstawie umowy o dofinansowanie zawartej dnia 12 września 2014 r. z WFOŚiGW w Poznaniu. Wnioskując o dotację z tego programu Zamawiający precyzyjnie opisał technologię realizacji inwestycji m. in. w kontekście konstrukcji hali oraz liczby strumieni odpadów i ich rodzaju kierowanych do poszczególnych instalacji. Opis ten był w pełni zgodny z opisem zawartym w PFU. Wybór technologii opisanej w tych dokumentach był świadomym wyborem Zamawiającego i realizował on go konsekwentnie w przetargu. Podpisując umowę o dofinansowanie Zamawiający zobowiązał się do realizacji inwestycji zgodnie z umową oraz opisem projektu zawartym w ww. wniosku o dofinansowanie, pod rygorem zwrotu dofinansowania. Wybór oferty Odwołującego, która przewiduje technologię zupełnie inną niż ta, opisana w PFU oraz w dokumentach dotyczących dotacji, oznaczałby tym samym dla Zamawiającego obowiązek jej zwrotu, na co Zamawiający nie może się zgodzić.

Z powyższych przyczyn, zawarty w odwołaniu zarzut braku podstaw do odrzucenia oferty DIMARK z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ [tj. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp] jest bezzasadny i nieudowodniony. Niezgodność ta jest rażąca i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej prowadziłby do realizacji zamówienia w sposób sprzeczny z jednoznacznymi oczekiwaniami Zamawiającego [których Odwołujący wcześniej nie kwestionował], narażając Zamawiającego oraz interes publiczny, który Zamawiający reprezentuje na szkodę nie tylko finansową, lecz również związaną z negatywnym wpływem na środowisko technologii zaoferowanej przez Odwołującego.

Na swą obronę Odwołujący powołuje się na zasadniczą treść swej oferty technicznej - tj. jej opisową część, która - po zbadaniu jej pozostałej części [tj. rysunków i schematów] - jest ofertą „blankietową”. Część opisową oferty Odwołujący przygotował bowiem na zasadzie bezrefleksyjnego „kopiuj-wklej” wymogów PFU [łącznie ze stylistycznymi omyłkami, jakie PFU towarzyszyły], pozbawiając jej bardziej szczegółowej informacji na temat faktycznych rozwiązań technicznych. Siłą rzeczy ta część oferty będzie zbieżna z oczekiwaniami Zamawiającego, bo nie zawiera nic ponad to, co sam Zamawiający ujął w PFU. Tymczasem rzeczywistą treść odrzuconej oferty zrekonstruować należy w oparciu o dokumentację techniczną, którą opracował sam Odwołujący, tj. załączone do opisu schematy i plany, w tym te prezentowane w odwołaniu. Załączniki te nie znajdują żadnego pokrycia w części opisowej oferty i ujawniają, że oferta ta nie spełnia wymagań Zamawiającego. Dlatego też Odwołujący nie może skutecznie bronić się twierdząc, że w części opisowej oferty zadeklarował pewne rozwiązania zgodne z PFU.

## **[2] W zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum Eggersmann:**

(1) Niewykazanie przez DIMARK przesłanek warunkujących dopuszczalność złożenia odwołania, określonych w art. 179 ust. 1 ustawy oraz brak wpływu zarzucanych naruszeń na wynik postępowania - brak jest podstaw prawnych do merytorycznego rozpoznania przez Izbę zawartych w nim zarzutów w zakresie rzekomej „wadliwości oferty Konsorcjum Eggersmann”, co jednoznacznie wynika z norm wyrażonych w przepisach art. 179 ust. 1 oraz 192 ust. 2 ustawy. Jednym z oczywistych rezultatów wykładni tych właśnie przepisów jest wniosek - wskazywany również w licznych orzeczeniach KIO oraz sądów powszechnych [wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2013 r. sygn. KIO 2173/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2013 r., sygn. KIO 2173/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2013., sygn. KIO 1757/13; wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt: II Ca 9/11] - iż zadaniem Izby nie jest monitorowanie toczących się postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i czuwanie nad ich ogólną zgodnością z przepisami ustawy, do czego *de facto* sprowadza się odwołanie w części dotyczącej oferty Konsorcjum Eggersmann. Przyjęcie wniosku przeciwnego - jak zdaje się to czynić Odwołujący - prowadziłoby do angażowania Izby w całkowicie jałowe spory, których rozstrzygnięcie i tak nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania. Innymi słowy, środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują wykonawcom wyłącznie w takim zakresie, w jakim ich uwzględnienie jest niezbędne dla realizacji ich interesu rozumianego jako uzyskanie zamówienia.

Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy, ten podstawowy warunek nie jest spełniony w odniesieniu do zarzutów dot. oferty Konsorcjum Eggersmann. Skutkiem ewentualnego

uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutów wskazanych w pkt IV, a dotyczących rzekomo nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego, byłoby udzielenie zamówienia właśnie jemu. Biorąc pod uwagę, że oferta DIMARK zawierała najniższą cenę, Zamawiający wybierze ją jako najkorzystniejszą gdyby okazało się, że - pomimo niezgodności z jego wymaganiami - nie podlegała ona odrzuceniu. Ocena zarzutów odnoszących się do oferty Konsorcjum Eggersmann jest więc zbędna, a Odwołujący nie ma w takiej sytuacji interesu w kwestionowaniu jej prawidłowości. Podobnie brak jest interesu po stronie Odwołującego w razie gdyby KIO potwierdziła zasadność odrzucenia jego oferty.

Należy więc stwierdzić, że choć uwzględnienie odwołania co do odrzucenia oferty Odwołującego nie powinno nastąpić z uwagi na wykazaną oczywistą sprzeczność tej oferty z wymogami Zamawiającego, to przedstawiony powyżej hipotetyczny scenariusz wskazuje, że badanie zarzutów odnoszących się do konkurencyjnej, droższej oferty nie daje się uzasadnić jakimkolwiek interesem Odwołującego oraz jest bezcelowe - jeśli nawet Izba stwierdzi jakiegokolwiek naruszenie przepisów ustawy w toku badania oferty Konsorcjum Eggersmann, to werdykt ten nie będzie miał najmniejszego wpływu na ostateczny wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Podsumowując, nie powinno być żadnych wątpliwości, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy konsumuje się wyłącznie w stawianiu zarzutów kwestionujących zasadność odrzucenia jego własnej oferty. Tylko w takim też zakresie po stronie Odwołującego istnieje możliwość poniesienia szkody. Hipotetyczne uwzględnienie tych zarzutów skutkować powinno przywróceniem tej oferty do postępowania, poddanie jej ocenie, co w związku z tym że oferta Odwołującego jest najtańsza skutkować powinno jej wyborem jako oferty najkorzystniejszej i to niezależnie od oceny oferty Konsorcjum Eggersmann. Z tego też względu to ocena oferty DIMARK a nie oferty Konsorcjum Eggersmann ma potencjalny wpływ na wynik postępowania. W razie zaś potwierdzenia się podstaw do odrzucenia oferty DIMARK, nie sposób będzie uznać, że Odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku rzekomych naruszeń przepisów ustawy dokonanych przy ocenie oferty Konsorcjum Eggersmann, gdyż ocena ta nie ma wówczas jakiegokolwiek wpływu na sytuację Odwołującego w Postępowaniu, który traci status wykonawcy, a także jakikolwiek interes w kwestionowaniu oferty wybranej.

(2) bezzasadność zarzutów odwołania dotyczących Konsorcjum Eggersmann.

Zarzut „niewłaściwego” zaświadczenia w zakresie opłacania składek na ubezpieczenie jest chybiony. W pkt. V A odwołania sformułowano zarzut jakoby Konsorcjum Eggersmann nie wykazało, iż nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie zdrowotne. Istotą argumentacji Odwołującego jest stwierdzenie, że dokument przedstawiony przez tego wykonawcę jest „niewystarczający”. Już samo to określenie sugeruje, że zarzut sprowadza się do subiektywnej interpretacji Odwołującego, a pozostałe jego wywody jedynie to potwierdzają. „Niewystarczający” charakter zaświadczenia wystawionego przez AOK NordWest dnia 14 maja 2014 r., ma zdaniem Odwołującego wynikać z faktu rzekomego zatrudniania przez Eggersmann Anlagenbau GmbH&Co. KG większej liczby pracowników niż wynika z treści tego dokumentu. Niestety Odwołujący nie przedstawia żadnych dowodów na poparcie tej śmiałej tezy. Z całą bowiem pewnością nie są nimi wnioski wysnute przez DIMARK w toku dość swobodnej interpretacji oferty Konsorcjum Eggersmann. Odwołujący stwierdził, że składki powinny być opłacane od co najmniej czterech osób, ale w żadnym miejscu nie wyjaśnił, z czego obowiązek ten wynika. Pierwsza ze wskazanych osób pełni u podmiotu trzeciego udzielającego zasoby [Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co.KG] funkcje prokurenta, co wynika z odpisu z rejestru załączonego dla tej spółki do oferty. Według wiedzy Zamawiającego, to właśnie ta osoba jest w ww. spółce zatrudniona i powinna być objęta składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Spełnianie tego obowiązku potwierdza załączone do oferty zaświadczenie z AOK. Natomiast w odniesieniu do pozostałych osób wymienionych przez Odwołującego nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów na okoliczność ich zatrudniania przez Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co.KG, a przede wszystkim ciążącym na tej spółce obowiązkiem objęcia tych osób powszechnym obowiązkiem ubezpieczenia społecznego oraz zdrowotnego ze względu na pełnione przez nich funkcje. Gdy idzie o kolejną osobę, to brew twierdzeniom Odwołującego nie jest ona „zatrudnionym pracownikiem”, członkiem zarządu w ww. spółce. Zgodnie z załączonym do oferty zaświadczeniem z rejestru handlowego, Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co.KG jest spółką komandytową, w której komplementariuszem [osobiście odpowiedzialnym udziałowcem], uprawnionym do jej reprezentacji jest Eggersmann GmbH - tj. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prawa niemieckiego. Spółka komandytowa udostępniająca zasoby nie posiada zatem zarządu, co wynika wprost z odpisu handlowego tej spółki załączonego do oferty Konsorcjum Eggersmann, a tym samym siłą rzeczy wbrew twierdzeniom Odwołującego, wskazane osoby nie są członkami zarządu spółki komandytowej Eggersmann Anlagenbau GmbH & Co.KG, którzy rzekomo są w niej zatrudnieni. Osoby te są członkami zarządu jej komplementariusza Eggersmann GmbH.



Niezależnie od powyższego, oczywistym jest brak podstaw, by twierdzić, że to z przedłożonych zaświadczeń o niekaralności ww. osób wynika ich zatrudnienie w spółce komandytowej. Nie ulega wątpliwości, że w Republice Federalnej Niemiec [tak samo jak w Polsce] z samego faktu bycia członkiem zarządu nie wynika obowiązek uiszczania składek na ubezpieczenie zdrowotne, zwłaszcza, że członkowie zarządu mogą pełnić swoją funkcję bez potrzeby nawiązywania w spółce stosunku pracy.

Natomiast w przypadku kolejnych dwóch osób należy przede wszystkim stwierdzić, że nie sposób zrozumieć w jaki sposób z treści oferty, w tym ze stron przywołanych w odwołaniu, wynioskowano, że są one pracownikami Eggersmann Aniagenbau GmbH&Co. KG. Uzasadniając swój pogląd Odwołujący przytoczył fragmenty wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Z wykazu tego wynikają informacje, że osoba współpracowała z Eggersmann Aniagenbau GmbH&Co. KG, w zakresie nadzorowania realizacji, montażu, uruchamiania linii technologicznych stabilizacji/kompostowania odpadów w zakładach unieszkodliwiania odpadów komunalnych zmieszanych i/lun selektywnie zbieranych. Kolejna osoba była technologiem i kierownikiem projektu realizowanego przez Eggersmann Aniagenbau GmbH&Co. KG w Lipsku. Nie sposób w drodze logicznego rozumowania wyprowadzić z tych informacji wniosku, iż te osoby są pracownikami zatrudnionymi na podstawie stosunku, wymagającego uiszczanie opłat na ubezpieczenie zdrowotne czy społeczne. Tymczasem poza sformułowaniem takiego poglądu Odwołujący nie przedstawił żadnych innych dowodów na poparcie swych tez. Dodatkowo w podsumowaniu tej części argumentacji Odwołujący stwierdza, że fakt opłacenia składek w stosunku do jednego pracownika, nie przesądza jeszcze o spełnianiu warunku ponieważ mogą istnieć inni pracownicy ubezpieczeni w innych towarzystwach. Oczywistym jest, że ten sposób rozumowania prowadzi do absurdalnych wniosków. Analogiczny zarzut można sformułować wobec każdego wykonawcy podnosząc, że teoretycznie mogą istnieć inne okoliczności uniemożliwiające udział w postępowaniu, a wykonawca nie wykazał, że jednak nie występują. Niezależnie od powyższego, znamienne jest, że poza powyższymi nielogicznymi wnioskami, nieznajdującymi poparcie w treści oferty Konsorcjum Eggersmann, Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie swoich tez, a na ocenę rzeczywistości nie może wpływać gołosłowne stwierdzenie, iż z omówionych powyżej informacji *„wynika, że składki powinny być odprowadzane minimum od czterech osób a nie od jednej.*

Także zarzut wadliwego udokumentowania potencjału podmiotu trzeciego nie jest zasadny. W pkt. V B odwołania, sformułowano w sumie dwa zarzuty. Po pierwsze Odwołujący sugeruje, że podmiot udostępniający referencje, nie jest w rzeczywistości do nich uprawniony. Wniosek

ten sprowadza się do stwierdzenia, że choć w dokumencie referencyjnym wskazuje się tę samą firmę, to ze względu na różne adresy wskazane na referencjach, miałyby one dotyczyć różnych podmiotów. Tego rodzaju wniosek należy ocenić jako kuriozalny. W treści dokumentów referencyjnych jednoznacznie określono, że podmiotem, który zrealizował wskazane w nich inwestycje był Eggersmann Aniagenbau GmbH & Co.KG. Odmienny sposób zaadresowania dokumentów nie ma tu żadnego znaczenia. Sam też Odwołujący nie kwestionuje, że podmiot o nazwie „Eggersmann Aniagenbau GmbH & Co.KG” zrealizował projekty spełniające wymagania Zamawiającego objęte referencjami. Co więcej, w branży tego rodzaju projektów jest to wiedza dość powszechna, o czym ww. spółka informuje na swej stronie internetowej w zakładce dotyczącej referencji. Warto jednocześnie nadmienić, że [identycznie jak w prawie polskim] § 18 ustawy z dnia 10 maja 1897 r. Handelsgesetzbuch [Niemiecki Kodeks Handlowy], zakazuje posługiwania się nazwą mylącą [Zgodnie z oryginalnym brzemieniem tego przepisu: „Die Firma mufi zur Kennzeichnung des Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen”, co w tłumaczeniu na j. polski oznacza: „Firma musi być odpowiednia dla identyfikacji kupca [tj. podmiotu posługującego się nią] i mieć charakter odróżniający“]. W praktyce przesądza to o niemożliwości istnienia w obrocie prawnym dwóch przedsiębiorców posługujących się tą samą firmą, a w okolicznościach niniejszej sprawy dodatkowo potwierdza, że referencje zostały wystawione dla tego samego podmiotu.

Drugi z zarzutów tej części odwołania dotyczy rzekomego niewskazania przez Konsorcjum Eggersmann, że zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego także w odniesieniu do osób biorących udział w realizacji zamówienia. Odwołujący podtrzymuje w tym zakresie swoją koncepcję o zatrudnianiu przez Eggersmann Aniagenbau GmbH&Co. KG dwóch osób. Na potrzeby kolejnego argumentu rozwija tę logicznie wątpliwą interpretację stwierdzając, iż w konsekwencji osoby te powinny zostać „użyczone” wykonawcy, jako osoby „zatrudnione u podmiotu użyczającego potencjał”. Taki pogląd Odwołującego nie jest możliwy do utrzymania w świetle obowiązujących przepisów prawa, a przede wszystkim treści ofert na którą powołuje się Odwołujący. Nie ulega bowiem wątpliwości, że to wykonawca decyduje o tym, na jakiej podstawie będzie angażował w realizację zamówienia niezbędną kadrę. To, czy zdecyduje się on skorzystać z zasobów osobowych innego podmiotu, czy też będzie samodzielnie nawiązywać bezpośrednie stosunki prawne z odpowiednimi osobami jest wyłącznie jego decyzją, w ramach której posiada pełną swobodę. Ze swobody o podobnym zakresie korzystać mogą także osoby fizyczne, które nawiązując współpracę z wykonawcą samodzielnie decydują, czy oparta ona będzie o stosunek pracy czy jakikolwiek inny stosunek prawny. Dlatego nawet gdyby wymienione osoby były pracownikami innego przedsiębiorcy - na co jednak Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów - to i tak

w żadnym stopniu nie wpływałoby to na możliwość samodzielnego nawiązania przez nie innego stosunku współpracy z innym przedsiębiorcą przy realizacji danego zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie wykonawca zadeklarował, że będzie korzystał z usług dwóch osób na podstawie umowy cywilnoprawnej, co zresztą Odwołujący wprost przyznał w odwołaniu. W związku z tym nie sposób na podstawie obowiązujących przepisów sformułować jakiegokolwiek skutecznego zarzutu wobec tej czynności Konsorcjum Eggersmann.

V. Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD”, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

#### **I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia. Dotyczy to jednak wyłącznie zarzutów skierowanych wobec odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzuty skierowane wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD” nie mieszczą się w ramach przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący nie wykazał w powyższym zakresie możliwości poniesienia szkody w wyniku stawianych zarzutów wobec oferty, sklasyfikowanej jako mniej korzystna od jego własnej oferty. Przy jedynym kryterium stanowiącym cenę, wartość oferty Odwołującego opiewa na kwotę 65.078.070,00 zł, i jest niższa [bardziej korzystna] aniżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD” z ceną 65.752.110,00 zł, jak oferta ostatniego wykonawcy który złożył ofertę, z ceną 73.800.000,00.

W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, Odwołujący podał zaś, że *„Oferta Odwołującego była najkorzystniejsza. Gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego, jego oferta byłaby przed ofertą Konsorcjum Eggersmann. Zgodnie bowiem z punktem 24 Instrukcji dla Wykonawców, zwanej dalej „IdW”, jedynym kryterium była najniższa cena. W wyniku niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący poniósł szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania Zamówienia i uzyskania z tego tytułu przychodów. „Jak wynika z przepisu art. 179 ust 1 p.z.p., w obu przypadkach [kwalifikacji odwołującego jako wykonawcy czy innego podmiotu, o których mowa w art. 179 ust 1 p.z.p.] podmioty uprawnione do korzystania ze środków ochrony prawnej winny spełniać obie przesłanki przedmiotowe - zarówno szkody jak i interesu. Należy postulować powiązanie szkody wynikającej ze wskazywanego, w ramach składanego środka ochrony prawnej, naruszenia przepisów, z możliwością uzyskania bądź nieuzyskaniem danego zamówienia, do którego wprost referuje przesłanka interesu. Jakkolwiek można wyobrazić sobie powstanie i wykazanie szkody innej, niż związanej z nielegalnym pozbawieniem możliwości uzyskania danego zamówienia, to jednak w przypadku kwestionowania czynności zamawiającego podjętych po dacie otwarcia ofert, szkoda związana będzie przede wszystkim z pozbawieniem korzyści płynących z uzyskania zamówienia.”* [wyrok KIO z dnia 2 października 2012 roku, KIO 1989/12].

W warunkach poddawanego analizie postępowania, ocena oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD” jest dla Odwołującego neutralna a interes oraz możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, obejmuje jedynie te działania wykonawcy, które zmierzają do utrzymania oferty Odwołującego w postępowaniu [skutecznego zakwestionowania odrzucenia oferty Odwołującego]. Dostrzegł to także Odwołujący, akcentując zastosowanie środka ochrony prawnej w celu zakwestionowania czynności skutkujących wyeliminowaniem Odwołującego z postępowania i zauważając, że w ten sposób zrealizuje się – skoro oferta tego wykonawcy jest najtańsza – interes tego wykonawcy.

W zakresie popierania zarzutów kierowanych wobec oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD”, Odwołującemu nie sposób przyznać posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami, o których mowa

w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż w świetle brzmienia tego przepisu, odwołujący ma wykazać już posiadanie nie interesu prawnego [jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją] – ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do drugiego kwestionowanego w odwołaniu zachowania Zamawiającego – tj. zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD” nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższych zarzutów, w okolicznościach sprawy, że oferta Odwołującego, jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, interes tego wykonawcy realizuje się poprzez posiadanie, czy też utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty niżej ocenione [droższe, przy jedynym kryterium oceny ofert stanowiącym cenę] nie rzutują bowiem na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, których oferty okazały się droższe od oferty Odwołującego pozostaje bowiem neutralne dla tego wykonawcy.

Odwołujący zatem, w zakresie wskazywanego zaniechania wykluczenia nie wykazał, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy [tak też: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14, z dnia 18 sierpnia 2014 r. w spr. KIO 1609/14, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12, z dnia 11 grudnia 2009 r. w spr. KIO/UZP 1558/09, z dnia 15 grudnia 2010 r. w spr. KIO 2607/10, 2613/10, z dnia 23 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1683/12].

Podkreślenia bowiem wymaga, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego.

Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, iż [...] przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.], w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy [choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.]. W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy – z różnych powodów – widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów

*ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane [Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.], gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiącą w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”*

Zatem, rzeczą wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, jest wykazanie opisanych w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek. Oznacza to konieczność wykazania wpływu podnoszonych zarzutów na sytuację wykonawcy, wyrażającego się zaistnieniem po stronie odwołującego uszczerbku stanowiącego szkodę, w następstwie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w sposób pozwalający na uchwycenie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem po stronie wykonawcy. Odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi, w części, w jakiej podnoszone zarzuty dotyczą oferty niżej sklasyfikowanej [mniej korzystnej], niż oferta Odwołującego. W zakresie wykazania przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, mieści się obowiązek zaprezentowania relacji pomiędzy zarzucanymi naruszeniami ustawy a uszczerbkiem w sytuacji wykonawcy, a w konsekwencji – pomiędzy uwzględnieniem podniesionych zarzutów a zmianą tej sytuacji polegającą na zniwelowaniu szkody. Odwołujący nie był w stanie wykazać, że zarzuty skierowane wobec wykonawcy, którego oferta oceniona została jako mniej korzystna niż oferta Odwołującego, może spowodować poniesienie przez niego szkody w danym postępowaniu.

Ponadto, zarzuty kierowane wobec wyboru wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD”, rozpatrywane samodzielnie zmierzają do uzyskania stanu, w którym wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu a w konsekwencji – do unieważnienia postępowania. Oferta trzeciego wykonawcy, który złożył ofertę została odrzucona, co nie zostało zakwestionowane, zatem skuteczne wyeliminowanie z postępowania ostatniego wykonawcy - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD” skutkowałoby unieważnieniem postępowania.

Tymczasem, wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. [tak: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10, z 30 marca 2012 r. w spr. KIO 482/12, 1 kwietnia 2011 r. w spr. KIO 576/11, 577/11, 27 grudnia 2011 r. w spr. KIO 2679/11, 2680/11].

Podkreślono to także w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r. w spr. II Ca 9/11: *„Legitymacja zatem do wniesienia środka ochrony prawnej [w tym wypadku odwołania] służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykáže interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Interes, o którym tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony. Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Przepis art. 179 ust. 1 pzp mówi o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia”, co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości. W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie”*

Nie można bowiem akceptować sytuacji, kiedy Odwołujący wnosząc odwołanie i podnosząc zarzuty, co do których niewątpliwie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, to jest zarzuty kierowane wobec wykluczenia z postępowania i odrzucenia własnej



oferty [których to potwierdzenie zarzutów realizuje w pełni jego interes, skoro jego oferta byłaby najkorzystniejszą, gdyby podlegała ocenie], „podpina” pod te zarzuty szereg innych zarzutów w stosunku do wykonawcy czy wykonawców, których oferty w żaden sposób nie zagrażają jego interesowi w uzyskaniu zamówienia [tak wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. w spr. KIO 1683/12]. Powyższe stanowiłoby o obejściu regulacji ustawy, traktujących odwołanie jako środek nakierowany na realizację interesu wykonawcy, polegającego na uzyskaniu zamówienia w tym konkretnym postępowaniu. Ten interes, w sytuacji gdy oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą, sprowadza się więc do podejmowania działań mających na celu wyłącznie spowodowanie stanu, w którym będzie podlegała ona ocenie [a zatem zwalczania czynności wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty takiego wykonawcy], nie zaś do czynności neutralnych dla wyboru oferty Odwołującego, jakimi jest kwestionowanie wyboru oferty innego wykonawcy, którego oferta jest mniej korzystna od oferty Odwołującego, a tym samym, który to wybór nie miałby miejsca, gdyby oferta Odwołującego była ważna i nie podlegała odrzuceniu albo wykonawca nie był wykluczony.

Ponadto, sam fakt postawienia zarzutów, co do których wykonawca spełnia przesłanki materialnoprawne nie uzasadnia stawiania innych zarzutów, które samodzielnie rozpatrywane są dla wykonawcy neutralne i nie zmierzają do wyboru jego oferty w postępowaniu. Wszak odwołanie, po myśli art. 180 ust. 1 ustawy, przysługuje od niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Oznacza to, że każda z czynności lub zaniechań zamawiającego, może być przedmiotem samodzielnego odwołania i z osobna musi być rozpatrywana przez pryzmat dopuszczalności odwołania, spełnienia przesłanek do jego rozpatrzenia [takich choćby jak zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz innych podstaw wskazanych w art. 189 ust. 1 ustawy], wreszcie, co do każdej z nich wykonawca musi legitymować się istnieniem przesłanek materialnoprawnych, o których traktuje art. 179 ust. 1 ustawy.

Kwestia zarzutów kierowanych wobec oferty mniej korzystnej, aniżeli oferta Odwołującego musi być wreszcie rozważana przez pryzmat wpływu na wynik postępowania, którego wymaga dla uwzględnienia odwołania przepis art. 192 ust. 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów kierowanych wobec czynności i zaniechań zamawiającego, jest więc stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym

przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. [w spr. o sygn. akt: V Ca 3270/12].

Dla oceny zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu, oraz jego uwzględnienia, istotne są czynności oraz zarzuty skierowane wobec czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia oferty Odwołującego, te bowiem jedynie naruszają interes Odwołującego i oraz mogą skutkować poniesieniem przez niego szkody w danym postępowaniu [art. 179 ust. 1 ustawy]. Konsekwentnie, jedynie potwierdzenie tych zarzutów może mieć wpływ na wynik postępowania, o którym stanowi art. 192 ust. 2 ustawy.

Jak wskazano wcześniej, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu jedynie w zakresie tych zarzutów, które nakierowane są na zmianę sytuacji wykonawcy, wyrażająca się możliwością uzyskania przez Odwołującego zamówienia, będącego przedmiotem tego postępowania o zamówienie. Ten rezultat osiągnięty być może jedynie przez skuteczne zakwestionowanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Powyższe determinowało uznanie, że zarzuty kierowane wobec wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz G. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD” [zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4] ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Eggersmann pomimo, że podmiot ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, względnie, oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Eggersmann do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, nie podlegały ocenie.

## **II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA**

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Nie potwierdziły się zarzuty, zmierzające do zakwestionowania podstawy odrzucenia oferty Odwołującego.

Bezspornym jest między stronami, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu postawił zarówno wymaganie, by zaprojektowany a następnie wybudowany obiekt składał się z jednej hali, jak i to, że w instalacji miały trafiać jedynie dwa strumienie odpadów w procesie fermentacji suchej jak i w procesie kompostowania.

Wynika to z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] – w zakresie wymagania dotyczącego jednej hali – z pkt 4.5.1 i 4.5.2 Programu Funkcjonalno – Użytkowego [PFU], a co do strumieni odpadów – z 4.5.2.3 i 4.5.2.4 PFU.

I tak, w pkt. 4.5.2. „Opis Przedmiotu Zamówienia” [str. 49] Zamawiający wymagał aby hala stanowiła ona jeden obiekt pod względem architektonicznym i konstrukcyjnym, z wydzielonymi na jej powierzchni i przestrzeni strefami funkcjonalnymi i instalacjami. Ponadto w pkt. 4.5.1. PFU [str. 48] Zamawiający określił rodzaje stref funkcjonalnych i instalacji do realizacji w ramach Kontraktu w hali technologicznej, stanowiącej jeden obiekt budowlany. Do Opisu Przedmiotu Zamówienia załączona została także decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach [załącznik nr 2 OPZ], w której uzgodniono w ramach przedmiotowej inwestycji realizację hali.

W 4.5.2.3 PFU, w podpunkcie „Wymagania technologiczne” [s. 54], Zamawiający określił rodzaje i wielkości strumieni trafiających do instalacji fermentacji suchej. Oferta winna zatem przewidywać przetworzenie dwóch frakcji [strumieni] odpadów tj.:

- pierwsza frakcja [strumień]: selektywnie zbierane odpady biodegradowalne [w ilości ok. 12 000 Mg/rok];
- druga frakcja [strumień]: selektywnie zbierane odpady zielone [w ilości ok. 12 000 Mg/rok].

W pkt. 4.5.2.4. PFU w podpunkcie „Wymagania technologiczne” Zamawiający określił rodzaje i wielkości [strumieni] trafiających do instalacji kompostowania w systemie zamkniętym, tj.:

- pierwsza frakcja [strumień] - odpady biodegradowalne zbierane selektywnie i odpady zielone wcześniej poddane procesowi odzysku biogazu w procesie fermentacji suchej w ilości ok. 22 000 Mg/rok,
- druga frakcja [strumień] - odpady zielone zbierane selektywnie w ilości min. 6 000 Mg/rok.

Bez znaczenia są w tej mierze motywy, jakimi kierował się Zamawiający stawiając takie wymaganie [Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie poświęcił wiele uwagi argumentacji, że takie rozwiązanie sprzyja maksymalnie redukcji nieprzyjemnych zapachów] - istotne jest, że takie wymaganie znalazło się w SIWZ i wiązało wykonawców.

Wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia wymagań dotyczących ilości strumieni odpadów zostały wyartykułowane w wezwaniu Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2014 r. do wyjaśnienia treści oferty, na co Odwołujący w piśmie z 4 września 2014 r. [jak się wydaje – omyłkowo oznaczonym datą 4 sierpnia 2014 r.], podał, że:

„6.2) Zgodnie z ofertą Wykonawcy str. 143 i 144 pkt. 4.1, i załącznikiem nr 3 str. 173, do segmentu **przygotowania wsadu będą trafiać dwa strumienie** tzn. odpady biodegradowalne w ilości 12 000 Mg/rok i odpady zielone w ilości 18 000 Mg/rok. Na stronie 172 w załączniku nr 2 przedstawiono zgodnie z wymaganiami schemat technologiczny instalacji przedstawiający rozdział strumienia odpadów oraz rodzaje i ilości podstawowych substratów i produktów procesowych [rozumiany jako schemat technologiczny instalacji bezpośrednio związanej z procesem fermentacji i kompostowania tzn. od hali ze strefą manewrową i boksami na odpady zielone i biodegradowalne poprzez komory fermentacji i kompostowania a skończywszy na placu dojrzewania z boksami magazynowymi, oraz produktami procesowymi]. W schemacie, tym nie uwzględniano hali przyjęcia i przygotowania wsadu. Przedstawiony blok technologiczny w schemacie na stronie 171 tzn. przygotowania wsadu pomiędzy wyjściem [rozumianym jako boksy na odpady biodegradowalne i zielone] a wejściem do instalacji fermentacji dotyczy wyłącznie przygotowaniu materiału do fermentacji [podanie ze zhomogenizowaniem odpadów do komór fermentacji]. Materiał przedstawiony w bloku jako powtórnie przerabiany materiał nie jest dodatkowym rodzajem odpadów wprowadzanym do instalacji a jedynie częściowo powtórnie wykorzystanym już wprowadzonym do instalacji strumieniem odpadów zielonych i strumieniem odpadów biodegradowalnych, zawierającym niezbędne szczepy bakterie z procesu fermentacji. Dzięki takiemu prowadzeniu procesu maksymalnie wykorzystujemy materiał do produkcji biogazu, osiągając w ten sposób produkcję biogazu z 1 tony wsadu do komór fermentacji na poziomie około 95 m<sup>3</sup>. Zwymiarowane w ten sposób komory fermentacji są w stanie zgodnie ze schematem nr 3 str. 17 i obliczeniami ze str. 168 „przerobić” około 40 000 Mg/rok. Wykonawca podkreśla, że do instalacji kompostowania i fermentacji nie wprowadza się nowych strumieni odpadów a jedynie wykorzystuje do zintensyfikowania procesu kompostowania i fermentacji już wprowadzone do instalacji frakcje odpadów zielonych i biodegradowalnych po przejściu procesu zawierające szczepy bakterii. **W związku z powyższym pod pojęciem powtórnie przerabiany materiał należy rozumieć recykulację odpadów zielonych i biodegradowalnych po procesie. Można zatem mówić jedynie o dwóch strumieniach, które trafiają do segmentu przygotowania wsadu do fermentacji i kompostowania.**

6.3] Zgodnie z ofertą Wykonawcy str. 145 i schematami technologicznymi 2 i 3 **do procesu fermentacji trafiają dwa strumienie odpadów tzn. strumień odpadów zielonych w ilości 12 000 Mg/rok oraz strumień odpadów biodegradowalnych w ilości 12 000 Mg/rok. Powtórnie przerabiany materiał jest to odpad zielony i odpad biodegradowalny po procesie fermentacji, czyli nie jest to nowy materiał wprowadzany do procesu.** Dzięki włączeniu do procesu odpadów zielonych odpadów biodegradowalnych po procesie fermentacji sam proces fermentacji rozpoczyna się szybko z dużą intensywnością

*pozwalając na produkcję około 95 m<sup>3</sup> biogazu z 1 tony materiału podawanego do procesu fermentacji. Częściowe zawracanie odpadów zielonych i odpadów biodegradowalnych po procesie, fermentacji jest z punktu widzenia prowadzenia procesu bardzo korzystni zarówno pod względem wymiernej korzyści finansowej [większa produkcja biogazu = większa ilość sprzedanej energii elektrycznej] jak i większego ubytku masy materiału organicznego. Wykonawca zakłada [patrz załącznik nr 2], że oferowana przez Wykonawcę instalacja fermentacji z wsadu z odpadów biodegradowalnych i odpadów zielonych z ilości 24 000 Mg/rok jest w stanie wyprodukować około 2.280.000 m<sup>3</sup>/r biogazu co wygeneruje 4.623.767 kWhel/r. Inne technologie suchej fermentacji, będące naszą konkurencją w tym przetargu nie są w stanie osiągnąć tak wysokich parametrów produkcji biogazu z tony materiału poddawanemu procesowi. W związku z powyższym oferowana przez Wykonawcę technologia, [zgodna z wymaganiami PFU], jest pod względem ekonomicznym na nieporównywalnie wyższym poziomie. Należy tutaj również podkreślić, iż technologia suchej fermentacji poziomej marki BEKON stanowiła i stanowi pierwowzór innych technologii suchej fermentacji. O jakości oferowanej przez Wykonawcę technologii mogą świadczyć dziesiątki zadowolonych klientów jak również pozytywne opinie wielu specjalistów w tej dziedzinie. Technologia marki BEKON jest opisywana licznej literaturze branżowej zarówno w Europie jak i w Polsce.”*

Podzielono ocenę Zamawiającego, zgodnie z którą, skoro w rozwiązaniu oferowanym przez Odwołującego mamy do czynienia ze strumieniem [frakcją] odpadów niezbędnym dla właściwego funkcjonowania zaproponowanej technologii, to jest zarazem oczywiste, iż cechuje się ona istotnymi odrębnościami w stosunku do dwóch pierwszych strumieni [frakcji] odpadów, które nie pełnią analogicznej funkcji. Odmienność ta, odrębny, szczególny charakter tej frakcji [strumienia] odpadów w pełni uzasadnia przekonanie, iż nie są one tożsame z dwoma pierwszymi frakcjami [strumieniami] odpadów, przeciwnie - stanowią trzecią, a więc dodatkową w stosunku do ustanowionych przez Zamawiającego, odmienną zarówno co do natury, jak i funkcji przypisanej im w zaoferowanej technologii, frakcję [strumień] odpadów. Powyższe okoliczności oznaczają, że Odwołujący w swej ofercie przedstawił technologię uwzględniającą łącznie trzy strumienie [frakcje] odpadów kierowane nie tylko do instalacji fermentacji suchej, a także do instalacji kompostowania. Nie sposób w tym miejscu nie dostrzec, tych postanowień SIWZ, które szczegółowo określają przepustowość instalacji fermentacji suchej oraz instalacji kompostowania. Zakładają one określone ilości odpadów określonego rodzaju do każdego z procesów. Wkomponowanie w tak opisane procesy dodatkowego, wtórnego obiegu [recykulacji] pochodnych procesu fermentacji czy kompostowania [niezależnie – czy nazwiemy je – za Zamawiającym – odpadem, czy, jak tak jak czyni to Odwołujący – półproduktem], zaburza opisane w PFU

procesy. Podzielono w tej mierze argumentację zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie, jako przekonującą i mającą swe podstawy w treści PFU.

Wyniki rozprawy, w tym zobowiązanie Odwołującego do wypowiedzenia się w przedmiocie obiegu odpadów w ramach oferowanego rozwiązania prowadzą do wniosku, że stanowisko odwołującego co do oferty w tej mierze jest co najmniej niekonsekwentne: Odwołujący podawał na rozprawie, że z technicznego punktu widzenia obieg będzie wyglądał tak samo z recykulacją, jak i bez tego procesu a także, że możliwe są trzy warianty procesów: pierwszy - bez recykulacji, drugi - z recykulacją wykonywaną na zewnątrz komory, gdzie materiał jest wyjmowany przed komorą i po wymieszaniu z nowym materiałem podlegającym procesowemu z powrotem do niej wrzucany. Możliwy jest też wariant trzeci, że ten wsad pozostawiany jest w komorze i do niego zostaje dołożony materiał. Decyzja w tym przedmiocie należałaby do Zamawiającego, czy wymieszać odpady, czy nie, stosownie do przyjętego przez niego sposobu użytkowania komór, przy czym możliwe byłoby wymieszanie wsadu przez operatora łyżką ładowarki.

Powyższe stanowisko Odwołującego wskazuje, że oferowane przez Odwołującego rozwiązanie jest niezgodne z SIWZ, zaś eksponowane różne możliwości „wariantów użytkowania” oferowanej instalacji stanowią próbę następczego dostosowania treści oferty do wymagań postawionych w postępowaniu. Próba szczegółowego dociekania, jak te „warianty użytkowania” instalacji będą w praktyce funkcjonowały, doprowadziła do rezultatu w postaci scharakteryzowania przez Odwołującego procesu, przewidującego m.in. przewożenie odpadów ładowarką z komory fermentacyjnej [i odpowiednio – z komory przeznaczonej do kompostowania] do miejsca przygotowywania odpadów, albo mieszanie części odpadów pochodzących z fermentacji [pofermentatu] ze świeżymi, niepoddanymi fermentacji odpadami zielonymi w komorze o wymiarach: dł. 28 m, wys. 5 m, szer. 5,9 m, za pomocą ładowarki.

Zasadą w postępowaniu o zamówienie publiczne jest, że oferta jest składana wobec zamawiającego i prezentowana ze wszystkimi elementami i charakterystyką, dotyczącymi przedmiotu zamówienia, w nieprzekraczalnym terminie składania ofert [art. 84 ust. 1 i 2 ustawy]. Ustawa wprowadza też zakaz negocjowania lub zmiany oferty po tym terminie, za wyjątkiem dialogu konkurencyjnego, oraz poprawienia niezgodności oferty z SIWZ, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Jak bowiem stanowi art. 87 st. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 przepisu [dialog konkurencyjny oraz poprawianie niezgodności oferty z SIWZ], dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zatem w terminie składania ofert, zadaniem wykonawcy jest

sformułowanie oferty, takie jej zaprezentowanie, że jasnym i czytelnym jest zaofertowany przedmiot, rozwiązania jakie się nań składają i jego charakterystyka. W analizowanej sprawie z treści oferty – zamieszczonego w niej schematu [str. 172], Zamawiający trafnie wyczytał, że nie jest spełnione wymaganie co do ilości strumieni odpadów, a dla przesądzenia tej kwestii zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty. W ramach wyjaśnienia wykonawca potwierdził, że oferuje rozwiązanie przewidujące nie dwa, ale trzy strumienie odpadów przekazywanych do komory fermentacyjnej oraz komory kompostowej.

Stąd zasadnym był wniosek Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego w tym zakresie.

Z treści oferty, jak i jej wyjaśnień z dnia 4 września 2014 r., przedstawionych przez Odwołującego, jednoznacznie wynika ponadto, że Odwołujący zaproponował budowę nie jednej, lecz co najmniej dwóch hal, z których pierwsza zawierałaby strefę przyjęcia i przygotowania wsadu, a druga obejmowałaby pozostałe strefy wymienione w pkt. 4.5.1 i .5.2. OPZ. Rozwiązanie to jest zatem sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt. 4.5.1 i 4.5.2 OPZ, wymagającymi przedłożenia przez Wykonawcę opisu rozwiązania technicznego i technologicznego uwzględniającego halę technologiczną jako jeden obiekt z wydzielonymi na jej powierzchni i przestrzeni strefami funkcjonalnymi i instalacjami.

Powyższe potwierdza ocenę dokonaną przez zamawiającego co do niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ. Oceny tej nie zmienia argumentacja podniesiona w odwołaniu, zgodnie z którą z rysunku, stanowiącego schemat wynika, że wykonawca zaofertował budowę jednej hali. Wspomniany schemat ma charakter uproszczonej prezentacji zagospodarowania terenu. Wyłącznie na jego podstawie nie sposób z pełnym przekonaniem wnioskować o konstrukcji zaofertowanej hali, jak i tym, czy wykonawca przewiduje budowę jednego obiektu czy większej ich ilości. Schemat musi być traktowany jako projekcja o pewnym stopniu elastyczności, uogólnienia i uproszczenia, a jego zawartość informacyjna, przedstawiona w sposób graficzny, musi być rozpatrywana łącznie z dalszymi zawartymi w ofercie oraz jej wyjaśnieniu informacjami. Istotne jest więc sięgnięcie przez Zamawiającego nie tylko do schematu przedstawiającego „Projekt zagospodarowania terenu”, ale także do innych elementów oferty oraz jej wyjaśnienia, w celu jednoznacznego stwierdzenia, czy wykonawca przewidział halę w postaci jednego obiektu, czy też ich większej ilości. Ofertę należy bowiem czytać w całości, szczególnie, gdy o charakterze i kształcie oferowanego rozwiązania traktuje wiele dokumentów, schematów i opisów. Wszystkie one dają podstawę do wyczytania, co wykonawca oferuje i jak oferowane rozwiązanie jest zaplanowane, w tym wypadku – czy mamy do czynienia z jedną halą. Zawarcie w ofercie zdania, zgodnie z którym *„Hala technologiczna będzie stanowić pod względem architektonicznym*

*i konstrukcyjnym **jeden obiekt** z wydzielonymi na jej powierzchni i przestrzeni strefami funkcjonalnymi i instalacjami: [...]*" stanowi dosłowne przepisane postanowienia PFU – zwrócił zresztą na to Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wskazując że pewne elementy tego dokumentu zostały przeniesione do części technologicznej oferty dosłownie, „słowo – w słowo”, wraz z błędami językowymi, jakie wkradły się w tej mierze Zamawiającemu, co nakazuje tego rodzaju oświadczenie traktować z odpowiednim dystansem, w tym przede wszystkim zestawzić je z pozostałymi informacjami zawartymi w ofercie oraz jej wyjaśnieniach. Z nich zaś płynnie wniosek, że wykonawca nie przewidział budowy jednej hali - wyjaśnieniach wykonawca podał, że w schemacie technologicznym nie uwzględniano hali przyjęcia i przygotowania wsadu.

Powyższa ocena wynika z treści oferty Odwołującego i jej wyjaśnienia. Dla ustalenia poprawności oceny dokonanej w tej mierze przez Zamawiającego, zbędnym było – wbrew wnioskowi złożonemu przez Odwołującego na posiedzeniu - przeprowadzanie dowodu z opinii biegłego. Taki wniosek został złożony przez Odwołującego w zakresie dowodu z opinii biegłego z zakresu gospodarki odpadami, ewentualnie z zakresu budownictwa, na okoliczność zgodności oferty z PFU, w szczególności w zakresie obiektów hali technologicznej oraz ilości strumieni odpadów zarówno w odniesieniu do fermentacji mokrej jak i suchej. Podkreślenia w tej mierze wymaga, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne. W postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający w SIWZ określa oczekiwany przedmiot, który jest przedmiotem postępowania, a także instrumenty, za pomocą którego zostanie on zbadany przez pryzmat jego zgodności z SIWZ. Prowadzenie dowodu na okoliczność zgodności oferty, tj. oświadczenia wykonawcy dostarczenia zamawiającemu określonego przedmiotu z SIWZ za pomocą środków takich jak opinie ekspertów nie uwzględnia jednak, że ustalenie zgodności lub niezgodności oferty z SIWZ odbywa się na skonfrontowaniu treści oferty [która przecież winna być na etapie badania oceny ofert jasna, i co do oferowanego przedmiotu – nie budząca wątpliwości] z treścią wymagań stawianych w SIWZ. Nie podzielając zatem wniosku o potrzebie przeprowadzenia w zakresie spornych zarzutów dowodu z opinii biegłego, uznano, że sporne w sprawie zagadnienie, nie wymaga wiadomości specjalnych: strony oraz uczestnik postępowania reprezentowane są przez osoby posiadające odpowiednią, stosowną do przedmiotu sporu wiedzę. Potwierdza to zdecydowany wniosek złożony przez Zamawiającego o nieuwzględnienie wniosku dowodowego z opinii biegłego. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego przez nie stanowiska. W tej konfiguracji nie jest niezbędne



zasięgnięcie opinii biegłego w celu uzyskania wiadomości specjalnych, nie pozostających w dyspozycji stron oraz składu orzekającego - skoro strony posiadanie wskazanej wiedzy deklarują, ich rzeczą jest jej zaprezentowanie w ramach uzasadnienia własnych stanowisk, w taki sposób by przekonać o trafności prezentowanego stanowiska. Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem prowadzonym między profesjonalistami, i to nie tylko w znaczeniu zorganizowanego sposobu prowadzenia działalności – co do zasady jako przedsiębiorca, ale przede wszystkim profesjonalistami w zakresie oferowanego przedmiotu i związanej z nim materii. Skoro Zamawiający dokonuje w trybie zamówienia publicznego zakupu, to należy uznać że posiada dostateczną wiedzę i rozeznanie w zakresie przedmiotu tego zakupu, podobnie jak wykonawcy którzy w odpowiedzi oferują odpowiednie, wymagane przez zamawiającego dostawy i usługi. Tym samym potrzeba zasięgnięcia wiadomości specjalnych jawi się jako wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych. Uwzględniając zatem kontradyktoryjny charakter postępowania oraz wynikające z art. 6 Kc zasady ciężaru dowodu, to strony dla wykazania trafności swego stanowiska obowiązane są bezspornie udowodnić okoliczności z których wywodzą skutki prawne, co – posiadając odpowiednią, zgodną z brzmieniem tezy dowodowej – wiedzę mogą uczynić we własnym zakresie. Wskazana argumentacja i wnioski przedstawiane przez strony i uczestnika postępowania podlegają ocenie, na takich samych zasadach, na jakich podlegałyby ocenie dowód z ewentualnej opinii biegłego.

Na uwagę zasługuje dodatkowo stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 października 2013 r. w spr. XXIII Ga 1388/13, w którym wskazano, że *„postępowanie przed Izby jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego. Postulat szybkości postępowania odwoławczego wynika przede wszystkim z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp przewidującego dla Izby – 15 dniowy termin na rozpatrzenia odwołania. Dodać należy, iż również dla sądu rozpoznającego skargę na orzeczenie Izby ustawodawca przewidział miesięczny termin na rozpoznania środka ochrony prawnej [art. 198f ust. 1 ustawy Pzp]. Tak rygorystyczne ujęcie w przepisach kwestii dotyczącej terminów na rozpoznawanie środków odwoławczych, podyktowane jest specyfiką tego rodzaju postępowania, którego istotą jest sprawne rozpatrzenie podniesionych zarzutów oraz zdyscyplinowanie podmiotu skarżącego i służy szybkiemu przebiegowi postępowania odwoławczego i skargowego. Zdaniem Sądu Okręgowego w takich okolicznościach sprawy KIO słusznie oddaliło wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego jako zmierzającego do przewlekłości postępowania [...]”*.

Wnioski przeciwne do wywiedzionych przez Zamawiającego nie wynikają także ze złożonych przez odpowiednie strony na rozprawie opinii ekspertów. Wynika z nich, że określone technologie są stosowane na rynku, przy czym nie jest spornym rozwiązanie oferowane przez Odwołującego. Istotne jest, że takie rozwiązanie nie było dopuszczone treścią SIWZ.

Nie jest przy tym przekonująca ta część argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu, która nawiązuje do posługiwania się przez Zamawiającego niekonsekwentnie i zamiennie pojęciem „obiekt” zarówno dla obiektu budowlanego jak i elementów zamieszczonych wewnątrz hali. Bez znaczenia jest bowiem konsekwencja w nomenklaturze Zamawiającego, w tym w jakim znaczeniu używa w dokumentacji określonych pojęć, lecz to, co w swojej ofercie [w tym jej wyjaśnieniu] wyraził Odwołujący.

Reasumując, w świetle ustalonych okoliczności sprawy, Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Nie potwierdziły się tym samym zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2] *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, ograniczając je do wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego *rozporządzenia*.

**Skład orzekający:**