

**WYROK**  
z dnia 7 marca 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **21 lutego 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH** z siedzibą w **Harsewinkel, Wischenstrasse 26, 26188 Edewecht** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór Sp. z o.o.** z siedzibą w **Chojnicach, Stary Rynek 1, 89-600 Chojnice**

przy udziale wykonawcy **Agrex-Eco Sp. z o.o.** z siedzibą w **Warszawie, ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie:**

- 1) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem ustaleń zawartych w uzasadnieniu wyroku.

**2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zakład Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach, Stary Rynek 1, 89-600 Chojnice**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH** z siedzibą w **Harsewinkel,**

**Wischenstrasse 26, 26188 Edewecht**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego **Zakład Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach, Stary Rynek 1, 89-600 Chojnice** na rzecz wykonawcy **Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel, Wischenstrasse 26, 26188 Edewecht** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769 i poz. 1101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Słupsku**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający **Zakład Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór Sp. z o.o. z siedzibą w Chojnicach, Stary Rynek 1, 89-600 Chojnice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Dostawa przetrzucarki do kompostu do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 06.12.2012 r. pod nrem 2012/S 235-387042.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769 i poz. 1101) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 11.02.2013 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Agrex-Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca **Eggersmann Anlagenbau Backhus GmbH z siedzibą w Harsewinkel Wischenstrasse 26, 26188 Edewecht**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 28.02.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie od:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Agrex-Eco jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją), a w konsekwencji
- 2) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Agrex-Eco.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Agrex-Eco;
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia wyboru najkorzystniejszej oferty.

**Argumentacja odwołującego**

Zamawiający w części III specyfikacji („Opis przedmiotu zamówienia”) przedstawił wyliczenia, z których wynika, że powierzchnia przekroju pryzmy musi wynosić 10 m<sup>2</sup>. Ponadto w zamiennym Projekcie Techniczno-Technologicznym, do którego odsyła Część III specyfikacji (s. 2, pkt 2) na s. 120 (Tabela 21, poz. 10.) oraz na s. 124 (Ad 10) opisując przrzucarkę wyraźnie zamawiający sformułował wymóg, że pole powierzchni pryzmy ma wynosić min. 10 m<sup>2</sup>.

Wykonawca Agrex-Eco w swych wyjaśnieniach z dnia 23 stycznia 2013 r. deprecjonuje znaczenie powyższego parametru twierdząc, że stanowi on wyłącznie założenie, a nie wymóg. Takie stanowisko jest jednak całkowicie nieuzasadnione. W Projekcie Techniczno-Technologicznym na stronach 120 i 124 zamawiający stwierdził, że powierzchnia pryzmy ma mieć min. 10 m<sup>2</sup>. Poza tym opis zawarty w Części III specyfikacji został sformułowany w ten sposób, że odnośnie opisu funkcjonalnego odesłano do projektu technologicznego, a bezpośrednio w Części III specyfikacji zacytowano tylko jeden fragment Projektu Techniczno-Technologicznego (ze s. 92) opatrując go komentarzem „Uwarunkowania istotne dla pracy przrzucarki”. Można więc z tego wnosić, że ten fragment został uznany przez zamawiającego za jeden z najistotniejszych, skoro postanowił powtórzyć opis bezpośrednio w Części III specyfikacji wskazując dodatkowo, że chodzi o wymogi istotne. Fakt, że zamawiający w Części III specyfikacji nie ograniczył się do podania wyłącznie samego parametru, ale wskazał, jak został on ustalony, podkreśla również rangę parametru. W ten sposób zamawiający wykazał, że dobór parametru nie jest dokonany arbitralnie (brak dyskryminacji pośredniej), a zarazem opisał, czemu ma służyć taki a nie inny dobór urządzenia.

Reasumując należy podkreślić, że wymóg powierzchni pryzmy wynoszącej min. 10 m<sup>2</sup> nie jest założeniem, lecz wymogiem, który musi być spełniony przez zamawiane urządzenie.

#### **A. Powierzchnia przekroju pryzmy**

Odwołujący twierdzi, że przrzucarka zaoferowana przez wykonawcę Agrex-Eco nie spełnia wymogu powierzchni pryzmy min. 10 m<sup>2</sup>.

U zamawiającego zrodziły się również wątpliwości w tym zakresie, ponieważ w 21 stycznia 2013 r. zwrócił się do wykonawcy Agrex-Eco o wyjaśnienie treści złożonej oferty, wskazując, że wg projektanta – technologa zaoferowany model przrzucarki posiada pole przekroju wynoszące tylko 8,5 m<sup>2</sup>. Informacja ta była zaczerpnięta prawdopodobnie z katalogów producenta urządzeń (producent KOMPTECH), dostępnych w Internecie.

W wyjaśnieniach z 23 stycznia 2013 r. wykonawca Agrex-Eco przedstawił wyliczenia, z których wynika, że powierzchnia pryzmy zaoferowanego urządzenia wynosi 10,72 m<sup>2</sup>, więc wymóg został spełniony. Poza tym wykonawca Agrex-Eco stwierdził, że powyższy parametr

w ogóle nie jest wymogiem, tylko założeniem, a dane z ulotek producenta „mogą być niemiernodajne”.

Zamawiający uznał wyjaśnienia wykonawcy Agrex-Eco za wystarczające i wybrał ofertę tego wykonawcy.

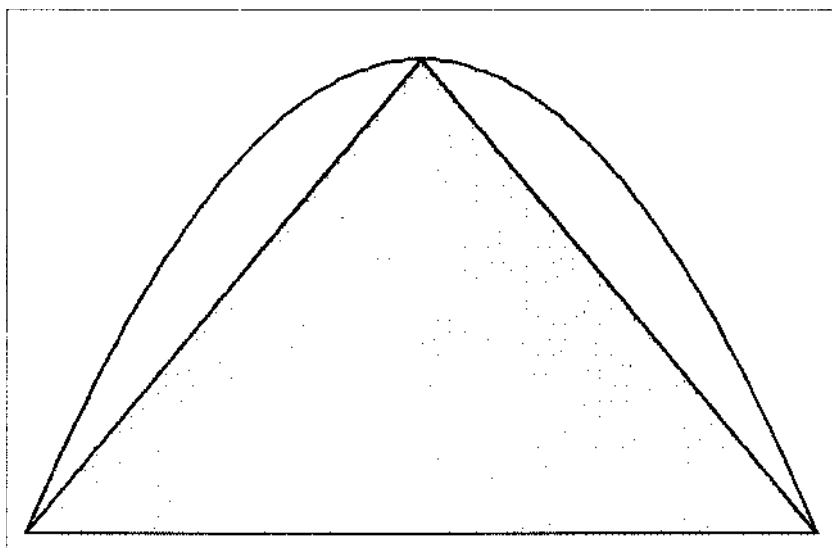
Zdaniem odwołującego wyliczenia wykonawcy Agrex-Eco oparte są na błędnym założeniu i ich rolą jest wyłącznie ukrycie faktu, że przetrucarka nie spełnia wymogu postawionego w specyfikacji.

### **Kształt pryzmy**

Agrex-Eco poinformowała, że pryzma przetrucana przez zaoferowaną przetrucarkę ma kształt odwróconej paraboli. Stosując wzór na obliczenie pola powierzchni takiej figury ustalono, że wynosi ona nie  $8,5 \text{ m}^2$  jak podają katalogi producenta, lecz  $10,72 \text{ m}^2$ .

Informacja o kształcie w postaci odwróconej paraboli jest jednak nieprawdziwa. Pryzma startowa jest formowana ładowarką przez usypywanie od góry odpadów. Zgodnie z opisem działania przetrucarki (pkt 2 uzasadnienia), kolejne pryzmy powstają po wzruszeniu odpadów przez przetrucarkę i ich wyrzuceniu za urządzenie. Odpady opadając na ziemię tworzą pryzmę, z tym że nie ma ona kształtu odwróconej paraboli, lecz trójkąta. Różnica jest bardzo istotna, ponieważ przyjęcie, że wskutek opadania odpady tworzą odwróconą parabolę powoduje, że powierzchnia pryzmy byłaby większa.

Poniżej przedstawiony jest schemat, na którym na trójkąt o określonej podstawie i wysokości nałożono odwróconą parabolę o takiej samej „podstawie” i „wysokości” (tj. przechodzącą przez wierzchołki trójkąta).



Jak łatwo zauważyć poza polem trójkąta występują „wybrzuszenia” paraboli, które powodują, że pole figury ograniczonej parabolą przechodzącą przez wierzchołki trójkąta jest większe.

Urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Agrex-Eco oznaczone symbolem TOPTURN X60 formuje pryzmę o podstawie wynoszącej 5,7 m i wysokości 2,8 m. Pole trójkąta równoramiennego o takich wymiarach wynosiłoby 7,98 m<sup>2</sup>.

W katalogu producenta podano, że powierzchnia przekroju wynosi ok. 8,5 m<sup>2</sup>, co wynika z faktu, że w naturze nie tworzą się idealnie proste linie, występują niewielkie „wybrzuszenia” w kierunku paraboli, a górny wierzchołek trójkąta jest nieco bardziej spłaszczony (trójkąt jest „wyidealizowany”, a w rzeczywistości przekrój przypomina raczej trapez z krótką górną krawędzią). W ten sposób informacja zawarta w katalogu, że powierzchnia przekroju nie wynosi 7,98 m<sup>2</sup>, jakby miało to miejsce w przypadku idealnego trójkąta, lecz około 8,5 m<sup>2</sup> jest jak najbardziej wiarygodna.

Wykonawca Agrex-Eco przyjmując te same wymiary pryzmy (podstawa 5,7 m, wysokość 2,8 m) obliczył pole dla figury ograniczonej parabolą i otrzymał powierzchnię 10,72 m<sup>2</sup>. Samo obliczenie (całka) jest prawidłowe. Różnica w stosunku do powierzchni trójkąta wynosi 2,74 m<sup>2</sup> (10,72 – 7,98), tj. 34% powierzchni tego trójkąta, a w stosunku do wartości katalogowej 2,22 m<sup>2</sup> (10,72 – 8,5), tj. 26% wartości katalogowej. W ten sposób przez przyjęcie, że materiał wyrzucany z przrzucarki formuje figurę zbliżoną do odwróconej paraboli, a nie do trójkąta, wykonawca Agrex-Eco powiększył powierzchnię pryzmy o ponad 26% w stosunku do wartości katalogowej, otrzymał wynik powyżej 10 m<sup>2</sup>, a tym samym „wykazał”, że urządzenie spełnia wymogi określone w specyfikacji.

Takie założenie jest jednak całkowicie nieuzasadnione.

Założenie jest sprzeczne z prawami fizyki. Odpad usypywany przez ładowarkę lub wyrzucany z przrzucarki jest materiałem sypkim (można go porównać np. małymi ziemiakami). Materiał jest wyrzucany z przrzucarki na pewną wysokość (a przy pryzmie startowej usypywany przez ładowarkę z pewnej wysokości), a następnie opada na ziemię, formując pryzmę. Przekrój pryzmy jest zbliżony do trójkąta (ewentualnie trapezu o krótkiej górnej krawędzi). Nie tworzą się „wybrzuszenia”, pozwalające przyjąć, że powstanie odwrócona parabola, ponieważ materiał znajdujący się wyżej pod wpływem własnej masy i grawitacji zsunie się do niższych partii. Rzekome „wybrzuszenia” nie utrzymałyby się na swojej wysokości, lecz zsuwając się poszerzyłyby podstawę pryzmy. Pryzma po przejechaniu przrzucarki nie miałaby 5,7 m szerokości, lecz odpowiednio więcej. A to spowodowałoby, że przy kolejnym przrzucaniu zaoferowane urządzenie nie byłoby w stanie przrzucić odpadów, ponieważ może objąć pryzmę o maksymalnej szerokości 5,7 m, a nowa pryzma byłaby szersza.

Wyjaśnienia wykonawcy Agrex-Eco byłoby można interpretować w ten sposób, że nie powstaje odwrócona parabola, tylko figura zbliżona do trapezu. Nie tworzyłyby się „wybrzuszenia” przedstawione na powyższym schemacie, lecz „stoki” przyzmy musiałyby być bardziej strome. Aby otrzymać trapez o powierzchni  $10,72 \text{ m}^2$ , którego dolna krawędź wynosi  $5,7 \text{ m}$ , a wysokość  $2,8 \text{ m}$ , boki trapezu musiałyby być nachylone do podstawy pod kątem przekraczającym  $56$  stopni. Jest to zbyt duże nachylenie, aby sypki materiał, bez podtrzymywania przez żadne dodatkowe konstrukcje zdołał się utrzymać. Podobnie jak miałyby to miejsce przy odwróconej paraboli, materiał znajdujący się wyżej na tak stromym stoku zacznie zsuwać się niżej. Pod wpływem własnej masy i grawitacji pożądany trapez „rozsypany” się zbliżając się do trójkąta o odpowiednio szerszej podstawie, której przrzucarka nie byłaby w stanie objąć.

Powyższe twierdzenia dotyczące kąta tworzonego przy podstawie przyzmy przez materiał sypki są zdaniem odwołującego na tyle oczywiste, że można je przyjąć bez powoływania biegłego. Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby miało się okazać to konieczne do rozstrzygnięcia sprawy, odwołujący składa wniosek o powołanie biegłego, który wypowie się co do przekroju przyzm kształtowanych przez odpady wyrzucane z przrzucarki.

**Dowód:** katalog firmy KOMTECH, s. 8 – wydruk z katalogu reklamowego producenta przrzucarki firmy KOMPTECH. Na stronie 8 katalogu (fragment oznaczony żółtym kolorem) stwierdza się jednoznacznie, że przyzmy kształtowane przez przrzucarki TOPTURN mają trójkątny przekrój. Obok tekstu znajduje się zdjęcie dość dobrze obrazujące, przyzmy formowane przez przrzucarki. Zdjęcie pozwala stwierdzić ponad wszelką wątpliwość, że przyzmy są trójkątne, a nie paraboliczne.

#### **Dane techniczne producenta**

O prawdziwości twierdzeń odwołującego świadczą informacje podawane przez producenta urządzeń. W informacjach katalogowych dla urządzenia TOPTURN X60 podano szerokość przyzmy  $5,7 \text{ m}$ , wysokość  $2,8 \text{ m}$ , a pole powierzchni  $8,5 \text{ m}^2$ . Dane dotyczące pola powierzchni nie były zmieniane od czasu wprowadzenia produktu na rynek.

**Dowód:** dane techniczne przrzucarek KOMPTECH z tłumaczeniem.

Dane katalogowe świadczą o tym, że pole powierzchni zostało obliczone w oparciu o założenie, że przekrój przyzmy ma kształt zbliżony do trójkąta. W piśmie z 23 stycznia 2013 r. wykonawca Agrex-Eco stwierdził, że informacje producenta mogą się okazać niemiernodajne, ponieważ dane zawarte w katalogu są opatrzone klauzulą, że producent rezerwuje sobie prawo do wprowadzania zmian technicznych na skutek ciągłego rozwoju.

Zdaniem wykonawcy Agrex-Eco w przypadku przrzucarki TOPTURN X60 rozwój polega na tym, że przy obliczaniu wartości katalogowych odpady opadające na ziemię

formowały pryzmę trójkątną, a na potrzeby przedmiotowego przetargu będą tworzyć pryzmę paraboliczną. Takiego wyjaśnienia nie można uznać za wiarygodne. Wykonawca Agrex-Eco nie podał żadnych danych, które wskazywałyby na zastosowanie nowych rozwiązań technologicznych skutkujących formowaniem innego kształtu pryzmy. Całe wyjaśnienie zostało oparte na głośłownej tezie wykonawcy Agrex-Eco, która to teza stoi w sprzeczności z danymi producenta. Na marginesie należy wyjaśnić, że zamawiający zastrzegł, że urządzenie nie może być prototypem. Ewentualne innowacje powinny być już zweryfikowane w praktyce.

Katalogi przedsiębiorców są także materiałami reklamowymi. Podaje się w nich maksymalne osiągi urządzeń, aby przedstawić własny produkt w jak najlepszym świetle. Skoro producent podał maksymalną powierzchnię przekroju pryzmy na poziomie ok. 8,5 m<sup>2</sup>, należy założyć, że osiągnięcie znacznie większych wartości jest nierealne. Wykonawca Agrex-Eco na podstawie swego oświadczenia nie popartego żadnymi danymi technicznymi zwiększył wartość katalogową o ponad 26%.

Takie oświadczenie nie może zostać uznane za wiarygodne. W tym stanie rzeczy zamawiający powinien oprzeć się na danych producenta, a nie głośłownych oświadczeniach wykonawcy Agrex-Eco, a w konsekwencji uznać, że wykonawca Agrex-Eco nie wykazał spełnienia przez przrzcarkę TOPTURN X60 podstawowego wymogu stawianego w specyfikacji.

### **Oferty złożone w poprzednim przetargu**

Należy również uwzględnić fakt, że przedmiotowe zamówienie na zakup przrzcarki jest już drugim postępowaniem prowadzonym przez zamawiającego. Pierwsze toczyło się na podstawie ogłoszenia z 19 kwietnia 2012 r. i zakończyło się unieważnieniem przetargu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wymagania stawiane w pierwszym przetargu do powierzchni pryzmy były takie same. Zostały również złożone dwie oferty (odwołującego i wykonawcy Agrex-Eco). Odwołujący złożył wówczas ofertę ze zbliżoną ceną (różnica między pierwszym a drugim przetargiem na poziomie 5%) zawierającą to samo urządzenie co w obecnym postępowaniu. Wykonawca Agrex-Eco złożył ofertę obejmującą urządzenie TOPTURN X67 (szerokość pryzmy 6,4 m, wysokość 3,1 m, powierzchnia ok. 10,5 m<sup>2</sup>), czyli większe od oferowanego obecnie TOPTURN X60. W związku z tym cena była dużo wyższa (o 29%). W pierwszym przetargu oferta odwołującego była znacznie korzystniejsza od oferty wykonawcy Agrex-Eco.

Po otwarciu ofert i unieważnieniu pierwszego postępowania wykonawca Agrex-Eco dowiedział się, że nie jest w stanie konkurować z odwołującym, jeżeli w kolejnym postępowaniu miałyby zostać zaoferowana przrzcarka z klasy urządzeń spełniających wymagania stawiane przez zamawiającego. Dlatego w drugim przetargu zaoferowano



urządzenie mniejsze, znacznie tańsze, a niewypełnienie wymogów specyfikacji zostało zamaskowane przez gołosłowne oświadczenie i skomplikowane wyliczenia, które stają się jednak zupełnie bezprzedmiotowe, jeżeli zakwestionowane zostanie bezpodstawne założenie o parabolicznym kształcie pryzmy.

Postrzegając sprawę z punktu widzenia pierwszego przetargu można postawić pytanie, dlaczego wykonawca Agrex-Eco zaoferował wówczas większą (a zarazem droższą) przrzucarkę, skoro ma w ofercie urządzenia zaoferowane w drugim przetargu, które wg obecnych twierdzeń wykonawcy Agrex-Eco także spełniają wymagania stawiane przez zamawiającego. Racjonalnie działający przedsiębiorca w przetargu, w którym jedynym kryterium wyboru jest cena, oferuje przecież najtańsze dostępne mu wyroby, aby zwiększyć swoje szanse na wygraną. Pozorna nieracjonalność działania wykonawcy Agrex-Eco w pierwszym przetargu zostanie jednak wyjaśniona, jeżeli stwierdzić, że tańsza przrzucarka TOPTURN X60 nie spełnia wymogów specyfikacji i tańsza przrzucarka została zaoferowana dopiero wówczas, gdy stało się jasne, że urządzenie spełniające wymagania będzie całkowicie niekonkurencyjne.

#### **B. Wydajność przyłącza wodnego**

Oprócz kwestii związanych z wielkością pryzmy należy wskazać również na inny parametr określony przez zamawiającego. W Części III specyfikacji, w tabeli z charakterystyką maszyny, w lit. t i u zamawiający postawił wymóg, aby dostępne było przyłącze pozwalające na podłączenie do przrzucarki instalacji do nawilżania pryzm o wydajności min. 800 l/min oraz kołowrót nawadniający. Do przrzucarki TOPTURN X60 podłączane są w tym zakresie standardowo urządzenia firmy Bauer-Rainstar 65-220 TX Plus tZn. Przepływ tego urządzenia wg danych producenta wynosi między 13 a 32 m<sup>3</sup>/h. Jak łatwo obliczyć, 32 m<sup>3</sup>/h daje maksymalnie 533,33 l/min (32 m<sup>3</sup>/h \* 1000 l/m<sup>3</sup> / 60 min). Tym samym przy stosowanych standardowo rozwiązaniach oferta wykonawcy Agrex-Eco nie spełnia również tego wymogu określonego w specyfikacji.

Uwzględniając przedstawione argumenty należy uznać, że treść oferty wykonawcy Agrex-Eco nie odpowiada treści specyfikacji i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **21.02.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **22.02.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca Agroex-Eco sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 469, 02-844 Warszawa 22.02.2013 r. złożył: 1) Prezesowi KIO zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Wykonawca przesłał kopię pisma 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez uczestnika postępowania odwoławczego:**

- 1) (dowód nr 1) pismo zatytułowane „Stanowisko przystępującego odnośnie zarzutów odwołującego” wraz z dziesięcioma załącznikami, w którym to piśmie uczestnik postępowania wywodzi, że jego oferta spełnia wymagania zamawiającego;**
- 2) (dowód nr 2) fotografia przyzmy ziemniaków, z której to fotografii uczestnik postępowania wywodzi, że materiał o innej konsystencji układa się inaczej w przyzmy**

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

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Agrex-Eco, jako niezgodnej ze specyfikacją, a w konsekwencji dokonania niewłaściwego wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, oferty wykonawcy Agrex-Eco – zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Zamawiający na str. 5 części III specyfikacji *Opis przedmiotu zamówienia* wykazał swoje potrzeby odnośnie kompostowania przierzucarką tworzącą pryzmy o powierzchni poprzecznego pionowego przekroju wynoszącej ok. 10 m<sup>2</sup>.

W trakcie badania ofert, ze względu na dane techniczne, które przedstawiał producent zaoferowanej maszyny, zamawiający zażądał na podstawie art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert”, aby uczestnik postępowania złożył wyjaśnienia czy zaoferowany przedmiot zamówienia spełni wymaganie zamawiającego dotyczące pola przekroju pryzmy o powierzchni 10 m<sup>2</sup>, gdyż projektant zgłosił uwagę, że zaoferowany cyt. „model przierzucarki posiada pole przekroju pryzmy tylko 8,5 m<sup>2</sup>”.

W wyjaśnieniach złożonych w wyznaczonym terminie, 23.01.2013 r., uczestnik postępowania skupił się na stwierdzeniu, że przekrój pionowy pryzmy ma kształt odwróconej paraboli i przedstawił rysunek krzywej naniesionej na układ współrzędnych i obliczenia matematyczne dotyczące pola figury ograniczonej odwróconą parabolą. Ponadto uczestnik postępowania przedstawił pogląd, że projektant nie może się powoływać na informacje z Internetu i ulotki, ponieważ producent rezerwuje sobie prawo wprowadzania zmian technicznych, a więc uzyskane w ten sposób informacje nie są miarodajne. Zamawiający uznał wyjaśnienia uczestnika postępowania za wystarczające i wybrał tę ofertę, jako ofertę najkorzystniejszą, po czynności oceny ofert w oparciu o kryteria przedstawione w specyfikacji.

Ponadto na rozprawie uczestnik postępowania złożył pismo wraz z załącznikami powtarzając argumentację zawartą w wyjaśnieniach z 23.01.2013 r. fotografię, gdzie na tle przierzucarki widać na pierwszym planie pryzmę, na którą został naniesiony zwymiarowany układ współrzędnych (załącznik 4), fotografię, gdzie na pierwszym planie widać pryzmę, a za pryzmą – pracującą przierzucarkę (zał. 4a), rysunki i folder urządzenia zaoferowanego przez odwołującego (zał. 5-8), oświadczenie importera BAUER Group Polska sp. z o.o., że urządzenia dostarczane podmiotowi KOMPTECH mogą osiągać wydajność ponad 1 000 dm<sup>3</sup> na minutę, folder reklamowy uczestnika postępowania dotyczący maszyn mobilnych producenta KOMPTECH oraz fotografię pryzmy ziemniaków.

Skład orzekający Izby stwierdza, że uczestnik postępowania nigdzie nie dowiódł, że pryzma z materiału na kompost wyrzucanego z przierzucarki będzie przyjmowała kształt odwróconej paraboli. Uczestnik postępowania nie wykazał także, że producent w maszynie wprowadził modyfikacje, które pozwoliłyby inaczej obliczać pole przekroju poprzecznego pryzmy tworzonej przez przierzucarkę.

Z doświadczenia życiowego wiadomo, że pryzma przyjmuje kształt zbliżony do stożka o przekroju pionowym przechodzącym przez wierzchołek o kształcie zbliżonym do trójkąta

równobocznego. Również wszystkie zdjęcia złożone przez uczestnika postępowania w zał. 4 – str. 2, zał. 8 – str. 1 i zał. 10 pokazują pryzmy w trakcie formowania właśnie w kształcie zbliżonym do trójkąta. Nigdzie nie została wykazana przez zamawiającego ani uczestnika postępowania twierdzenie, że kształt odpowiedniego przekroju pryzmy będzie zbliżony do odwróconej paraboli.

Natomiast zdjęcie w zał. 4 pokazuje pryzmę o kształcie przekroju krzywej nie będącej na pewno odwróconą parabolą, gdyż końce jej boków stykające się z podłożem ulegają zagięciu do linii poziomej, co w paraboli będącej wykresem równania kwadratowego nie może mieć miejsca, gdyż końce – dążąc do nieskończoności zgodnie z równaniem  $y = ax^2$  – muszą zbliżyć się do linii pionowej. Pryzma z fotografii z załącznika nr 4 nie jest pryzmą utworzoną przez przrzucarkę, ale prawdopodobnie pryzmą utworzoną znacznie wcześniej i dopiero zbieraną przez tę maszynę. Kształt tej pryzmy nie może być brany przez Izbę pod uwagę, gdyż nie obrazuje sytuacji rozpoznawanej. Ze względu na zmniejszanie się zawartości powietrza z pryzmy w trakcie tworzenia się kompostu, najwyższy punkt najszybciej obniża się, gdyż w słupie o rozpoznawanej wysokości ok. 3 m (najwyższy punkt pryzmy) jest tego powietrza i spalchnionego materiału więcej niż u podstaw, gdzie słup spalchnionego materiału i jednocześnie zawartego w materiale powietrza jest znacznie niższy. Również na pryzmę w dłuższym czasie będą oddziaływać warunki atmosferyczne, przede wszystkim opady i wiatr powodujące wraz z czynnikiem grawitacji większe obniżanie się szczytu niż boków, a szczególnie miejsc zbliżonych do podstawy pryzmy.

Z tych wszystkich względów nie można bez dostatecznych dowodów przyjąć, że przekrój pryzmy tworzonej z materiału z rozrzutnika przyjmie kształt odwróconej paraboli.

Zgodnie z informacjami zawartymi w zał. nr 10 – tabela z danymi różnych modeli oferowanej przez uczestnika postępowania przrzucarki TOPTURN X60, maksymalna powierzchnia przekroju wynosi  $\sim 10,5 \text{ m}^2$ , jednak do tej informacji jest dołączony przypisek, cyt. „w zależności od kąta usypowego i wilgotności kompostu”. Ten dopisek dyskwalifikuje przyjęcie przez zamawiającego tej informacji bez szczegółowego wyjaśnienia warunków, kiedy może zaistnieć możliwość osiągnięcia przez właściwy przekrój pryzmy powierzchni, która spełni wymagania zamawiającego.

Zdjęcia z zał. 8 – str. 2 nie mogą być przez skład orzekający Izby wzięte pod uwagę, gdyż są zbyt małe. Także zdjęcie z dowodu nr 2 – pryzma ziemniaków – nie może być wzięta pod uwagę, gdyż składający dowód nie opisał sposobu powstania pryzmy, a z doświadczenia życiowego wiadomo, że ziemniaków nie rozzuca się w sposób taki, jak materiał na kompost.

Również rysunek krzywej z zał. nr 3 nie może być wzięty pod uwagę, gdyż nie przedstawia odwróconej paraboli, o której mówi uczestnik postępowania, a przedstawia krzywą, której boki przy podstawie zaczynają dążyć do poziomu, zamiast dążyć do pionu. To

dążenie końców paraboli wynika z równania matematycznego, którego wykresem jest parabola; równaniem tym jest przytoczone wyżej  $y = ax^2$ .

Podobnie rysunki zał. 5 i 7 gdzie jest pokazana maszyna prawdopodobnie przystępująca dopiero do pracy, a więc na rysunku, który nie oddaje rzeczywistości tak jak fotografia. Występuje tu prawdopodobnie sytuacja jak zauważona na 1 str. załącznika nr 4.

Pismo z zał. nr 6 nie dotyczy rozpoznawanych spraw, podobnie jak treść zał. nr 8.

W związku z powyższymi ustaleniami skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że urządzenie zaoferowane przez uczestnika postępowania spełnia wymagania zamawiającego zawarte w specyfikacji. Zamawiający nie miał przesłanek do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie mając podstaw dostatecznej pewności, że wybierana oferta jest zgodna ze specyfikacją.

Dodatkowo uczestnik postępowania złożył oświadczenie importera urządzenia podającego wodę do maszyny. Z oświadczenia wynika, że urządzenie podające wodę może być tak modyfikowane, że będzie spełniać wymagania zamawiającego. Z tego powodu zarzut odwołującego w tym zakresie nie może się ostać.

Z tego względu zamawiający ma obowiązek unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonać powtórnie badania i oceny ofert a w konsekwencji dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez uczestnika postępowania za wyjątkiem zał. nr 6 dowodu nr 1, który nie dotyczył rozpoznawanych kwestii.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....