

Sygn. akt: KIO/961/10

WYROK

z dnia 7 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 maja 2010 r. przez **Veolia Water Systems Sp. z o.o., ul. Balicka 48, 30-149 Kraków** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o., ul. Rybaki 31/35, 87-100 Toruń**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie odpowiednich zmian treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tak aby:**
 - 1) **możliwe było zastosowanie jednej lub dwóch linii suszenia,**
 - 2) **możliwe było zastosowanie suszarek taśmowych niskotemperaturowych lub średniotemperaturowych,**
 - 3) **instalacja suszenia zapewniała ominięcie fazy kleistej osadu, a recyrkulacja osadów wysuszonych była jedną z dopuszczalnych metod do osiągnięcia tego celu,**
 - 4) **osad na taśmie rozprowadzany był równomiernie, a efekt końcowy wysuszenia i postaci fizycznej osadu wysuszonego opisany w SIWZ był zapewniony niezależnie od wahań stopnia uwodnienia osadu,**

- 5) **dopuszczona została, obok rozwiązań dystrybucji osadu na taśmę suszarki już dopuszczonych w SIWZ, również możliwość takiej dystrybucji za pomocą układu pompowego,**
2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Veolia Water Systems Sp. z o.o., ul. Balicka 48, 30-149 Kraków** oraz uzasadnione koszty **Veolia Water Systems Sp. z o.o., ul. Balicka 48, 30-149 Kraków** obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w wysokości **558,95 zł 00 gr** (słownie: pięćset pięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy),
3. zasądza koszty postępowania od **Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o., ul. Rybaki 31/35, 87-100 Toruń** na rzecz **Veolia Water Systems Sp. z o.o., ul. Balicka 48, 30-149 Kraków.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 Toruniu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Modernizacja gospodarki osadowej na Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Toruniu (budowa systemu termicznej przeróbki osadów) Kontrakt Nr K-1/W*”, zostało wszczęte przez Toruńskie Wodociągi Sp. z o.o., zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, w dniu 7 maja 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. Zamawiający przekazał to ogłoszenie w tym samym dniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w wyniku czego ukazało się ono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 91-136237 z dnia 11 maja 2010 r.).

W dniu 20 maja 2010 r. Wykonawca: Veolia Water Systems Sp. z o.o., zwany dalej Odwołującym, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) opublikowanej przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 11 maja 2010 r.

Zgodnie z argumentacją prezentowaną przez Wykonawcę w odwołaniu Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 2 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na ograniczenie kręgu wykonawców mogących zrealizować zamówienie do jednej firmy, to jest firmy ANDRITZ AG, Stattegger Strasse 18, A-8045 Graz, Austria, dysponującej suszarkami typu taśmowego (bez zasilania ciśnieniowego) opisanymi w części III SIWZ rozdz. 6, pkt 6.1,
- 2) art. 29 ust. 1 i 2 poprzez niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz sformułowanie zapisów nakładających wymogi technologiczne co do przedmiotu zamówienia w zakresie i sposób, który z technologicznego punktu widzenia nie jest konieczny do zaspokojenia potrzeb

Zamawiającego, a powodujące jednocześnie wykluczenie suszarek innego typu poza jednym modelem, co stanowi naruszenie ww. przepisów a dodatkowo stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (część III SIWZ rozdz.6 pkt 6.1.3 ogłoszenia),

- 3) art. 29 ust. 3 i art. 30 ust. 1 i 4 poprzez brak sprecyzowania jakie parametry Zamawiający uzna za równoważne do opisanych w pkt 6.1.3. Części III SIWZ.

Odwołujący podnosząc wskazane powyżej zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w sposób uwzględniający w ocenianych parametrach technicznych rozwiązania oferowane przez inne firmy obecne na rynku. Przedstawił on własne propozycje kwestionowanych przez siebie zapisów. Żądał także wskazania, jakie parametry uzna Zamawiający za równoważne. Jako żądanie ewentualne, Odwołujący domagał się unieważnienia postępowania.

Odwołujący konstruując uzasadnienie wnoszonego przez siebie odwołania podzielił swą argumentację na pięć punktów. W każdym z tych punktów odnosił się do innych zapisów SIWZ, z których każdy w jego opinii, maksymalnie zawężył rynek i naruszał zasady uczciwej konkurencji. Kwestionował on następujące zapisy III części SIWZ (poniższe zestawienie odpowiada przywołanemu podziałowi argumentacji uzasadnienia odwołania na pięć punktów):

1. warunek zawarty w pkt 6.1.3:

Zamawiający wymaga, aby możliwa była płynna regulacja wydajności instalacji w zakresie 14-21 Mg s.m./d osadu. Zastosowana winna być jedna linia suszenia.

2. warunek zawarty w:

- 1) pkt 5.1:

Instalacja suszenia osadów oparta o bezpośrednią, niskotemperaturową suszarkę taśmową.

- 2) pkt6.1.3:

Należy zastosować suszarkę taśmową niskotemperaturową o temperaturze suszenia do 130oC z recyrkulacją część osadu wysuszonego.

3. warunek zawarty w pkt 6.1.3:

Celem zapewnienia właściwej pracy instalacji i właściwej jakości granulatu, zastosowana winna zostać recyrkulacja osadów wysuszonych, która musi zapewnić

wejście osadu na suszarkę ze wskaźnikiem odwodnienia warunkującym ominięcie fazy kleistej. Dane dotyczące strumienia recyrkulowanych osadów zamieszczone zostały w tabeli 4 w rozdziale 3.2.

4. warunek zawarty w pkt 6.1.3:

Osad na taśmę podawany będzie jako równomierna warstwa o regulowanej grubości

5. warunek zawarty w pkt 6.1.3:

Zamawiający wyklucza dystrybucję osadu na taśmę suszarki za pomocą układu pompowego.

oraz:

Zamawiający podkreśla istnienie w osadzie przefermentowanym znacznej ilości włosów, włóknin i okruchów struwitu o granulacji do 20 mm, w związku z czym nie powinna zostać zastosowana dystrybucja osadów za pomocą systemu ciśnieniowego.

Odwołujący uzasadniając podnoszone przez siebie twierdzenia o nieprawidłowości wskazanych powyżej zapisów III części SIWZ argumentował odpowiednio:

ad. 1. Zapis taki został wprowadzony celowo, aby wyeliminować konkurencję, ponieważ jedynie jedna firma na rynku dostarcza suszarki taśmowe o tak dużej przepustowości. Każdy inny dostawca suszarek taśmowych musi zaoferować więcej niż jedną linię suszenia. W opinii Odwołującego wymóg zastosowania jednej linii suszenia; jest wręcz niespójny z zapisem o możliwej płynnej regulacji wydajności instalacji w zakresie 14-21 Mg s.m./h. Podnosił on, że eksploatacja jednego urządzenia dostosowanego do takiej płynnej wydajności pracy w zakresie 60-100% przepustowości, oznacza eksploatację w warunkach niewykorzystania powierzchni grzewczej i w warunkach zdecydowanego niedociążenia optymalnych parametrów technicznych pracy urządzenia, co skutkuje podwyższeniem kosztów eksploatacyjnych, czyli niegospodarności. Wskazywał, iż w warunkach posiadania więcej niż jednej linii suszenia, wymóg płynnej regulacji wykonany mógłby być zarówno poprzez zmianę obciążenia jednej linii suszenia w rozsądnych technicznych granicach, jak i poprzez odpowiednie wyłączanie lub włączanie kolejnej linii, jako metodę wspomagającą regulację wydajności całej stacji, bez zmuszania urządzeń do pracy w warunkach niekorzystnych. W opinii Odwołującego tak sformułowany warunek jest sprzeczny z pkt 5.3.9 III części SIWZ: *Należy zapewnić maksymalną ciągłość*

pracy ITPO (Instalacja Termicznej Obróbki Osadów) oraz zminimalizować wpływ na nią przerw eksploatacyjnych (zatrzymanie, konserwacja, ponowny rozruch).

ad. 2. Zapis ten ogranicza zastosowanie urządzeń różnych wykonawców, w tym Odwołującego, nie wnosząc żadnej wartości dodatkowej dla Zamawiającego poprzez zastosowanie takiego właśnie systemu. Wprost przeciwnie, zastosowanie suszarki o temperaturze ograniczonej do 130oC powoduje zwiększenie wymaganej powierzchni grzewczej do wysuszenia osadu, co wpływa na zwiększenie powierzchni zabudowy całej instancji i wpływa na podniesienie kosztów robót budowlanych i drogowych: konieczny jest większy budynek technologiczny i dłuższe podjazdy do niego. Wskazywał również, iż stosowana przez Zamawiającego nomenklatura nie jest ścisła. Wg literatury fachowej, suszarki niskotemperaturowe to suszarki wykorzystujące medium grzewcze o niskich parametrach, do 100oC (zazwyczaj jest to woda). Suszarki wykorzystujące inne medium grzewcze jak gorące powietrze, olej lub spaliny to suszarki średnotemperaturowe. Zakres temperatur roboczych dla suszarek taśmowych średnotemperaturowych waha się w zakresie 110-180oC, i takie sformułowanie warunków umożliwiłoby wszystkim Wykonawcom oferującym suszarki taśmowe złożenie oferty. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazywał, iż podawanie zakresu temperatur nie jest konieczne z technicznego punktu widzenia, ponieważ nie ma wpływu na jakość procesu suszenia ani na końcowe wysuszenie osadu, które niezależnie od szczegółowych parametrów pracy urządzenia powinno zostać zagwarantowane przez Wykonawcę.

ad. 3. Zapis ten ogranicza zastosowanie urządzeń różnych wykonawców, w tym Odwołującego, nie wnosząc żadnej wartości dodatkowej dla Zamawiającego poprzez zastosowanie takiego właśnie systemu. Obligatoryjne zastosowanie recyrkulacji części osadu wysuszonego wpływa dodatkowo na rozbudowę węzła suszenia – do celów recyrkulacji konieczne jest zainstalowanie dodatkowych urządzeń mieszających i dodatkowej pojemności na mieszanie osadu suchego i odwodnionego – podczas gdy urządzenia innych producentów spełniają takie same lub nawet lepsze warunki techniczne, bez zastosowania recyrkulacji osadu wysuszonego. Recyrkulacja nie jest bowiem konieczna do przełamania fazy kleistej, ani do uzyskania właściwej postaci granulatu. Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający w przywołanej tabeli 4 w rozdziale 3.2. SIWZ nie podał, jakie powinny być parametry strumienia osadów recyrkulowanych. W opinii Odwołującego uzasadnia to twierdzenie, iż Zamawiający tak naprawdę nie wie, jaka jest zawartość procentowa suchej masy w osadzie w fazie kleistej i nie wie, jaki stopień recyrkulacji należy zastosować, ale wymaga od potencjalnego Wykonawcy wykonania recyrkulacji jako „sztuka dla sztuki” nie dopuszczając przypadku, gdy Wykonawca może zaoferować suszarkę realizującą

bezwaryjne i skuteczne suszenie osadu od wartości 25% s.m. (lub innej, zdefiniowanej przez Zamawiającego w SIWZ) do wartości 90% s.m. bez recyrkulacji części osadu wysuszonego.

ad. 4. Wymóg regulowanej grubości warstwy osadu na taśmie nie ma nic wspólnego z efektami suszenia. Odwołujący oświadczył, że znane mu są przykłady eksploatacji suszarki taśmowej bez regulowanej warstwy osadu na taśmie, które charakteryzują się elastyczną i efektywną pracą w warunkach okresowej zmienności parametrów osadu odwodnionego, z zachowaniem parametrów osadu wysuszonego.

ad. 5. Zapisy te mają na celu jedynie wyeliminowanie z przetargu innych producentów suszarek poza firmą Andritz, która jest jedynym obecnym na rynku dostawcą suszarek gdzie osad na taśmę nie jest podawany za pomocą pompy. Jednocześnie nie mają one uzasadnienia technicznego. Struwit bowiem ma własność odkładania się na powierzchni urządzeń w postaci twardej powłoki, ale nie jest związkami, który w sposób swobodny kruszy się i odrywa od tej powierzchni. Eksploatacja instalacji w przypadku obecności struwitu wymaga okresowego wyłączania urządzeń i mechanicznego zdzierania warstwy struwitu z zarośniętej powierzchni. Struwit odkładający się na powierzchni urządzeń ma taki sam wpływ na działanie pomp, jak i na działanie przenośników. Odwołujący wskazując na inny zapis zawarty w tym samym pkt 6.1.3 III części SIWZ (*Należy zapewnić możliwość podawania osadu odwodnionego, pochodzącego bezpośrednio ze SMOO, na przyczepę transportową w celu kierowania osadów do magazynu osadu odwodnionego w hali kompostowania W SYTUACJI, GDY ITPO NIE PRACUJE. Przy doborze podajników (SYSTEM POMPOWY lub przenośniki ślimakowe -wałowe lub bezwałowe w zależności od potrzeb technologicznych) Wykonawca weźmie pod uwagę fakt gwarantowanego odwodnienia osadu do poziomu 25-40% s.m. (osad na wyjściu z SMOO) i związane z tym potencjalne problemy.*), wskazuje, że Zamawiający nie widzi żadnego zagrożenia struwitem w przypadku transportu osadu odwodnionego do magazynu, ale widzi zagrożenie struwitem w przypadku podawania osadu do suszarki, tym samym wskazuje na jego niekonsekwencję.

Zamawiający w dniu 1 czerwca 2010 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie. W piśmie tym, formułuje on tezę, iż nie ma potrzeby zagłębiania się w kwestie technologiczne, dotyczące przedmiotu zamówienia, gdyż dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie jest konieczne uzyskanie specjalistycznych informacji. W opinii Zamawiającego, Odwołujący oparł się na błędnym przekonaniu o ograniczeniu

przez Zamawiającego kręgu wykonawców mogących zrealizować zamówienie do jednej tylko firmy, tj. Andritz AG. Zamawiający wskazuje, iż w jego ocenie nie zostały naruszone zasady równego traktowania wykonawców i konkurencyjności, a postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone zgodnie z zasadami powszechnie obowiązującego prawa. Tym samym żądania Odwołującego, jako zmierzające do *de facto* narzucenia Zamawiającemu konkretnej technologii, innej niż ta opisana w SIWZ, a więc nieodpowiadającej jego potrzebom, są bezprawne. Zamawiający podkreślał, że Izba bada legalność działań Zamawiającego, a nie zasadność technologiczną żądanych i opisywanych przez Zamawiającego rozwiązań, czy też ich gospodarność. Dalej argumentował, iż postępowanie o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie, jest częścią większego projektu unijnego, finansowanego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko ze środków Funduszu Spójności, który był badany przez ekspertów z inicjatywy JASPERS. Wskazał, iż eksperci ci, badając wniosek aplikacyjny nie zakwestionowali technologii zażądaną przez Zamawiającego. Podobnie Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w związku z prowadzoną kontrolą *ex-ante* badał również SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, pod kątem zgodności z przepisami Pzp, nie stwierdzając na tym polu żadnych uchybień.

Zamawiający podnosił, iż nie ograniczał, ani nie utrudniał konkurencji, opisując przedmiot zamówienia. Nie żądał jednego modelu suszarki, ponieważ przedmiotem tego postępowania, nie jest dostawa suszarki do osadów, tylko roboty budowlane polegające na budowie systemu termicznej przeróbki osadów. Zamawiający zażądał określonej technologii, a mianowicie jednej linii technologicznej spełniającej takie parametry, które są dla Zamawiającego potrzebne oraz korzystne pod względem ekonomicznym, jak i eksploatacyjnym, biorąc pod uwagę bezpieczeństwo pracy instalacji oraz jej trwałość i bezawaryjność. Zamawiający podnosił, iż instalacja ta będzie umiejscowiona na terenie istniejącej oczyszczalni i w związku z tym a także faktem, iż w ramach istniejącego pozwolenia na budowę, którym dysponuje Zamawiający, nie ma możliwości termicznej przeróbki osadów za pomocą dwóch linii, koniecznym jest takie sformułowanie warunków SIWZ. Ponadto zastosowana technologia pozwoli na przekazywanie osadu o określonych parametrach do współspalania, jako paliwo alternatywne, do zakładu przemysłowego lub innego odbiorcy.

Zamawiający podkreślał, iż opisując przedmiot zamówienia, nie używał on wskazań na znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, dlatego też nie musiał stosownie do regulacji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wskazywać parametrów świadczących o równoważności opisanym przez Zamawiającego rozwiązaniom. Wskazywał, iż sam Odwołujący przyznawał,

iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób bardzo szczegółowy, a więc tym samym, w opinii Zamawiającego, za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Wskazywał również, iż zgodnie z regulacją art. 30 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, których naruszenie zarzucał mu Odwołujący, z uwagi na fakt, iż nie opisywał przedmiotu zamówienia za pomocą środków wskazanych w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, nie jest on zobowiązany do wskazania, iż dopuszcza on rozwiązania równoważne opisywanym.

Jako argument za tym, iż inni Wykonawcy nie dostrzegli naruszenia przez niego przepisów ustawy Pzp w konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, iż w dniu 25 maja 2010 r. odbyło się zebranie Wykonawców. Brało w nim udział 9 potencjalnych oferentów i żaden z nich nie kwestionował technologii wybranej przez Zamawiającego, żaden nie złożył odwołania wobec takiej treści opisu przedmiotu zamówienia.

Wraz z powołaną odpowiedzią na odwołanie Zamawiający przedstawił m.in. opinię sporządzoną przez dr inż. Tadeusza Pajaka, będącego jednym z pełnomocników Zamawiającego przed Izbą. Odnosił się on do każdego z pięciu punktów uzasadnienia odwołania.

Ad. 1. Oświadczył, że istnieje co najmniej 3 producentów, których suszarni spełniają kwestionowany przez Odwołującego zapis SIWZ i są to: Andritz, Klein i Siemens. Wskazywał, iż na świecie obecnie pracuje kilkadziesiąt instalacji suszenia osadów (suszarki taśmowe, bębnowe, talerzowe, fluidalne) z jedną linią technologiczną o wydajności, co najmniej takiej, jaka wymagana jest przez Zamawiającego. Instalacje takie są w pełni dojrzałe technicznie, odpowiadają współczesnemu stanowi najlepszej dostępnej techniki, w konstrukcji swojej są znacznie prostsze, a w eksploatacji tańsze niż składające się z kilku małych linii.

Ad. 2. Wskazał, że ograniczenie temperatury procesu suszenia uzasadnione jest względami bezpieczeństwa pracy tego rodzaju instalacji, ponieważ w wyższych temperaturach zwiększa się ryzyko samozapłonu. Wskazywał również, iż literatura fachowa przypisuje różne temperatury graniczne do zakresu suszarek niskotemperaturowych, a jakkolwiek spór na tym polu ucina podanie przez Zamawiającego progu 130oC.

Ad. 3. Podnosił, iż zastosowanie recyrkulacji części wysuszonego osadu służy nie tylko ominięciu fazy kleistej, ale również zapewnia jednostajną nadawę osadu przy nieuniknionym zmiennym jego uwodnieniu po wirówkach i prasach, co pozwala na prawidłowe i równomierne wysuszenie granulatu w całej jego objętości. Wskazywał,

iz system ten jest stosowany przez takich producentów jak Seghers, Bio Solid Air, Andritz i Klein.

Ad. 4. Argumentował, iż równomierność rozłożenia warstwy osadu na taśmie ma istotne znaczenie z punktu widzenia efektywności przebiegu procesu suszenia osadów. Tym samym regulacja warstwy grubości osadu na taśmie umożliwi Zamawiającemu dobór optymalnych warunków pracy suszarki w zależności od parametrów osadu.

Ad. 5. Wyjaśniał, iż występujący w osadach struwit powoduje zatykanie się przewodów pompowych, a nie samych pomp, a odkładanie się go podczas transportu np. na przenośnikach ślimakowych jest problemem zdecydowanie mniejszym. Podkreślał, iż transport przewodami tłocznymi za pomocą pomp osadów o zawartości suchej masy w pobliżu 40% stwarza istotnie wysokie opory hydrauliczne.

W trakcie rozprawy przed Izłą Odwołujący przedstawił w piśmie przedłożonym Izbie listę siedmiu producentów suszarek taśmowych znanych na rynku:

- 1) STC
- 2) Huber – suszarka typu KULT
- 3) Siemens/Sernagiotto – suszarka typu SBD
- 4) SUEZ – suszarka typu Innoplana
- 5) Odwołujący – suszarka typu Biocon
- 6) Andritz – suszarka typu BDS
- 7) Kleiln – suszarka Combi Dry.

Wskazywał on w powołanym piśmie, iż kwestionowane zapisy SIWZ wskazane w drugim punkcie uzasadnienia odwołania wykluczają producentów ujętych w pozycjach 3, 4, 5 i 7 powyższego wykazu, zaś zapisy SIWZ wskazane w punkcie trzecim eliminuje wszystkich producentów poza wskazanym w pkt 6, zaś treść warunków SIWZ wskazanych w punkcie pierwszym, czwartym i piątym uzasadnienia jednoznacznie wskazują na firmę Andritz.

Ponadto twierdził on, iż określony w SIWZ zakres temperatur suszenia określony na poziomie 130oC ukształtowany został na tym poziomie tylko dlatego, że producent

Andritz oferuje taśmy wykonane w plastiku, które mogą pracować w temperaturze maksymalnej 140 stopni.

Zamawiający na rozprawie przed Izbą oświadczył, iż warunek wskazany w piątym punkcie uzasadnienia odwołania (dotyczący układu pompowego) spełniają następujący producenci: Seghers, Bio Solid Air, Andritz, a także Sevar. W przypadku tego ostatniego producenta Zamawiający złożył kopię jego oświadczenia odnoszącego się do oferowanych przez niego suszarni taśmowych.

Podnosił on również, iż każdy wykonawca robót budowlanych, które są *de facto* przedmiotem zamówienia, może zakupić w celu realizacji przedmiotu zamówienia odpowiednie, spełniające wymagania SIWZ urządzenia.

Zamawiający, podsumowując swoją argumentację przedstawioną przed Izbą, oświadczył, iż wszystkie warunki kwestionowane przez Odwołującego spełniają następujący producenci: Andritz, Sevar oraz Klein.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w brzmieniu nowym – po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz stwierdzenie wypełnienia przesłanki interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a w szczególności: SIWZ oraz protokół postępowania ZP-1, a ponadto treść odwołania i odpowiedzi na nie oraz pism składanych przez strony w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż w kwestionowanych przez Odwołującego zapisach SIWZ, Zamawiający nie wskazywał literalnie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Tym samym nie został obciążony zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp obowiązkiem dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Dlatego też nie musiał on precyzować, jakie parametry oferowanych przez Wykonawców urządzeń uzna za równoważne.

Izba ustaliła także, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie używał również, w zapisach kwestionowanych przez Odwołującego, norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia. Dlatego też nie ciążył na nim obowiązek wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym zgodnie z normą zawartą w art. 30 ust. 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając te ustalenia, Izba uznała podnoszone przez Odwołującego zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 1 i 4 ustawy Pzp za bezzasadne.

Izba rozstrzygając o zasadności zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp uwzględniła dokonane przez siebie ustalenia oraz dowody przedstawione przez Strony.

W pierwszej kolejności Izba uznała kierując się treścią przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, iż Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie może robić tego w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z ugruntowaną w dotychczasowym orzecznictwie Izby opinią, dla uznania, iż Zamawiający naruszył powołany przepis, wystarczającym jest jedynie wykazanie, iż opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też nie jest konieczne ze strony Odwołującego wykazywanie w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, iż Zamawiający, poprzez poszczególne zapisy opisu przedmiotu zamówienia, utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym, w ocenie Izby, jest jedynie wskazanie, iż opis przedmiotu zamówienia będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić,

Uwzględniając powyższe założenie, Izba uznała za zasadnie podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisu art 29 ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący w sposób wystarczający uprawdopodobnił, iż kwestionowane przez niego zapisy opisu przedmiotu zamówienia mogą utrudniać uczciwą konkurencję, a tym samym powodować nierówne traktowanie Wykonawców.

Nieistotnym zdaniem składu orzekającego Izby, dla tak sformułowanej oceny, jest argument podnoszony przez Zamawiającego, iż przedmiotem zamówienia jest robota budowlana, a nie dostawa suszarek osadów, dlatego też nie można mówić o ograniczeniu konkurencji w zakresie robót budowlanych, ponieważ każdy z wykonawców robót może zakupić w celu realizacji przedmiotu zamówienia odpowiednie, spełniające wymagania SIWZ, urządzenia. Faktem jest, iż zamówienie obejmuje robotę budowlaną. Niemniej jednak, Izba uznała, iż Zamawiający dokonując opisu instalacji, która jest najważniejszym zespołem urządzeń mającym być zainstalowanym w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, w sposób, który może preferować jednego z wielu producentów takich instalacji, utrudnia tym jednocześnie uczciwą konkurencję wśród Wykonawców robót budowlanych. Preferuje

bowiem w oczywisty sposób tych, którzy pozostają w stałych kontaktach handlowych z producentem instalacji wskazanej pośrednio przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Dlatego też Izba uznała w rozpatrywanym przypadku, iż Zamawiający nie może opisywać powołanej instalacji w sposób, który zmuszałby Wykonawców roboty budowlanej do zaferowania montażu urządzenia jednego tylko producenta.

Odpowiada prawdzie, twierdzenie Zamawiającego, iż Izba, rozpatrując odwołanie, bada jedynie legalność działań Zamawiającego, a nie zasadność technologiczną żądanych i opisywanych przez Zamawiającego rozwiązań, czy też ich gospodarność. Dlatego też Izba rozpatrując niniejszą sprawę dokonała jedynie analizy kwestionowanych przez Odwołującego zapisów SIWZ pod kątem naruszenia wskazanych przez niego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności art. 29 ust. 2 tej ustawy.

Izba uznała, kierując się dominującym poglądem w tej sprawie, iż wobec postawienia przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego powołanego przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu, że zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia nie został sformułowany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Tym samym to Zamawiający w takim przypadku zobowiązany jest wykazać legalność swojego postępowania, a Izba, oceniając przedstawione przez niego argumenty, rozstrzyga czy uczynił to w sposób wystarczający.

Zamawiający uzasadniając prawidłowość skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia powoływał się na odnoszące się do postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy rozpatrywana sprawa, opinie sporządzone przez ekspertów inicjatywy JASPERS oraz przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej. Antycypując dalsze rozważania, wskazać należy, iż Izba uznała powołane opinie, w zestawieniu z innymi dowodami przedstawionymi przez Zamawiającego, a ocenianymi przez Izbę, za dowód niewystarczający.

Izba uznała za właściwe podkreślenie, iż zgodnie z regulacją ustawy Prawo zamówień publicznych, członkowie składów orzekających są niezawisli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa. Dlatego też przedstawione przez Zamawiającego opinie nie są dla Izby wiążące, a mogą być uwzględnione jedynie jako ewentualny dowód w sprawie.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, iż powołana przez Zamawiającego opinia sporządzone przez ekspertów inicjatywy JASPERS, na stronie 23 tłumaczenia na język

polski zawiera następujący zapis: „Plan zamówień został przeanalizowany bez szczegółowego sprawdzania procedur przetargowych, jakie będą wdrożone”. W ocenie Izby opinia ta nie potwierdza tym samym okoliczności, na które powołuje się Zamawiający, a wręcz w sposób wyraźny stwierdza, iż SIWZ (a tym samym również będący jej integralną częścią opis przedmiotu zamówienia) sporządzona dla spornego postępowania nie była przedmiotem oceny powołanych ekspertów. Dlatego też opinia ta, w ocenie Izby, nie ma znaczenia w sprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy uzasadniał, zakwestionowany przez Odwołującego w pierwszym punkcie uzasadnienia odwołania, warunek, aby zastosowana została jedna linia suszenia, tym iż takie jego sformułowanie jest konsekwencją posiadanej już przez Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na budowę. Decyzja ta została wydana zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego około 2005 r. na podstawie innej dokumentacji projektowej i innych założeń inwestycyjnych.

Wobec faktu, iż postępowanie, którego dotyczy rozpatrywana sprawa, obejmuje zaprojektowanie i wybudowanie systemu osuszania osadów, w tym również uzyskanie odpowiednich decyzji i uzgodnień, Izba uznała podnoszony przez Zamawiającego argument za nieistotny, szczególnie wobec faktu, iż Wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa w sprawie zamówienia, będzie zobowiązany, zgodnie z treścią SIWZ oraz oświadczeniem Zamawiającego przed Izba, m.in. uzyskać decyzję o pozwoleniu na budowę.

Izba, po dokonaniu analizy treści oświadczeń Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie oraz złożonych na rozprawie przed Izba, uznała, iż oświadczenia te nie są wewnętrznie spójne, wobec czego Izba nie mogła uznać ich za wiarygodne.

Istotną, w ocenie Izby przyczyną, dla której omówiła ona wiarygodności złożonym przez Zamawiającego wyjaśnieniom, jest fakt, iż Zamawiający odnosząc się do poszczególnych punktów uzasadnienia odwołania, wskazuje urządzenia innych producentów spełniających warunki SIWZ w nich przywołane, a inne podmioty wskazuje jako te, które uznaje za producentów, którzy oferują w jego ocenie urządzenia spełniające wszystkie kwestionowane przez Odwołującego warunki SIWZ łącznie.

Izba, po dokonaniu analizy treści złożonego przez Zamawiającego na rozprawie oświadczenia firmy: Sevar Anlagentechnik GmbH, uznała, iż nie zawiera ono wprost potwierdzenia twierdzeń Zamawiającego, jakoby oferowane przez tę firmę urządzenie spełnia wszystkie warunki SIWZ łącznie. W ocenie Izby oświadczenie to zbudowane jest z kilku zdań, które zawierają szczątkowe, częściowe oświadczenia osoby, która je podpisała, nie zawiera ono jednak twierdzenia, iż producent ten oferuje urządzenie spełniające wszystkie warunki łącznie, a nawet, że oferuje suszarkę jednofazową o wymaganej przez Zamawiającego przepustowości lub zakresie regulacji. Dokonując interpretacji powołanego oświadczenia, Izba uznała, że jako wynik jego wykładni prawdziwym może być również twierdzenie, iż dotyczy ono kilku różnych urządzeń oferowanych przez tegoż producenta. Tym samym, wobec faktu, iż ciężar dowodu spoczywa na Zamawiającym, Izba uznała, iż nie wykazał on w sposób wystarczający, iż Sevar Anlagentechnik GmbH jest producentem urządzenia, które spełnia łącznie wszystkie zapisy SIWZ.

Niezależnie od powyższego, Izba uznała, iż dodatkową wątpliwość co do oświadczenia Zamawiającego odnoszącego się do parametrów oferowanych przez tegoż producenta urządzeń, rodzi fakt, iż Zamawiający pierwotnie oświadczył, iż nie kwestionuje twierdzenia Odwołującego, że przedstawiona przez niego lista 7 producentów jest listą zamkniętą. Lista ta nie obejmowała firmy Sevar Anlagentechnik GmbH. Znaczącym, w ocenie Izby, jest również fakt, iż Zamawiający wskazując producentów, których urządzenia spełniają warunek recyrkulacji osadów wysuszonych (ujęty w punkcie trzecim uzasadnienia odwołania), nie powołał teźże firmy. Tym samym oświadczenia Zamawiającego odnoszące się do producenta Sevar Anlagentechnik GmbH nie zostały uznane przez Izbę za spójne, a tym samym za wiarygodne.

Podobnie wskazanie firmy Klein Izba uznała za niewystarczające, a wyjaśnienia Zamawiającego złożone w tym zakresie za niespójne. Izba ustaliła, iż Zamawiający ustosunkowując się do poszczególnych kwestionowanych przez Odwołującego zapisów SIWZ, zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i w trakcie rozprawy przed Izbą, nie wskazywał na tego producenta, jako takiego, który oferuje urządzenie spełniające warunek dystrybucji osadu na taśmę suszarki za pomocą układu innego niż pompowy. Tymczasem w słowie końcowym, wskazuje firmę Klein, jako jednego z trzech producentów oferujących urządzenia spełniające wszystkie warunki SIWZ.

Uwzględniając powyższe, firma Andritz AG pozostaje *de facto* jedynym producentem, co do którego Zamawiający w sposób spójny i konsekwentny oświadczał, iż spełnia on wszystkie wymogi SIWZ. Dlatego też, w świetle zarzutów podniesionych w odwołaniu, przedstawione przez Zamawiającego argumenty nie mogły zostać uznane przez Izbę za wystarczające, dla wykluczenia możliwości, iż opis przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję przez faworyzowanie urządzenia jednego producenta.

Izba uznała, iż wobec twierdzeń Odwołującego, że urządzenia oferowane przez różnych producentów, skonstruowane w różnych technologiach, są w stanie wytworzyć produkt końcowy osuszenia osadu odpowiadający parametrom żądanym przez Zamawiającego, uzasadnionym jest przekonanie, iż Zamawiający nie wykazał w sposób wystarczający, że jego potrzeby uzasadniają zastosowanie technologii stworzonej przez firmę Andritz AG, a nie jest możliwe wykorzystywanie w tym celu urządzeń innych producentów. Zamawiający wykazywał jedynie, iż opisane przez niego rozwiązanie zapewni, iż produkt końcowy o odpowiednich parametrach, powołując się jednocześnie na fakt, iż na świecie istnieje obecnie kilkadziesiąt instalacji suszenia osadów o wydajności żądanej przez Zamawiającego, w których zastosowano suszarki różnych typów. Dlatego też, w ocenie Izby, Zamawiający powinien dopuścić składanie ofert, które zawierają rozwiązania suszenia osadów w technologii innej niż sprzedawana przez firmę Andritz AG, które to rozwiązania zagwarantują Zamawiającemu wytworzenie produktu końcowego osuszenia osadu odpowiadający żądanym przez niego parametrom.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 28 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Strona może złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania. Odwołujący na rozprawie przedłożył Izbie zestawienie kosztów Odwołującego, w którym ujął również koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika. Zestawienie to jednak nie mogło zostać uznane przez Izbę za rachunek przedłożony do akt sprawy w rozumieniu § 3 ust. 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, z uwagi na okoliczność, iż nie zawierało ono nawet kwoty, o zwrot której Odwołujący wnosi z tego tytułu. W zestawieniu tym zawarta została jedynie deklaracja, iż odpowiednie zestawienie zostanie przesłane faksem. W świetle powołanego § 28 rozporządzenia z 22 marca 2010 r. Izba nie mogła uznać złożonego przez Odwołującego zestawienia kosztów w zakresie obejmującym wynagrodzenie pełnomocnika za złożone prawidłowo, dlatego też nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zwrot kosztów w tym zakresie.

Przewodniczący:

.....