

**WYROK**  
**z dnia 9 kwietnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2015 r. przez Odwołującego – K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KB-Instalacje K. B., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Kijewo Królewskie, przy udziale wykonawcy R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.U.H. „EURO-PLAST” R. W. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - 1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
  - 1.3. wezwanie Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.), do złożenia wyników badań na wodoszczelność wszystkich typów oczyszczalni ścieków należących do typoszeregu POŚ-KA, do którego odnoszą się załączone do oferty Odwołującego dokumenty pn.: „Protokół z badania zgodności typu wyrobu, numer ewidencyjny 1017 – CPD – 05.468.527” i „Raport badawczy, numer ewidencyjny 05.468.364”,
  - 1.4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KB-Instalacje K. B. tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Kijewo Królewskie na rzecz Odwołującego – K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KB-Instalacje K. B. kwotę 13.817,31 zł (słownie: trzynaście tysięcy osiemset siedemnaście złotych 31/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego

poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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**

Zamawiający – Gmina Kijewo Królewskie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę oczyszczalni przydomowych w ramach „Programu przydomowych oczyszczalni w Gminie Kijewo Królewskie – etap I” (znak sprawy: RGK.271.2.2015), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 lutego 2015 r., pod nr 39594-2015.

W dniu 20 marca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez R. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Euro-Piast” R. W. (dalej: „Wykonawca RW”) oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KB-Instalacje K. B. z uwagi na okoliczność, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Wskazane czynności stanowiły podstawę wniesienia przez ww. wykonawcę (dalej: „Odwołujący”) odwołania, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 25 marca 2015 r. Zarzucono w nim Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy RW,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonania ponownej oceny złożonych ofert,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że składając ofertę miał interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów. Gdyby Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z Pzp oraz postanowieniami SIWZ i gdyby dokonał czynności bezprawnie zaniechanych oferta Odwołującego, która zawierała najniższą cenę, przedstawiałaby najlepszy bilans punktowy wg kryteriów określonych przez Zamawiającego, i zajęłaby pierwsze miejsce w rankingu ofert, a on uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Odwołujący podkreślił również, że został narażony na szkodę w postaci poniesionych kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

Odwołujący podał, że jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał, że oferta nie spełniała wymogu określonego w dokumentacji przetargowej, zarówno w SIWZ jak i w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (dalej: „STWiOR”), a dotyczącego zgodności zaoferowanego urządzenia (przydomowej oczyszczalni ścieków) z normą PN-EN 12566-3+A1:2009. Zamawiający opierając się na wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego w toku Postępowania stwierdził, że osadniki wstępne znajdujące się w urządzeniach Odwołującego spełniają normę PN-EN 12566-1, co dla Zamawiającego jest równoznaczne z niespełnieniem przez całe urządzenie wymagań pierwszej ze wskazanych norm.

Odwołujący zaznaczył, że obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie analizy złożonych ofert. Istotnym faktem jest jednak, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi nie o całej ofercie, ale o jej treści. Ustawodawca wprowadził rozróżnienia dwóch pojęć, tj. oferty oraz treści oferty. Wobec braku w przepisach Pzp definicji pojęcia „treść oferty” należy, zgodnie z art. 14 Pzp, odwołać się do przepisów K.c. Analizując czym jest treść oferty należy odnieść się do art. 66 § 1 K.c., zgodnie z którym „[...]oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy[...]”. Zatem ta część oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, która zawiera w sobie podstawowe, istotne warunki przyszłej umowy, jest treścią tej oferty.

Odwołujący podał następnie, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać zamierzony efekt i oczekuje od wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę, że ten efekt zostanie osiągnięty. Celem Postępowania było podpisanie umowy o roboty budowlane zgodnie z art. 647 K.c., który to przepis stanowi „[...]Przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.[...]”. W związku z powyższym *essentialia negotii* przyszłej umowy, jak i złożonej oferty, to wszystkie elementy związane z oddaniem do użytku przewidzianego w SIWZ i przyszłej umowie obiektu. Odwołujący stwierdził, że przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp spełni się wtedy, gdy świadczenie zaproponowane przez wykonawcę nie będzie gwarantowało wykonania przedmiotu umowy zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego..

Odwołujący przytoczył postanowienia SIWZ dotyczące wymagań postawionych proponowanym przez wykonawców oczyszczalniom w zakresie, który był podstawą odrzucenie jego oferty.

W pkt III.2 SIWZ Zamawiający stwierdził, że: „[...]Wymaga się, aby oferta zabezpieczona była pełnym raportem z badań PBOŚ, zgodnym z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, wystawionym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską. Raport musi

obejmować wszystkie badania jakie obejmuje norma PN EN 12566-3+A1:2009[...]” oraz: „[...]Dopuszcza się oczyszczalnie ścieków posiadające zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 potwierdzone pełnym raportem z badań zgodnym z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, wystawionym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską oraz minimalne warunki wskazane w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych.[...]”.

W pkt VI.3 SIWZ Zamawiający wymienił dokumenty, które dodatkowo powinny być dołączone do oferty. Zgodnie z tym postanowieniem Zamawiający żądał „[...]Wszystkich badań wykonywanych przez jednostkę notyfikowaną potwierdzających zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, badania mają obejmować całą oczyszczalnię, tzn. osadnik z bioreaktorem łącznie. Raporty, wystawione przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską muszą potwierdzać wykonanie badań wstępnych zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A1:2009.[...]”. Odwołujący podkreślił, że takie same postanowienia odnoszące się do spełnienia przez proponowane oczyszczalnie wymagań normy PN-EN 12566-3+A1:2009, zostały zawarte w dokumentacji technicznej, w tym w projektach budowlanych oraz w STWiOR. Stwierdził, że wszystkie postanowienia przytoczonych powyżej dokumentów zawierały jeden podstawowy warunek: oczyszczalnie ścieków, które będą przedmiotem przyszłej umowy miały spełniać wymagania normy PN-EN 12566-3+A1:2009. Na jego potwierdzenie każdy wykonawca musiał złożyć, zgodnie z wymogami SIWZ, kompletne badania wykonane przez jednostkę notyfikowaną.

Powyższą interpretację Zamawiający potwierdził w odpowiedziach na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ. W piśmie pn. „Pytania i odpowiedzi z dnia 06.03.2015 r.”, zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego, w odpowiedziach nr 1, 8, 11, 13, 14, 16, 17 oraz 23 Zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców dotyczących parametrów oczyszczalni oraz rozwiązań równoważnych, poinformował wykonawców, że dopuści on urządzenia, które są w pełni zgodne z wymaganiami normy PN-EN 12566-3+A1:2009. Odwołujący nadmienił, że odpowiadając na pytania wykonawców (pytania nr 14, 16, 23), które dotyczyły informacji, jakie powinny się znaleźć w dołączonych do oferty badaniach, Zamawiający poinformował wykonawców, że weryfikacji będzie poddana okoliczność spełnienia przez oczyszczalnie wymagań normy. Tylko oczyszczalnie zgodne z normą spełnią wymagania Zamawiającego. Dokumentem potwierdzającym powyższą okoliczność miały być badania wykonane przez jednostkę notyfikowaną.

Odwołujący w swojej ofercie zaproponował oczyszczalnie ścieków typu POŚ-KA/ZB/OG. Na potwierdzenie faktu spełnienia przez proponowane urządzenia właściwości opisanych dla normy PN-EN 12566-3+A1:2009 Odwołujący złożył „Protokół z badania zgodności typu wyrobu” (dalej: „Protokół”), wystawiony przez jednostkę notyfikowaną TUV SUD Czech s.r.o. nr 1017, zwaną dalej „Jednostką notyfikowaną” (str. 55 oferty Odwołującego). Protokół był dokumentem

kompletnym, tzn. zostały do niego dołączone, zgodnie z ostatnim akapitem protokołu, wyniki badań zamieszczone w Raporcie badawczym, nr ewidencyjny 05.468.364. z dnia 13 grudnia 2011 r. (dalej: „Raport” – str. 56-59 oferty Odwołującego). W dalszej części Jednostka notyfikowana stwierdza, że przedstawione do badania urządzenia/oczyszczalnie nie zawierają nieusuwalnych błędów i zaleca się wydanie producentowi Protokołu, który to załączony do oferty Odwołującego.

Podsumowując przedstawioną analizę złożonych dokumentów Odwołujący stwierdził, że złożył wraz z ofertą pełny raport wraz z wszystkimi wymienionymi tam załącznikami. Raport został wykonany przez jednostkę notyfikowaną i co najważniejsze, potwierdza on cel, któremu służył obowiązek jego złożenia, czyli spełnienie wymogów normy. Złożone przez Odwołującego dokumenty dotyczyły kompletnego urządzenia wraz z osadnikiem gnilnym i bioreaktorem. Potwierdzeniem powyższej okoliczności jest Protokół (str. 55 oferty Odwołującego). Są w nim wymienione typy oczyszczalni, których dotyczy ten dokument, w tym zaoferowany typ POŚ-KA/ZB/OG. Taki sam zapis znajduje się w Raporcie badawczym (str. 56 oferty Odwołującego), gdzie wymienione są typy badanego wyrobu. Znajdujące się w przytoczonych fragmentach dokumentów określenie POS-KA/ZB/OG, oznacza oczyszczalnie biologiczną (POŚ-KA), z reaktorem biologicznym (ZB, co oznacza złożę biologiczne) oraz z osadnikiem gnilnym (OG). Należało więc uznać, że Odwołujący załączył do oferty dokumenty potwierdzające okoliczność, że kompletne oczyszczalnie ścieków, które zostały zaproponowane w jego ofercie, wraz z osadnikiem gnilnym oraz z bioreaktorem, spełniają wymagania normy PN-EN 12566-3+A1:2009.

Odwołujący odniósł się następnie do wezwania do uzupełnienia dokumentów i do złożenia wyjaśnień, które to pismo zostało przesłane przez Zamawiającego w dniu 11 marca 2015 r. W pkt 2 przywołanej korespondencji Zamawiający wezwał go do udowodnienia równoważności produktów zaproponowanych przez Odwołującego. W wezwaniu tym Zamawiający potwierdził, że dla udowodnienia równoważności najważniejszym jest wykazanie spełniania przez oczyszczalnie wymagań normy PN-EN 12566-3+A1:2009. Zamawiający żądał, aby Odwołujący, w szczególności w zakresie rozwiązań technicznych osadnika gnilnego i sterownika, udowodnił że spełniają one wymagania opisane w SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący, w dniu 16 marca 2015 r., przesłał Zamawiającemu wyjaśnienia. W piśmie tym stwierdził, że zaproponowane przez niego oczyszczalnie w pełni spełniają wymagania SIWZ i że są one zgodne z wymaganiami normy. Odniósł się on do kwestii sterowania oczyszczalni i pojemności zbiorników oraz objaśnił budowę osadnika wstępnego i bioreaktora. Jako uzupełnienie przesłanych wyjaśnień Odwołujący dołączył również dokumentację techniczno-ruchową. Zawierała ona dokładny opis i informacje dotyczące budowy i funkcjonowania oczyszczalni proponowanych przez Odwołującego. Na str. 2 złożonej dokumentacji została zamieszczona informacja o treści „[...]Ścieki dopływające do oczyszczalni

zostaną wstępnie oczyszczone w osadniku gnilnym. Osadnik gnilny jest zbiornikiem zgodnym z obowiązującą normą PN-EN 12566-1.[...].”

Odwołujący wyjaśnił, że norma PN-EN 12566-1 swoim zakresem obejmuje osadniki gnilne i na jej podstawie wprowadza się je do obrotu jako samodzielny wyrób budowlany. Analizując powyższą kwestię należy dokonać rozróżnienia dwóch sytuacji. Po pierwsze – pojedynczy wyrób budowlany, aby być przedmiotem obrotu gospodarczego, musi spełniać wymagania danej normy. Po drugie – ten sam wyrób, który jest elementem większego urządzenia, jest również poddawany badaniu wg wymagań normy właściwej dla tego urządzenia.

W przedmiotowej sytuacji każdy osadnik gnilny musi spełniać wymagania normy PN-EN 12566-1 aby móc być przedmiotem obrotu gospodarczego jako oddzielny, samoistny wyrób. Jednak gdy jest on elementem oczyszczalni biologicznej zawierającej osadnik gnilny, całe urządzenie musi zostać poddane badaniu pod kątem wymagań normy PN-EN 12566-3.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający również w odpowiedziach na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ (odpowiedź nr 36 z dnia 6 marca 2015 r.) potwierdził opisany stan rzeczy. W odpowiedzi tej Zamawiający przytoczył oddzielną normę PN-EN 12201-2:2012, której to wymagania musiały spełniać rury do przesyłania ciśnieniowego ścieków, które są również elementem urządzenia jakim jest oczyszczalnia ścieków. Posługując się tokiem rozumowania Zamawiającego należałoby stwierdzić, że rury również powinny spełniać normę PN-EN 12566-3 i powinno to wynikać z przedstawionych protokołów i badań. Sam fakt, że jednostka notyfikowana potwierdziła i oświadczyła, że urządzenie jako całość, tzn. biologiczna oczyszczalnia ścieków, spełnia przywołaną powyżej normę przesądza o jej zgodności z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Fakt, że osadnik gnilny, spełnia wymagania normy PN-EN 12566-1 lub że rury spełniają wymagania normy PN-EN 12201-2:2012 nie oznacza, że urządzenie z wmontowanymi takimi urządzeniami nie spełnia normy PN-EN 12566-3. Przeciwnie – aby móc zamontować osadnik gnilny w oczyszczalni i poddać go badaniom pod kątem zgodności z normą PN-EN 12566-3, osadnik taki najpierw musi spełnić wymagania normy PN-EN 12566-1. W przypadku braku tej zgodności takich osadników nie można wprowadzić do obrotu i montować w oczyszczalniach.

Odwołujący odniósł się również do treści oferty najkorzystniejszej. Wykonawca RW w złożonej ofercie, na potwierdzenie spełniania przez oferowane przez niego oczyszczalnie normy PN-EN 12566-3+A1:2009, złożył następujące dokumenty: „Protokół z badania zgodności typu wyrobu” i „Raport badawczy”. Dokumenty te zostały wystawione przez tą samą jednostkę, która wystawiła dokumenty Odwołującemu. Zakres dokumentów wystawionych przez Jednostkę notyfikowaną złożonych przez Odwołującego jak i Wykonawcę RW był taki sam. Odnoszą się one do podanych w nich zakresach badań i potwierdzają fakt spełnienia przez wymienione tam urządzenia wymagań normy PN-EN 12566-3+A1:2009.

Odwołujący zasygnalizował, że Zamawiający w żaden sposób nawet nie uprawdopodobnił twierdzeń dotyczących niezgodności zaoferowanych przez niego oczyszczalni z przywołaną normą. Jednocześnie uznał za prawidłowe badania i protokoły z badań o takim samym zakresie wystawione przez ten sam podmiot, które to dokumenty zostały złożone przez Wykonawcę RW.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na następującą argumentację.

Podał, że w wyniku analizy ofert ustalił, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymogów normy PN-EN 12566-3+A1:2009, wobec czego nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a zaoferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Zakwestionował jakoby jedynym powodem stwierdzenia niezgodności zaoferowanych oczyszczalni z przywołaną powyżej normą był wyłącznie fragment wyjaśnień Odwołującego, w którym oświadczył on, że osadniki gnilne spełniają wymagania normy PN-EN 12566-1. Nie był on jedynym powodem stwierdzenia niezgodności zaoferowanej oczyszczalni ścieków z normą PN-EN 12566-3+A1:2009. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego podano m.in., że „[...]Oferta nie spełnia podstawowego wymogu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), STWiOR i odpowiedziach na pytania, dotyczącego zgodności urządzenia z normą PN-EN 12566-3+A1:2009. Zamawiający wymagał aby kompletna oczyszczalnia spełniała wymogi normy PN-EN 12566-3+A1:2009, co nie wynika z przedstawionych dokumentów.[...]”. Zamawiający stwierdził ponadto, że wymagał załączenia do oferty pełnego raportu z badań wystawionego przez laboratorium notyfikowane potwierdzającego zgodność zaoferowanych urządzeń z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, czego nie kwestionuje również Odwołujący w odwołaniu. Przedstawione przez Odwołującego w uzupełnieniu oferty na wezwanie Zamawiającego informacje nie potwierdzają zgodności zaoferowanych oczyszczalni z tą normą, a Odwołujący nie załączył pełnego raportu z badań.

Zamawiający wyjaśnił następnie, że jego intencją było literalne sprawdzenie czy dana oferta jest zgodna z SIWZ, STWiOR, odpowiedziami na pytania oraz normą PN-EN 12566-3+A1:2009, potwierdzoną pełnym raportem z badań. Z uwagi na bezpieczeństwo działania oczyszczalni ścieków przy ewentualnych zanikach prądu wymagane było, aby składały się one z osobnych osadników gnilnych (tj. trwale oddzielonych od pozostałych części oczyszczalni uniemożliwiających przedostanie się nieczyszczonego ścieku do dalszych części oczyszczalni i wylotu ścieków oczyszczonych) i komory z osadem czynnym i złożem biologicznym zanurzonym. Zamawiający podał, że taka właśnie oczyszczalnia składająca się z integralnych części: osadnika gnilnego, komory z osadem czynnym i złożem biologicznym zanurzonym posiadała dokumenty potwierdzające zgodność z obowiązującą normą PN-EN12566-3+A1:2009 oraz aby dokumenty te były potwierdzone raportami z badań zgodnie z zakresami i właściwościami zapisanymi w tej normie.



Odwołujący załączył do oferty dokumenty, których częścią był Raport (str. 83 oferty Odwołującego) z rysunkami technicznymi przedstawiającymi oczyszczalnię, w której w poziomym cylindrze podzielonym pionowymi płytami znajdują się wszystkie elementy oczyszczalni łącznie z wydzieloną częścią pełniącą funkcję osadnika gnilnego. Zamawiający powziął wątpliwość czy przedstawiony na rysunkach model spełnia wymogi podane w SIWZ, STWOiR oraz odpowiedziach na pytania, w szczególności w odpowiedzi nr 28. Stanowiło to podstawę wezwania Odwołującego do udowodnienia, że oferowana oczyszczalnia spełnia wymogi SIWZ, STWOiR, odpowiedzi na pytania, oraz wymogi normy PN-EN12566-3+A1:2009. W otrzymanym wyjaśnieniu Odwołujący przedstawił opis oczyszczalni (str. 9-20) i rysunki techniczne (str. 21) nie występujące w Raporcie. Rysunki na str. 21 wyjaśnień przedstawiają oczyszczalnię składającą się z osadnika wstępnego i bioreaktora z potwierdzeniem w opisie zawartym na str. 9, że „[...]Ścieki dopływające do oczyszczalni zostaną wstępnie oczyszczone w osadniku gnilnym. Osadnik gnilny jest zbiornikiem zgodnym z obowiązującą normą PN EN 12566-1.[...]” oraz że „[...]Wstępnie oczyszczone ścieki dozowane są poprzez system dozowania ścieków do komory napowietrzania.[...]”. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, utwierdziło do w przekonaniu, że proponowane przez Odwołującego urządzenia nie są tożsame z urządzeniami opisanymi w pełnym raporcie załączonym do oferty.

Zamawiający stwierdził ponadto, że przy szczegółowym przeglądaniu odrzuconej oferty zauważył niezgodność związaną ze sposobem produkcji oczyszczalni badanych na zgodność typu wyrobu z normą oraz oczyszczalni opisanych w dokumentacji techniczno-ruchowej będącej częścią uzupełnienia oferty. W Raporcie (str. 83-84 oferty Odwołującego) wskazano, że zbiornik wykonany jest z PEHD w formie laminatu. Zdjęcie przekroju ścianki zbiornika wskazuje, że wykonany jest prostokątnego elementu polietylenowego nawijanego i spawanego liniowo). Natomiast w uzupełnieniu oferty (dokumentacja techniczno-ruchowa, str. 9) zawarta jest informacja, że oczyszczalnia wykonana jest z polietylenu wysokiej gęstości (PEHD) wykonana metodą wytłaczania z rozdmuchem. Co więcej, w dokumentach dotyczących badań trwałości zastosowanego materiału (str. 72, pkt 3.3 oferty Odwołującego) podano jako sposób produkcji oczyszczalni PE formowany obrotowo.

W związku z powyższymi niezgodnościami Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał przez niedostarczenie pełnego raportu z badań, że zaoferowany w ofercie przedmiot zamówienia jest zgodny z żądanym przez Zamawiającego w SIWZ i STWOiR oraz odpowiedziach na pytania. Odwołujący w ofercie przedstawił oczyszczalnię POŚ-KA, dla której znajduje się pełen raport. Natomiast w wyjaśnieniach przedstawił typoszereg POŚ-KA/ZB/OG, a jednocześnie nie załączył żadnego badania na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 dla tego typoszeregu oczyszczalni. Zamawiający podał, że norma PN-EN 12566-3+A1:2009 wymaga wykonania wstępnych badań typu zgodnie z Tablicą 1 (str. 17 treści normy):

Tablica 1 – Wymagania dotyczące wstępnych badań typu

Nr	Wymagania	Modele objęte badaniami	
		Każdy model z rodziny	Reprezentatywny model z rodziny
1	Wymiary główne	x	–
	Wloty, wyloty i połączenia	x	–
	Możliwość dostępu	x	–
2	Wodoszczelność	x	–
3	Wytrzymałość konstrukcji	–	x <sup>a</sup>
4	Skuteczność oczyszczania	–	x <sup>b</sup>
5	Trwałość	–	x <sup>c</sup>

<sup>a</sup> Zwykle będzie wybrany model o największej objętości przy założeniu, że tej wielkości odpowiada najmniejsza wytrzymałość konstrukcji.  
<sup>b</sup> Zwykle będzie wybrany model o najmniejszej objętości przy założeniu, że tej wielkości odpowiada najmniejsza skuteczność oczyszczania.  
<sup>c</sup> Jeśli producent stosuje materiały, których właściwości już są potwierdzone (np. przez dostawcę), to badanie trwałości nie jest konieczne.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z powyższymi wymaganiami normy badanie wodoszczelności przeprowadza się na każdym modelu z rodziny. Odwołujący zaoferował oczyszczalnie ścieków typ POŚ-KA/ZB/OG należące do rodziny (typoszeregu) POŚ KA. Do typoszeregu POŚ KA, zgodnie z Raportem, należą oczyszczalnie typu: POŚ KA, POŚ-KA/OG, POŚ-KA/ZB, POŚ-KA/ZB/OG: 4, 8, 12,15,20,25,35,50. W zakresie badania wodoszczelności, Odwołujący załączył raport z badań przeprowadzony przez laboratorium notyfikowane 1488 – Instytut Techniki Budowlanej. Z jego treści jednoznacznie wynika, że badaniu poddane były oczyszczalnie typu: POŚ KA 4, POŚ KA 8, POŚ KA 12, POŚ KA 15, POŚ KA 20, POŚ KA 25, POŚ KA 35, POŚ KA 50, a Odwołujący zaoferował oczyszczalnie typu POŚ-KA/ZB/OG. W konsekwencji, w ocenie Zamawiającego, nie podlega dyskusji, że Odwołujący nie załączył raportu na wodoszczelność zaoferowanych oczyszczalni, wobec czego Zamawiający nie mógł podjąć innej decyzji odnośnie złożonej oferty, ponieważ zapisy w SIWZ i STWOiR oraz odpowiedzi na pytania jednoznacznie wymagały pełnych raportów.

Zamawiający wskazał, że kolejnym badaniem wymaganym normą PN-EN 12566-3+A1:2009 jest badanie wytrzymałości. Wykonuje się je na reprezentatywnym modelu z rodziny, przy czym zwykle będzie wybrany model o największej objętości przy założeniu, że tej wielkości odpowiada najmniejsza wytrzymałość konstrukcji.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z załączonym przez Odwołującego rysunkiem zaoferowanych oczyszczalni ścieków urządzenia te składają się z dwóch zbiorników: pierwszy o przekroju prostokątnym – „poziomy”, drugi o przekroju koła -- „pionowy”. W zakresie badania wytrzymałości konstrukcji Odwołujący załączył raport z badań wykonany przez laboratorium notyfikowane 1488 – Instytut Techniki Budowlanej. Z jego treści (rysunków i opisu)

jednoznacznie wynika, że badaniu poddana była oczyszczalnia typ POŚ KA 50, składająca się z jednego zbiornika o przekroju koła. Przebadana przez laboratorium oczyszczalnia na zbiorniku o przekroju koła nie jest reprezentatywnym modelem dla zaoferowanych oczyszczalni. Należy podkreślić, że zaoferowana oczyszczalnia składa się z dwóch zbiorników, z których jeden ma zupełnie inną konstrukcję niż przebadany zbiornik o przekroju, a tym samym ma również inną wytrzymałość. Ponieważ Zamawiający wymagał załączenia pełnego raportu na zgodność zaoferowanych oczyszczalni z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, bezsprzecznym jest, że Odwołujący nie załączył raportu na wytrzymałość konstrukcji oczyszczalni zaoferowanych typ POŚ-KA/ZB/OG.

Na zakończenie Zamawiający, odnosząc się do zarzutu dotyczącego odpowiedzi na pytanie nr 36, stwierdził, że przytoczył normę PN-EN 12201-2:2012, której to wymagania muszą spełnić rury do przesyłania ciśnieniowego ścieków do oczyszczalni oraz z oczyszczalni do drenażu, a nie – jak to nadinterpretował Odwołujący – wymagania owej normy muszą spełniać rury będącymi elementami wewnętrznymi oczyszczalni.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił Wykonawca RW wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 7 kwietnia 2015 r. przedstawił poniższą argumentację na uzasadnienie tego wniosku.

Podał, że Zamawiający sformułował wymóg, by oczyszczalnie ścieków spełniały wymagania normy PN EN 12566-3+A1:2009. Wymóg ten dotyczył całej oczyszczalni, tzn. osadnika z bioreaktorem. Zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu weryfikacja przedmiotowego warunku miała być przeprowadzona na podstawie raportu sporządzonego przez jednostkę notyfikowaną Komisji Europejskiej. Wykonawca RW podkreślił, że obowiązywanie tego wymogu, jego zakres i sposób weryfikacji jego spełniania w pełni potwierdził sam Odwołujący w treści odwołania.

Zgłaszający przystąpienie powołał się na orzecznictwo Izby dotyczące rozumienia pojęcia niezgodności treści oferty z SIWZ stwierdzając dodatkowo, że wykonawca, który nie dołącza wymaganych dokumentów do oferty, a przekazuje je zamawiającemu dopiero w trybie uzupełnienia z art. 26 ust. 3 Pzp traci możliwość sanowania ewentualnych braków lub błędów w uzupełnionej dokumentacji. Nawet gdyby okazało się, że przedstawione dokumenty dotyczą przedmiotu innego niż oferowany, zamawiający nie będzie już uprawniony do zastosowania procedury wynikającej z powołanego przepisu.

Wykonawca RW stwierdził następnie, że z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wynikają dwa zasadnicze powody podjęcia takiej decyzji. Po pierwsze – załączony do wyjaśnień Odwołującego rysunek techniczny oraz opis zaoferowanych oczyszczalni informują, że osadnik gnilny spełnia wymagania normy PN-EN 12566-1, a Zamawiający żądał, aby kompletna oczyszczalnia była zgodna z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, po drugie zaś

z dokumentów przedmiotowych załączonych przez Odwołującego do oferty oraz z dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie wynika, jakoby kompletna oczyszczalnia spełniała wymagania przywołanej normy.

W odniesieniu do pierwszej z tych okoliczności zgłaszający przystąpienie podał, że wymóg Zamawiającego w zakresie żądania zgodności zaoferowanych oczyszczalni ścieków z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 jest jednoznaczny i nie jest kwestionowany w odwołaniu.

Wykonawca RW podał, że norma PN-EN 12566-1 oznacza „Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50, Część 1: Prefabrykowane osadniki gnilne”, natomiast norma PN-EN 12566-3+A1:2009 – „Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50, Część 3: Kontenerowe i/lub montowane na miejscu przydomowe oczyszczalnie ścieków”.

Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty oraz udzielenia wyjaśnień, m.in. w celu udowodnienia, że zaoferowane oczyszczalnie ścieków spełniają wymagania określone w dokumentacji przetargowej, w tym wymogu, zgodnie z którym oczyszczalnie ścieków muszą posiadać zgodność z normą PN-EN 12566-3 potwierdzone raportem z badań zgodnym z normą PN-EN 12566-3, wystawionym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską.

W uzupełnieniu Odwołujący dostarczył m.in. „Dokumentację techniczno-ruchową biologicznych oczyszczalni ścieków typu POŚ-KA/ZB/OG” wraz z rysunkiem technologicznym biologicznej oczyszczalni ścieków typ POS-KA OG ZB, przedstawiającym poszczególne elementy wchodzące w skład oczyszczalni. Oczyszczalnie ścieków POS-KA OG ZB zbudowane są w oparciu o dwa zbiorniki. Poszczególne elementy składowe oczyszczalni oznakowane są cyframi od 1 do 4. Z opisu zamieszczonego na dole rysunku wynika jednoznacznie, że element oznakowany cyfrą „1” to „[...]osadnik wstępny – zgodny z PN-EN 12566-1[...]”. Również w treści opisu zaoferowanych oczyszczalni znajduje się informacja, że „[...]Ścieki dopływające do oczyszczalni zostaną wstępnie oczyszczone w osadniku gnilnym. Osadnik gnilny jest zbiornikiem zgodnym z obowiązującą normą PN-EN 12566-1[...]” (pkt 1.1.).

Zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że „osadnik gnilny” jako jednostkowy (samodzielny) wyrób budowlany zgodny z normą PN-EN 12566-1 nie jest tym samym „osadnikiem” stanowiącym element składowy zaoferowanej oczyszczalni ścieków zgodnej z normą PN-EN 12566-3. Podał, że Zamawiający sformułował w STWiOR (str. 5 i 6) żądania, zgodnie z którymi „[...]Ścieki podczyszczone w osadniku gnilnym dozowane są sekwencyjnie na złoża biologiczne[...]” oraz „[...]Proces oczyszczania ścieków musi być sterowany automatycznie. Sterownik oczyszczalni musi posiadać/realizować następujące funkcje: dozowanie ścieków z osadnika do bioreaktora, recyrkulacja ścieków z bioreaktora do osadnika[...]” (wymóg ten znalazł się również w parametrach równoważności).

Także w udzielonych wyjaśnieniach (odpowiedź na pytanie nr 28) Zamawiający stwierdził, że nie narzuca kształtu ani budowy oczyszczalni ścieków, muszą one spełniać wymogi podane w SIWZ i STWiOR, posiadać osadniki wstępne o podanych objętościach oraz uniemożliwić mieszanie się ścieków w poszczególnych komorach oczyszczalni w przypadku okresowego zaniku prądu.

Powyższe wymagania Zamawiającego, zdaniem Wykonawcy RW, dowodzą że ścieki nie mogą swobodnie/grawitacyjnie wypływać z osadnika gnilnego, lecz muszą być dozowane sekwencyjnie za pomocą automatycznego sterowania, po drugie, że osad z bioreaktora musi być recyrkulowany automatycznie do osadnika. Oznacza to w praktyce, że osadnik stanowiący element składowy oczyszczalni ścieków jest wyposażony w inne elementy (posiada inne właściwości) niż osadnik stanowiący jednostkowy (samodzielny) wyrób budowlany zgodny z normą PN-EN 12566-1. Osadnik zgodny z jej wymaganiami działa jako przepływowy (przepływ grawitacyjny), a osadnik stanowiący element składowy oczyszczalni zgodnej z wymaganiami Zamawiającego wyposażony jest w system dozowania i recyrkulacji – posiada pompy mamutowe do dozowania i recyrkulacji. Te dwa osadniki (pierwszy jako osadnik zgodny z normą PN-EN 12566-1, drugi jako element zaoferowanej oczyszczalni zgodnej z normą PN-EN 12566-3) posiadają inne wyposażenie, inne właściwości, a więc są innymi wyrobami budowlanymi. W takim przypadku nie ma możliwości, aby dwa różne wyroby budowlane były jednocześnie zgodne ze wskazanymi normami. Jeżeli Odwołujący na rysunku technologicznym, a także w opisie podał, iż osadnik wstępny jest zgodny z PN-EN 12566-1 (a więc jest osadnikiem przepływowym), to oznacza, że nie jest to ten sam osadnik stanowiący element składowy zaoferowanej oczyszczalni (osadnik wyposażony w dozowanie i recyrkulację).

Wykonawca RW stwierdził również, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, jakoby [...] „Aby móc zamontować osadnik gnilny w oczyszczalni i poddać go badaniom pod kątem zgodności z normą PN-EN 12566-3, osadnik taki najpierw musi spełnić wymagania normy PN-EN 12566-1.[...], ponieważ – jak uprzednio wyjaśniono – normy te są niezależne i dotyczą dwóch różnych wyrobów budowlanych. Podał, że numerem 12566 oznaczono szereg norm dotyczących różnego rodzaju małych oczyszczalni ścieków dla liczby mieszkańców do 50. Urządzenia objęte normą 12566-1 nie są tożsame z urządzeniami objętymi normą 12566-3. Nawet jeżeli w skład urządzenia objętego normą 12566-3 wchodzi element zwany „osadnikiem”, to nie jest to osadnik gnilny w rozumieniu normy 12566-1. Osadnik gnilny jest bowiem samodzielnym urządzeniem służącym do oczyszczania ścieków i jest zupełnie innym urządzeniem niż „osadnik” będący elementem oczyszczalni ścieków objętej normą 12566-3. Osadniki te różnią się sposobem działania, właściwościami, wyposażeniem i sposobem użytkowania.

Zgłaszający przystąpienie zasygnalizował również, że przedłożony przez Odwołującego raport nie zawiera informacji, iż przedmiotem badania na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 było urządzenie z osadnikiem. W związku z powyższym podana przez

Odwołującego informacja, że osadnik gnilny jest zgodny z normą PN-EN 12566-1 zapewne dodatkowo utwierdziło Zamawiającego w przekonaniu, że kompletna oczyszczalnia ścieków (tzn. osadnik z bioreaktorem) nie została przebadana na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009.

Odnosząc się do drugiej z okoliczności uzasadniających twierdzenie o niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ Wykonawca RW podał, że na str. 6 STWiOR Zamawiający sformułował wymóg, zgodnie z którym „[...]Kompletna PBOS musi spełniać wytyczne normy zharmonizowanej PN-EN 12566-3 i być znakowana znakiem CE. W celu potwierdzenia jakości proponowanych urządzeń do ofert należy dołączyć raport z badań wykonany przez notyfikowane laboratorium badawcze. Raport musi obejmować wszystkie badania, jakie obejmuje norma PN EN 12566-3 (efektywność oczyszczania, wytrzymałość konstrukcji, wodoszczelność, trwałość).[...]”. Z kolei na str. 3 SIWZ znalazło się postanowienie, zgodnie z którym „[...]Wymaga się, aby oferta zabezpieczona była pełnym raportem z badań PBOS, zgodnym z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, wystawionym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską. Raport musi obejmować wszystkie badania jakie obejmuje norma PN-EN 12566-3+A1:2009.[...]”.

W wezwaniu do uzupełnienia oferty oraz złożenia wyjaśnień, Zamawiający zażądał, aby Odwołujący udowodnił, że oferowany produkt spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Przedstawione przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie raporty nie potwierdzają zgodności zaoferowanych oczyszczalni z normą PN-EN 12566-3+A1:2009.

Zgłaszający przystąpienie, w odniesieniu do badań dotyczących poszczególnych parametrów zaoferowanych przez Odwołującego oczyszczalni ścieków powtórzył argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymały przytoczoną powyżej argumentację.

Wykonawca RW wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści kserokopii następujących dokumentów:

1. „Protokołu z badania typu wyrobu, numer ewidencyjny 1017 – CPD – 05.468.527” z dnia 22 grudnia 2011 r.,
2. „Raportu badawczego, numer ewidencyjny 05.468.364” z dnia 13 grudnia 2011 r. wraz z załącznikami nr 1 i 2,
3. „Sposobu wykonania i protokołu badań typu oczyszczalni ścieków do 50 OLM zgodnie z normą EN 12566-3+A1 badanie trwałości. Procedura postępowania ZZ12566-3-2 (0361-702)-POŚ KA” (tłumaczenie z języka czeskiego),
4. „Raportu z badań nr LK02-0949/11/Z00NF” z dnia 10 czerwca 2011 r. wykonanego przez Instytut Techniki Budowlanej,

5. „Oceny przydomowej oczyszczalni ścieków typ POŚ-KA na podstawie badań wg PN-EN 12566-3:2007+A1:2009, Nr pracy: 0949/11/Z00NF (LFS00-0949/11/Z00NF)” z maja 2011 r.,
6. „Raportu z badań nr LFS00-0949/11/Z00NF” z dnia 12 maja 2011 r. wykonanego przez Instytut Techniki Budowlanej,
7. „Raportu z badań nr LK01-0949/11/Z00NF” z dnia 14 czerwca 2011 r. wykonanego przez Instytut Techniki Budowlanej,

na okoliczność, że zaoferowany przez Odwołującego typ oczyszczalni ścieków nie spełnia wymagań normy PN-EN 12566-3+A1:2009.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Wykonawcy RW, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę RW (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania ustalono, że zgodnie z pkt III.2 SIWZ zamówieniem objęta jest m.in. budowa 105 sztuk indywidualnych oczyszczalni przydomowych o wydajności do 5m<sup>3</sup>/dobę spełniających wytyczne normy PN-EN 12566-3+A1:2009. W dalszej części omawianego postanowienia SIWZ znalazło się stwierdzenie, że „[...]Wymaga się, aby oferta zabezpieczona była pełnym raportem z badań PBOŚ, zgodnym z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, wystawionym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską. Raport musi obejmować wszystkie badania jakie obejmuje norma PN-EN 12566-3+A1:2009.[...]”.

Ponadto w pkt III.2 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym podane w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót, kosztorysie ofertowym oraz w specyfikacji technicznej nazwy własne (pochodzenie, producent, itd.) w odniesieniu do materiałów, urządzeń i technologii mają charakter przykładowy i pomocniczy. Oznaczają jedynie minimalny standard i minimalne parametry jakościowe oczekiwane przez Zamawiającego. Wykonawca mógł zastosować materiały i urządzenia równoważne o parametrach technicznych i jakościowych takich samych lub lepszych, jeżeli zastosowanie ich w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na funkcjonowanie rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej.

Zamawiający sformułował również parametry równoważności. Stwierdził, że dopuszcza się oczyszczalnie ścieków posiadające zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 potwierdzone pełnym raportem z badań zgodnym z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, wystawionym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską oraz spełniające minimalne warunki wskazane w STWiOR. Ciężar udowodnienia, że materiał lub urządzenie jest równoważne w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego spoczywał na wykonawcy.

Z kolei na str. 6 STWiOR Zamawiający sformułował wymóg, zgodnie z którym „[...]Kompletna PBOŚ musi spełniać wytyczne normy zharmonizowanej PN-EN 12566-3 i być znakowana znakiem CE. W celu potwierdzenia jakości proponowanych urządzeń do ofert należy dołączyć raport z badań wykonany przez notyfikowane laboratorium badawcze. Raport musi obejmować wszystkie badania, jakie obejmuje norma PN EN 12566-3 (efektywność oczyszczania, wytrzymałość konstrukcji, wodoszczelność, trwałość).[...]”.

Na etapie udzielania odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że dopuści wyłącznie urządzenia w pełni zgodne z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 (tak m.in. w odpowiedziach nr 1, 8, 11, 13, 16, 17 z dnia 6 marca 2015 r.). Ponadto, w odpowiedziach nr 14 i 23, Zamawiający stwierdził, że wymaga załączenia do oferty badań wykonanych zgodnie z zakresami i właściwościami zapisanymi w tej normie.

Odwołujący zaoferował Zamawiającemu oczyszczalnie ścieków typu POŚ-KA/ZB/OG należące do typoszeregu POŚ-KA. W części oferty zastrzeżonej jako zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawił dokumenty mające potwierdzać spełnianie przez oferowane urządzenia wymogów normy PN-EN 12566-3+A1:2009.

Pismem z dnia 11 marca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów. W pkt 2 ww. pisma Zamawiający stwierdził, że ciężar udowodnienia równoważności oferowanych rozwiązań spoczywa na wykonawcy oraz podał, że parametry równoważności określone zostały w SIWZ, STWiOR oraz odpowiedziach z dnia 6 marca 2015 r. W powyższym zakresie odniósł się do: (1) spełniania wymagań normy PN-EN 12566-3, potwierdzonego zgodnym z nią raportem z badań wykonanym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską, (2) konieczności zapewnienia przez sterownik automatycznego zarządzania pracą oczyszczalni oraz niezbędnych funkcjonalności sterownika, (3) wymaganej minimalnej pojemności osadników gnilnych brutto, (4) konieczności posiadania przez oczyszczalnie osadników wstępnych o określonych objętościach oraz uniemożliwiania mieszania się ścieków w poszczególnych komorach oczyszczalni w przypadku okresowego zaniku prądu.

W konsekwencji Zamawiający poprosił „[...]o udowodnienie że oferowany produkt spełnia w/w parametry równoważności, a w szczególności, iż rozwiązania techniczne oczyszczalni uniemożliwiają mieszanie się ścieków z osadnika wstępnego ze ściekami w bioreaktorze oraz pozostałych częściach oczyszczalni w przypadku okresowego braku energii elektrycznej,



oraz o dołączenie uproszczonego schematu działania sterownika i urządzeń do niego podłączonych.[...].”

Odwołujący – pismem z dnia 16 marca 2015 r. – udzielił Zamawiającemu wyjaśnień i załączył do nich dokumentację techniczno-ruchową oferowanego typu oczyszczalni.

Pismem z dnia 20 marca 2015 r. oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że „[...]Oferta nie spełnia podstawowego wymogu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), STWiOR i odpowiedziach na pytania, dotyczącego zgodności urządzenia z normą PN-EN 12566-3+A1:2009. W odpowiedziach na wezwanie do uzupełnienia oferty, załączono do oferty rysunki techniczne i opisy, z których wynika, że osadniki wstępne spełniają normę PN-EN 12566-1, a Zamawiający wymagał aby kompletna oczyszczalnia spełniała wymogi normy PN-EN 12566-3+A1:2009, co nie wynika z przedstawionych dokumentów.[...]”.

W powyższych okolicznościach odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ oferta Odwołującego została odrzucona bezpodstawnie.

W pierwszej kolejności rozważenia wymagał sposób rozumienia wymogu przedstawienia pełnego raportu z badań, zgodnego z normą PN EN 12566-3+A1:2009. W tym zakresie Izba ustaliła, na podstawie postanowień zawartych w pkt III.2 i VI.3 SIWZ, odnośnych postanowień STWiOR i odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ udzielonych przez Zamawiającego w dniu 6 marca 2015 r.(w szczególności odpowiedzi nr 14 i 23), że obejmował on swym zakresem raport oraz wszystkie badania, jakim – zgodnie z treścią przywołanej normy – poddaje się urządzenia w celu potwierdzenia ich zgodności z nią. Podkreślenia wymaga przy tym, że choć Zamawiający dopuścił oferowanie rozwiązań równoważnych do opisanych w dokumentacji Postępowania, to jednak wymóg dotyczący przedstawienia raportu i badań był identyczny, jak w przypadku rozwiązań referencyjnych. Na wniosek taki pozwala analiza postanowień SIWZ dotyczących parametrów równoważności, w których Zamawiający także posłużył się pojęciem „pełnego raportu”. Konkluzja taka nasuwa się również po lekturze odpowiedzi Zamawiającego, w szczególności o nr 14 i 23, w których treści Zamawiający nie zróżnicował zakresu oczekiwanych dokumentów w zależności od tego, czy oferowane rozwiązanie ma charakter referencyjny, czy równoważny.

Izba uznała, że Odwołujący nie miał racji twierdząc, że pierwotnie Zamawiający rzeczywiście wymagał przedstawienia wszystkich badań, jakie zgodnie z normą są wykonywane na urządzeniach, a następnie – we wspomnianej odpowiedzi nr 14 – ograniczył swój wymóg do badań wykonywanych zgodnie z zakresami i właściwościami wynikającymi z omawianej normy. W istocie odpowiedź ta nie stanowiła żadnego ograniczenia oczekiwania, a po prostu powtórzenie wymogu innymi słowami (parafrazę). Należy mieć na względzie, że podobnej odpowiedzi Zamawiający udzielił na wniosek nr 23, w którego treści postawiono pytanie czy dopuszczone

zostaną oczyszczalnie legitymujące się raportem z badań niezawierającym wszystkich informacji jakie zgodnie z normą powinien zawierać raport z badań.

Odwołujący – w wykonaniu opisanego obowiązku – załączył do oferty Protokół oraz Raport wraz z załącznikami dotyczące typoszeregu urządzeń, do którego należy m.in. zaoferowany Zamawiającemu typ oczyszczalni ścieków. Złożył również raporty z badań wykonane przez akredytowaną jednostkę badawczą, mające potwierdzać spełnianie wymogów normy PN-EN 12566-3+A1:2009 w zakresie wodoszczelności, stabilności konstrukcji oraz trwałości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie zakwestionował spełnianie przez oczyszczalnię zaoferowaną przez Odwołującego wymogów normy w zakresie wodoszczelności i wytrzymałości (stabilności konstrukcji). Stwierdził, że do oferty nie zostały załączone badania zaoferowanego typu oczyszczalni odnoszące się do wzmiankowanych cech wyrobu. Nie była przy tym sporna między stronami okoliczność, że zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 badanie na wodoszczelność należy przeprowadzić na wszystkich modelach (typach) z rodziny (typoszeregu). Badanie na wytrzymałość dokonywane jest natomiast na tzw. modelu reprezentatywnym (co również nie było sporne), którym – zgodnie z normą – najczęściej będzie model o największej objętości przy założeniu, że tej wielkości odpowiada najmniejsza wytrzymałość konstrukcji.

Analiza dokumentów, których jawność została przez Odwołującego wyłączona doprowadziła Izbę do wniosku, że rację mieli Zamawiający i Przystępujący twierdząc, iż Odwołujący nie załączył wszystkich wyników badań na wodoszczelność, jakie w tym zakresie powinny zostać przeprowadzone zgodnie z wymogiem normy. Do oferty załączono bowiem badanie jednego z typów oczyszczalni, którego nazwa *nota bene* była tożsama z nazwą całego typoszeregu, który powinien zostać przebadany.

Odmienne, zdaniem Izby, należało natomiast ocenić przedstawione przez Odwołującego dokumenty potwierdzające spełnianie wymogu normy w zakresie wytrzymałości. Do oferty załączono badanie jednego z typów urządzeń, przy czym nie był to typ oczyszczalni zaoferowany w Postępowaniu, czego Odwołujący nie kwestionował. Wobec powyższego, a także z uwagi na omówiony powyżej zakres badań na stabilność konstrukcji, nie mogły stanowić uzasadnienia dla odrzucenia oferty Odwołującego twierdzenia, że przebadany typ oczyszczalni nie pokrywa się z zaoferowanym typem urządzenia, ponieważ okoliczność ta była oczywista. Istotne jest natomiast, że zgodnie z normą badanie na wytrzymałość przeprowadza się na reprezentatywnym typie urządzenia, a skoro Odwołujący załączył do oferty wykonane w tym zakresie badanie, a nadto bezspornie z innych dokumentów wynikało, że Jednostka notyfikowana, na podstawie takiego badania, stwierdziła spełnianie wymogów normy PN-EN 12566-3+A1:2009 przez cały typoszereg oczyszczalni, do którego należy zarówno przebadany, jak i zaoferowany typ urządzenia, to wykazanie zarzuconej Odwołującemu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ spoczywał na Zamawiającym. W okolicznościach sprawy nie podolał on spoczywającemu na nim ciężarowi

udowodnienia okoliczności stanowiących podstawę podjęcia zaskarżonej odwołaniem czynności. Natomiast Przystępujący poprzestał na gołosłownym twierdzeniu, że przebadany na zlecenie Odwołującego model oczyszczalni ścieków nie ma reprezentatywnego charakteru. W braku dowodów na potwierdzenie tej okoliczności Izba uznała, że skoro Jednostka notyfikowana, na podstawie badania wytrzymałości jednego typu oczyszczalni, potwierdziła spełnianie tego wymogu przez wszystkie oczyszczalnie z typoszeregu, to przebadany został model reprezentatywny, a przedstawione przez Odwołującego dokumenty nie zawierają w tym zakresie braków.

Także twierdzenia o braku możliwości jednoczesnego spełniania przez osadnik gnilny wymogów normy PN-EN 12566-1 i PN-EN 12566-3 nie zostały przez Przystępującego udowodnione. Co więcej, pominął on okoliczność, że pozostają one w sprzeczności z treścią przedstawionych na rozprawie dowodów zestawionych z treścią dokumentacji techniczno-ruchowej złożonej przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego. Należy bowiem zauważyć, że okoliczność spełniania przez osadnik gnilny stanowiący komponent zaofiarowanego typu oczyszczalni ścieków wymogów pierwszej z norm nie stanowiła przeszkody do stwierdzenia przez Jednostkę notyfikowaną zgodności z drugą z nich.

Reasumując, w ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie sprostął wymogowi przedstawienia pełnego raportu z badań na zgodność urządzeń z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 w tym sensie, że nie załączył do oferty wyników badań na wodoszczelność wykonanych na wszystkich typach oczyszczalni wchodzących w skład objętego Protokołem i Raportem typoszeregu. Tylko na taki wniosek pozwalają również dowody przedstawione przez Przystępującego, w kontekście dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

W związku z powyższą konstatacją należało rozważyć, czy wobec niezłączenia przez Odwołującego do oferty wymaganych dokumentów przedmiotowych (taki bowiem charakter miały dokumenty wymienione w pkt III.2 i VI.3 SIWZ) został on prawidłowo wezwany do ich uzupełnienia w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Instytucję przewidzianą we wspomnianej regulacji należy postrzegać w kategoriach obowiązku zamawiającego, z którego jest zwolniony wyłącznie w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w zd. pierwszym *in fine* komentowanego przepisu. Niemniej istotna jest również okoliczność, że wezwanie powinno precyzyjnie określać oczekiwania zamawiającego, tj. wskazywać których dokumentów nie załączono do oferty, względnie które z nich zawierają błędy, ze wskazaniem na czym one polegają. Wezwany wykonawca nie może bowiem domyślać się intencji Zamawiającego i pozostawać w niepewności co do zakresu spoczywającego na nim obowiązku. W takiej sytuacji uznać należy, że zamawiający nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością i zgodnie z przepisami Pzp, naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podobnie należy ocenić sytuację, w której wezwanie do wyjaśnienia

treści dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust 4 Pzp, jest nieprecyzyjne lub niejednoznaczne. Także i w tym przypadku wykonawca nie może mieć wątpliwości co do zakresu oczekiwanych przez zamawiającego wyjaśnień.

W konsekwencji Izba – mając na uwadze treść wezwania z dnia 11 marca 2015 r. – uznała, że Zamawiający uchybił obowiązkowi precyzyjnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia stwierdzonych braków w niezbędnych dokumentach, względnie wyjaśnienia pojawiających się na ich tle wątpliwości. Z treści przywołanej korespondencji nie wynika w istocie jakich dokumentów Odwołujący nie załączył do oferty, które z nich zawierają błędy (i jakie) i wreszcie które wymagają wyjaśnienia (i jakich okoliczności miałyby one dotyczyć). Zamawiający wprowadził przytoczył sformułowane parametry równoważności, tym niemniej podsumował je w sposób ogólny stwierdzając, że wzywa do udowodnienia że zaoferowany mu produkt spełnia te warunki, w szczególności w zakresie dwóch z nich (właściwości sterownika, z jednoczesny zobowiązaniem do załączenia uproszczonego schematu jego działania, i braku możliwości mieszania się ścieków w poszczególnych komorach oczyszczalni w przypadku okresowego zaniku prądu). Równie ogólnikowo sformułowane zostało uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, co z kolei uchybia przepisowi art. 89 ust. 2 pkt 1 Pzp w kontekście wspomnianych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził w jakim zakresie Odwołujący uchybił otrzymanemu wezwaniu i jakie okoliczności stanowiły podstawę podjęcia zaskarżonej odwołaniem czynności. W ocenie Izby działanie takie należy uznać za spóźnione i w konsekwencji – również niedopuszczalne, zaś Zamawiający nie może w tym zakresie powoływać się na okoliczność, że podstawa odrzucenia oferty Odwołującego wynikała z dokumentów zawierających informacje zastrzeżone przez niego, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Trzeba mieć bowiem na względzie, że wykonawca chroniący swoje uzasadnione interesy przez utajnienie części treści oferty nie może następnie ponosić negatywnych tego konsekwencji w postaci utrudnienia mu możliwości zidentyfikowania podstaw wyeliminowania go z udziału w Postępowaniu.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Odwołującego okazało się nieuzasadnione, wobec czego konieczne było unieważnienie tej czynności, jak również wyników Postępowania, o czym orzeczono w pkt 1.1 i 1.2 sentencji orzeczenia. Stwierdzając, że Odwołujący nie został prawidłowo wezwany do uzupełnienia dokumentów nakazano Zamawiającemu dokonanie tej czynności, z określeniem zakresu tego wezwania (pkt 1.3 sentencji orzeczenia). Nie wyklucza to podjęcia względem Odwołującego i złożonej przez niego oferty (a także, w razie konieczności – względem innych uczestników Postępowania i ich ofert) również innych niezbędnych czynności, bowiem Zamawiający zobligowany został do dokonania ponownego badania i oceny ofert (pkt 1.4 sentencji orzeczenia). Izba – ustalając zakres wezwania do uzupełnienia dokumentów – pominęła przy tym argumentację Zamawiającego i Odwołującego

dotyczącą metody wytwarzania zaoferowanego typu oczyszczalni, jako że nie udowodnili oni, że kwestia ta ma związek z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 i podlega badaniu w toku dokonywania oceny zgodności urządzeń z jej wymaganiami.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nieuzasadnione było również związane z odrzuceniem oferty Odwołującego wykluczenie go z Postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jako że dotyczy on niespełniania warunków podmiotowych, o których mowa w przepisie art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 Pzp, nie zaś warunku przedmiotowego, związanego ze spełnianiem przez oferowane dostawy/usługi/roboty budowlane wymagań zawartych w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....