

**WYROK**

**z dnia 19 czerwca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 czerwca 2012 r.

przez wykonawcę: **BIO-NOVA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 51-141 Wrocław, ul. Brzechwy 3**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Filipów, 16-424 Filipów, ul. Garbarska 2**

przy udziale wykonawcy: **Karol Brodowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycji SAN-SYSTEM Karol Brodowski, 19-400 Olecko, ul. Składowa 3a/23**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**orzeka:**

- 1. Oddała odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: BIO-NOVA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: BIO-NOVA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Filipów – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Filipów* (nr sprawy: IR.042.2.132.2012). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 26 marca 2012 r. pod nr 93270-2012, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w siedzibie urzędu gminy na tablicy ogłoszeń i na swojej stronie internetowej (www.filipow.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”). Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 4.121.847,60 zł, co stanowi równowartość 1.025.437,25 euro.

29 maja 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający poinformował Odwołującego: BIO-NOVA sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. w następującym zakresie:

- *zaproponowane rozwiązanie nie spełnia wymogu materiałowego (oferowane urządzenia są wykonane z PE, zaś Zamawiający dopuścił wyłącznie zbiorniki z PEHD i GRP), co jest niezgodne z SIWZ pkt. 2.2. Programu Funkcjonalno-Użytkowego oraz niezgodne z treścią wyjaśnień SIWZ z dnia 29.03.2012 r. /odpowiedź na pytanie 5 z 27.03.2012 r.*
- *z dokumentów przedłożonych w ofercie tj. wymaganego w SIWZ Raportie z badań nie wynika, iż oferowane rozwiązania spełniają wymóg energochłonności tj. „zaprojektowane urządzenia muszą odznaczać się dobową energochłonnością poniżej 0,17 kW/RLM” - zał. Nr 9 SIWZ, tj. Program Funkcjonalno - Użytkowy (pkt 2.2.)*
- *jako urządzenia składane, tj. korpus pochodzący z firmy KB-Instalacje Krzysztof Bobrowski z Łodzi a wewnątrz oczyszczalni producenta niemieckiego ATB Umwelttechnologien, nie spełniają wymogu nakładanego przez normę i nie legitymują się wymaganym w SIWZ (rozdział I SIWZ, rozdział VI pkt 1 SIWZ oraz rozdział X pkt 13 litera h) SIWZ; pkt 2.2. PFU - zał. Nr 9 SIWZ) raportem badań. Wymagany raport z badań miał potwierdzać zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, która w ostatnim akapicie pkt 1 stanowi: „Przedmiotem niniejszej normy Europejskiej są oczyszczalnie, w których wszystkie prefabrykowane elementy są montowane fabrycznie lub na miejscu*

*przez jednego producenta oraz są badane jako całość.*

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odnośnie zarzutu, że zbiorniki wykonane są z PE a nie z PEHD:

Zbiorniki oczyszczalni wykonane są z PEHD, a nie, jak twierdzi Zamawiający, z PE. Odwołujący w żadnym miejscu swojej oferty nie wskazał jakoby proponowane przez niego zbiorniki były wykonane z PE. Raport dotyczy badania redukcji zanieczyszczeń zgodnie z wymogami s.i.w.z. rozdział VI pkt. 1.1 (*Raport z badań PBOŚ, zgodny z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, załącznik B – procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską*), a nie jest wskazaniem z jakiego materiału będą wykonane zbiorniki oczyszczalni. Nie ma żadnego znaczenie z jakiego materiału został wykonany zbiornik oczyszczalni, która była przedmiotem badania na redukcję zanieczyszczeń, ponieważ w tym raporcie bada się skuteczność redukcji zanieczyszczeń a nie materiał, z którego wykonane są oczyszczalnie.

W załączonej do oferty deklaracji zgodności CE Odwołujący jednoznacznie wskazał na posiadanie raportu na trwałość zbiorników oczyszczalni. Gdyby Zamawiający go zażądał lub wezwał do wyjaśnień w tym zakresie, to Odwołujący wykazałby, że zbiorniki wykonywane są z materiału PEHD. Końcówka „HD” świadczy o gęstości materiału, który zapewnia wyższą sztywność zbiornika oczyszczalni. Materiał PE oraz materiał PEHD należą jednak do tej samej grupy materiałów, nie można więc uznać, że nie są to materiały równoważne. Na deklaracji zgodności oświadczono, że oczyszczalnia może posiada sztywność obwodową SN 1-16, co świadczy o tym, że wytrzymałość proponowanych zbiorników z PEHD o wielokrotnie przewyższa wymogi postawione przez Zamawiającego. Proponowane przez Odwołującego oczyszczalnie spełniają wymóg postawiony przez Zamawiającego ponieważ są zbiornikami z PEHD oraz posiadają potwierdzoną sztywność obwodową do SN 16, czyli posiadają możliwość posadowienia na 16 poniżej poziomu terenu. Spełnienia wymogu materiałowego nie miały potwierdzać żadne dokumenty przedmiotowe, ponieważ takiego wymagania nie zawarto w zapisach s.i.w.z. Nadto nawet na etapie oceny ofert Zamawiający nie zażądał od Odwołującego dokumentów potwierdzających te parametry. Zgodnie zaś ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonym w wyroku z 16 maja 2011 r. (sygn. akt

KIO/UZP 944/11, LexPolonica nr 2551378), cyt.: „(...) *takie działanie Zamawiającego należy uznać za przekraczające przysługujące mu uprawnienia w toku oceny i badania ofert. Skoro bowiem Zamawiający nie żądał jakichkolwiek folderów wraz z ofertą, a wystarczające miało być wypełnienie załącznika (...) i podpisanie tego dokumentu przez wykonawców, to za daleko idące należało uznać żądania Zamawiającego do potwierdzenia parametrów (...) przez inne, niewymagane SIWZ, dokumenty. (...) Skład orzekający stoi na stanowisku, że nie można odrzucić oferty na podstawie dokumentu, który treścią SIWZ nie był wymagany. Skoro jakiś dokument nie był wymagany, to nie został określony zatem poziom szczegółowości powyższego dokumentu oraz jakie dane były jego treścią wymagane. Tak więc informacje zawarte w dokumencie o charakterze dodatkowym, informacyjnym, który nie był przez Zamawiającego wymagany, w sytuacji gdzie Odwołujący złożył prawidłowo wypełniony formularz techniczny, który podczas pierwotnej oceny ofert nie budził wątpliwości Zamawiającego, którym potwierdził dane (...), nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w s.i.w.z. nie żądał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających, że proponowany przez nich wyrób ma spełniać wymóg materiałowy.*

Oдноśnie zarzutu braku energochłonności poniżej 0,17 kW/RLM:

Proponowane przez Odwołującego oczyszczalnie spełniają wymóg opisany w PFU 2.2., tj. energochłonność poniżej 0,17 kW/RLM. W raporcie PIA (str. 4) widnieje zapis że średnie dobowe zużycie energii wynosi 1,56 kW/d, jednak badania na redukcję zanieczyszczeń nie są badaniami na wysokość zużycia energii. Informacja ta dotyczy jednostki badanej w warunkach laboratoryjnych i nie jest reprezentatywna w stosunku do faktycznego zapotrzebowanie na energię, które w przypadku uwzględnienia np. pracy urlopowej proponowanych oczyszczalni jest znacznie poniżej wymogu Zamawiającego tj. 0,17 kW/RLM.

Oдноśnie zarzutu braku spełnienia wymogu nakładanego przez normę 12566-3+A1:2009:

Zapis w rozdziale 1 s.i.w.z. odnosi się do wszystkich prefabrykowanych elementów oczyszczalni, które zdaniem Zamawiającego winny być badane w całości. Do deklaracji zgodności CE załączono raport z badań z notyfikowanego laboratorium PIA, potwierdzający redukcję zanieczyszczeń, tym samym spełniając wymogi postawione w s.i.w.z. W deklaracji jednoznacznie wskazano, że badania na trwałość, wytrzymałość oraz wodoszczelność zostały wykonane przez odpowiednie notyfikowane laboratoria i że uzyskały pozytywne

wyniki badań. Zgodnie z zapisami normy wszystkie elementy muszą być badane jako całość a nie wyprodukowane jako całość. Zapis wskazuje, że oczyszczalnie muszą być montowane fabrycznie przez jednego producenta, co w tym przypadku ma miejsce (KB-Instalacje jako producent montuje te oczyszczalnie w całości). Nie stanowi natomiast wymogu, że wszystkie elementy muszą być wyprodukowane przez jednego producenta. Nie wynika z tego zapisu, że korpus oczyszczalni oraz technologia oczyszczalni nie mogą pochodzić od innych producentów. Z tego zapisu wynika jedynie to, że producent musi posiadać wszystkie badania typu zgodnie z zapisami normy oraz, że tylko w tym przypadku może wystawić deklarację zgodności CE. W związku z powyższym, deklarowanie zgodności CE w przypadku dostarczenia raportu z badań przeprowadzonego przez notyfikowane laboratorium PIA oraz raportów na trwałość, wodoszczelność oraz wytrzymałość jest prawidłowe i zgodne z zapisami w normie.

Zamawiający, zgodnie z treścią rozdziału VI s.i.w.z., żądał od oferentów złożenia w postępowaniu dla potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom następujących dokumentów:

- 1. raportu z badań PBOŚ, zgodnych z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, załącznik B - procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską,*
- 2. świadectwo, że producent PBOŚ spełnia wymogi standardów zarządzania środowiskowego np.: certyfikat wg obowiązującego wydania normy ISO 14001/PN-EN ISO 14001 lub równoważny np. EMAS.*

Zamawiający pismem z 20 kwietnia 2012 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, tj. raportu z badań PBOŚ, zgodnych z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, załącznik B – procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską oraz zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów. Wszystkie żądane dokumenty zostały Zamawiającemu przedstawione w załączeniu do pisma z 23 kwietnia 2012 r., które zostało zastrzeżone przez Odwołującego się jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z 14 maja 2012 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do posiadania przez oferowaną przez Odwołującego oczyszczalnię technologii SBR oraz złożenia wyjaśnień, czy przedłożony w ofercie certyfikat jest zgodny z normą PN-EN 12566-3+A1:2009. Odwołujący w piśmie z 16 maja 2012 r., które zostało zastrzeżone przez Odwołującego się jako tajemnica przedsiębiorstwa, udzielił Zamawiającemu wszystkich żądanych przez niego wyjaśnień.

Zamawiający nie posiadał wiedzy że proponowane oczyszczalnie nie zostały przebadane w całości. Nie wezwał również Odwołującego się do wyjaśnienia czy oferowany produkt został przebadany w całości. Odwołujący złożył oświadczenie, że spełnia wymagania s.i.w.z., zatem Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu.

Oferowany przez Odwołującego produkt miał spełniać określone w s.i.w.z. parametry, ale Zamawiający na potwierdzenie powyższego nie żądał dokumentów i powinien się opierać podczas oceny ofert na oświadczeniach złożonych przez oferentów, bowiem tylko takich dokumentów wymagał. To Zamawiający wyznacza w s.i.w.z. granice oceny ofert i podczas dokonywania czynności oceny nie może ich przekroczyć. Nieprecyzyjność wymogów postawionych w s.i.w.z. nie może obciążać wykonawców biorących udział w postępowaniu. Oferenci w toku postępowania zobowiązani są do wykazania spełnienia warunków udziału: podmiotowych i przedmiotowych. Warunki przedmiotowe wynikają z art. 25 ust. 1 pzp.

Nie jest również dopuszczalne żądanie dodatkowych dokumentów dla wyjaśnienia jakiejś rozbieżności, istniejącej w dokumentacji postępowania. Zamawiający w toku postępowania może żądać jedynie takich dokumentów, jakie określił w ogłoszeniu o zamówieniu lub s.i.w.z. Jak podkreślił Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 14 lipca 2006 r. (sygn.: UZP/ZO/O- 204506, LexPolonica nr 2019160) : (...) oznacza to w konsekwencji, iż zamawiający, który nie określił w powyższych dokumentach rodzaju oświadczeń i dokumentów, których żąda, nie może skutecznie wykluczyć z postępowania wykonawcy, określając te oświadczenia i dokumenty w późniejszym wezwaniu. Poza tym należy też zwrócić uwagę, czy żądane informacje (oświadczenia i dokumenty) nie wynikają z innych przedłożonych już przez wykonawcę (...).

Przedkładanie na tym etapie postępowania (tj. w toku badania i oceny ofert) dodatkowych dokumentów doprowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący rozszerzyłby bowiem ofertę przez przedłożenie żądanych przez Zamawiającego dokumentów. A takie rozszerzenie stanowiłoby niedopuszczalną zmianę i to istotną, złożonej przez Odwołującego oferty. Z kolei, jak zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 kwietnia 2011 r. (sygn.: KIO/UZP 711/11, LexPolonica nr 2525132): *nie jest prawnie dopuszczalne dokonywanie zmiany treści oferty mocą dokonanych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Instytucja określona w powołanym wyżej przepisie ma na celu dokonanie wyjaśnień oświadczeń wiedzy lub woli wykonawców, które mają istotne znaczenie między innymi w aspekcie oceny zgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Nie jest więc*

*uprawnione postępowanie Zamawiającego zmierzające do podważenia poprawnie sporządzonej oferty poprzez konstruowanie dodatkowych warunków, które nie obowiązują na gruncie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Takie z kolei działanie mogłoby spowodować, że treść oferty odwołującego, nie odpowiadałaby treści s.i.w.z., a tym samym oferta Odwołującego się podlegałaby odrzuceniu, a on sam wykluczeniu. Dodatkowo przedłożenie na niniejszym etapie postępowania dodatkowych dokumentów mogłoby zostać uznane za niedopuszczalne (w świetle art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp) negocjacje z Zamawiającym. Jak bowiem podkreśla się w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 lutego 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1850/09, KIO/UZP 1851/09, LexPolonica nr 2235848): *wyjaśnienia udzielone wskutek zastosowania art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogą prowadzić do zmian treści oferty i muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie**

31 maja 2012 r. (pismem z 29 maja 2012 r.) Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (przekazaną Odwołującemu na posiedzeniu 5 czerwca 2012 r.), w której wniósł o jego oddalenie. Zamawiający podtrzymał prawidłowość podjętej decyzji i jej uzasadnienia, dodatkowo prezentując następującą argumentację i wyjaśnienia.

Odnośnie materiału z jakiego wykonane są zbiorniki:

Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, zażądany dokument miał potwierdzać również właściwości mechaniczne oferowanego produktu, a nie tylko i wyłącznie eksploatacyjne. Przemawia za tym wskazanie, że dokument ma potwierdzać, że *oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom*. Użyte sformułowanie *oferowane* przesądza, że chodziło o raport dotyczący konkretnych, przedstawionych w ofercie oczyszczalni, tj. wykonanych z PEHD, a nie PE, jak wynika z przedstawionego przez Odwołującego dokumentu. Zgodnie z doktryną i orzecnictwem dokumenty przedłożone przez wykonawców muszą potwierdzać w sposób nie pozostawiający wątpliwości spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, gdyż to na nich zgodnie z ustawą pzp ciąży ciężar dowodu.

Zamawiający wyjaśnił, że jako jedyny akceptowalny materiał z jakiego będą wykonane oczyszczalnie wskazał HDPE oraz GRP. HDPE oraz PE należą do tej samej grupy materiałów, analogicznie jak UHMWPE (ultra high molecular weight polyetylene) – polietylen o ultra wysokiej masie cząsteczkowej, MDPE (medium density PE) polietylen o średniej gęstości, LLDPE (linear low density PE) – niskociśnieniowy liniowy PE o niskiej

gęstości. Zamawiający z całej tej grupy wybrał konkretny produkt określany jako HDPE – polietylen o dużej gęstości, otrzymywany przez polimeryzację ciśnieniową, który jest twardszy w porównaniu z innymi produktami z grupy PE, ma wyższą wytrzymałość mechaniczną i wyższą odporność chemiczną – co w przypadku środowiska, w jakim pracować będzie urządzenie (ścieki bytowe) ma kolosalne znaczenie. Wątpliwość czy cała grupa produktów powstałych w wyniku polimeryzacji (PE) będzie dopuszczona winna zostać wyjaśniona na etapie przygotowania oferty przez Odwołującego, a nie kwestionowana po jej złożeniu. Tym bardziej, że w formularzu ofertowym Odwołujący złożył oświadczenie o zapoznaniu się i braku zastrzeżeń do s.i.w.z. W sytuacji gdy złożony dokument wskazuje materiał PE, a nie HDPE jako stosowany do budowy proponowanych oczyszczalni, to nie jest spełniony wymóg s.i.w.z.

### Oдноśnie energochłonności:

Zamawiający zastrzegł sobie prawo do oceny właściwości mechanicznych oraz eksploatacyjnych, w tym zgodnie z wymienionymi w załączniku B do normy parametrami, takimi jak np. energochłonność, która zgodnie z normą badana jest obligatoryjnie zawsze kiedy dotyczy, tzn. kiedy w zakresie niezbędnym do prawidłowej pracy oczyszczalni potrzebne są urządzenia pobierające energię elektryczną. Zgodnie z załącznikiem B normy, pkt B.5 *Raport z badań powinien zawierać (...) dane uzyskane w czasie badań, a szczególności średnią wartość wskaźnika skuteczności (...) informację dotyczącą energii elektrycznej zużytej w trakcie badań*, przy czym w pkt B.2.4 wskazano również pomiar *całkowitego zużycia energii w przeliczeniu na wyrób*. Ta natomiast z części oferowanego składanego urządzenia, która podlegała badaniom w notyfikowanym przez KE laboratorium PIA z Aachen, poza procedurą badań na skuteczność oczyszczania, podlegała zatem także badaniu średniego dobowego zużycia energii elektrycznej.

Skoro wynik tych badań jednostka badawcza opisała jako 1,56 kW/d dla jednostki AQUAmax przystosowanej do oczyszczania ścieków bytowych powstających od 6 osób/RL to daje to po przeliczeniu średnią dobową energochłonność w wysokości  $1,56/6=0,25$  kW/RLM, co nie spełnia wymogu s.i.w.z., aby zaprojektowane urządzenia odznaczały się dobową energochłonnością poniżej 0,17 kw/RLM.

### Oдноśnie wymogu zgodności z normą:

Zamawiający zastrzegł sobie prawo do oceny właściwości mechanicznych oraz eksploatacyjnych kompletnego urządzenia, które podlegało badaniom na zgodność jako całość, o czym stanowi cytowany akapit pkt 1 normy – *przedmiotem niniejszej Normy Europejskiej są oczyszczalnie, w których wszystkie prefabrykowane elementy są montowane*



*fabrycznie lub na miejscu przez jednego producenta oraz są badane jako całość.* Ponadto oczywisty wymóg Zamawiający wzmocnił w s.i.w.z. sformułowaniem w liczbie pojedynczej mówiącym o pełnym (jednym) raporcie z badań, co wyklucza sytuację *redefiniowania zapisów z normy* przez przedkładanie wielu (więcej niż jednego) raportów częściowych na poszczególne elementy. Oznacza to, że tylko kompletne urządzenie może legitymować się pełnym raportem z badań, co było jednoznacznie określonym wymogiem s.i.w.z. Urządzenia składane z elementów mogą wprawdzie posiadać badania odnoszące się tylko do właściwości jednego z elementów, np. obudowa może być przebadana w zakresie wytrzymałości, wodoszczelności i w tym zakresie uzyskać raport w zakresie załącznika A normy (oraz znak CE), co też wykazał Odwołujący, ale jednocześnie wyklucza, że element ten został zbadany na zgodność z załącznikiem B. W konsekwencji nie można stwierdzić, że oferowane urządzenie posiada pełny raport z badań jako kompletne urządzenie, a tym samym spełnia wymogi s.i.w.z.

1 czerwca 2012 r. Zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcy, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą. 4 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez tego wykonawcę: Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycji SAN-SYSTEM Karol Brodowski z Olecka, który wniósł o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w środkach ochrony prawnej, dalszych pismach, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z niższą niż oferta wybrana przez Zamawiającego ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko odrzuceniu jego oferty. Natomiast dokonanie tej czynności przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia, s.i.w.z. w ostatecznym brzmieniu, oferty Odwołującego, pism kierowanych przez Zamawiającego i Odwołującego w toku postępowania, a także z protokołu postępowania

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej, dalszych pismach (pismo Przystępującego z 14 czerwca 2012 r.) oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole. Izba wzięła także pod uwagę dowody złożone na rozprawie, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła nieprawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na brak

złożenia dla oferowanej przez niego przydomowej oczyszczalni ścieków typoszeregu POŚ SBR, produkcji KB-Instalacje Krzysztof Bobrowski z Łodzi, raportu z badań zgodnego z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, załącznik B – *Procedura badania skuteczności oczyszczania*, wystawionego przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską.

Izba zważyła, że opisana przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty okoliczność oferowania urządzenia wyprodukowanego przez KB-Instalacje Krzysztof Bobrowski z zastosowaniem własnej obudowy i wewnętrznej technologii niemieckiego producenta ATB Umwelttechnologien, w odwołaniu nie była kwestionowana. W odwołaniu potwierdzono wręcz, że elementy oczyszczalni są montowane w całość przez KB-Instalacje, a także podkreślono znaczenie złożonej w ofercie deklaracji zgodności CE w powiązaniu z wystawionym przez notyfikowane laboratorium raportem z badań potwierdzającym skuteczność redukcji zanieczyszczeń. Izba ustaliła, że złożona wraz z ofertą *Deklaracja zgodności nr 06/04/2012* dotyczy potwierdzenia przez producenta KB-instalacje Krzysztof Bobrowski z Łodzi, że poszczególne typy przydomowych oczyszczalni ścieków typoszeregu urządzeń POŚ SBR zgodne są ze specyfikacją techniczną PN-EN 12566-3+A1:2009: *Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50. Część 3: Kontenerowe i/lub montowane na miejscu budowy oczyszczalnie ścieków w zakresie efektywności oczyszczania, szczelności, odporności na zgniatanie, trwałości i sztywności obwodowej. W pkt 7 Nazwa akredytowanej jednostki certyfikującej oraz numer raportu z badań typu*, bezpośrednio przed wskazaniem trzech raportów z badań Instytutu Techniki Budowlanej (o numerach: LFS00-0949/11/Z00NF, LKS01-0949/11/Z00NF i LKS02-0949/11/Z00NF), znajduje się następujący wpis: *Prüfinstitut für Abwassertechnik GmbH, raport z badań z m-ca listopada 2008r.* Z kolei w złożonym w ofercie wypełnionym załączniku nr 8 do s.i.w.z. (*Oświadczenie o zastosowaniu oczyszczalni ścieków legitymujących się certyfikatem na zgodność z normą PN-EN12566-3+A1:2009 wydanym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską*), Odwołujący wskazał w skrócie nazwę laboratorium PIA GmbH z Akwizgranu, oświadczając jednocześnie, że załącza także raport z badań dotyczący skuteczności oczyszczania oferowanej oczyszczalni, a także dokument potwierdzający, że producent oferowanej oczyszczalni spełnia wymogi standardów zarządzania środowiskowego. W rzeczywistości do oferty załączono jedynie ten drugi dokument w postaci certyfikatu systemu zarządzania środowiskowego nr 191/02/2012, wystawionego przez ISOCERT sp. z o.o., potwierdzającego, że KB-Instalacje Krzysztof Bobrowski z Łodzi w zakresie projektowania, produkcji i montażu oczyszczalni ścieków spełnia wymagania normy PN-EN ISO 14001:2005. Brak wymienionego w deklaracji

zgodności i oświadczeniu raportu z badań w zakresie skuteczności oczyszczania stał się przyczyną wystosowania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwania Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu. W rezultacie Odwołujący złożył wystawiony w październiku 2006 r. przez PIA GmbH (Instytut Badawczy Gospodarki Ściekowej) w Akwizgranie *Raport dotyczący kontroli wyników oczyszczania według wytycznych EN 12566-3 małych oczyszczalni ścieków AQUAmax w zbiorniku z tworzywa sztucznego Firmy ATB Umwelttechnologien GmbH (Raport kontrolny – NR PIA2006-012).*

Izba zważyła że ten raport kontrolny nr PIA2006-012 nie może potwierdzać, że wskazane w ofercie przez Odwołującego oczyszczalnie typoszeregu POŚ SBR produkcji KB-Instalacje Krzysztof Bobrowski spełniają wymagania Zamawiającego w zakresie skuteczności oczyszczania. Po pierwsze – dokument ten dotyczy oczyszczalni ścieków o zupełnie innej nazwie (AQUAmax), produkowanej przez zupełnie innego producenta (ATB Umwelttechnologien GmbH). Po drugie – pomimo zbieżności jednostki notyfikowanej (PIA GmbH), z uwagi na wystawienie w październiku 2006 r., nie jest to raport wymieniony w deklaracji zgodności, gdyż ten miał być z listopada 2008 r. Ponieważ złożony raport nie ma związku z oferowaną oczyszczalnią w ogóle nie doszło do potwierdzenia przez Odwołującego właściwości oferowanych oczyszczalni w zakresie skuteczności oczyszczania. W ocenie Izby dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy nie ma znaczenia, że okoliczność ta nie została w pełni odzwierciedlona przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. Skoro Odwołujący złożył dokument wadliwy w całości, to nie może skutecznie podważyć zasadności odrzucenia jego oferty z powodu wady opisanej przez Zamawiającego w węższym zakresie, niż w występuje w rzeczywistości.

Odwołujący bezpodstawnie wywodził w odwołaniu, że ponieważ złożył wszystkie wymagane na mocy rozdziału VI s.i.w.z. dokumenty na potwierdzenie, że oferowane oczyszczalnie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Nie ma bowiem wątpliwości, że zarówno raport z badań oczyszczalni, jak i dokument potwierdzający spełnianie wymogów standardów zarządzania środowiskowego miały dotyczyć tego samego producenta, który przy wytwarzaniu oferowanej oczyszczalni spełnia te standardy. O ile w ofercie zgodność ta była zachowana (deklaracja zgodności wystawiona przez producenta oczyszczalni typoszeregu POŚ SBR – KB-Instalacje Krzysztof Bobrowski oraz certyfikat potwierdzający, że wdrożył on system zarządzania środowiskowego zgodny z normą PN-EN ISO 14001:200), o tyle sytuacja zmieniła się po złożeniu brakującego w ofercie raportu z badań, z którego treści nie wynika jakikolwiek związek z tym producentem (raport wykonano na zlecenie niemieckiego producenta ATB Umwelttechnologien GmbH). Spowodowało to wątpliwości

Zamawiającego, który wezwał Odwołującego do wyjaśnień treści oferty, po pierwsze – przez złożenie *wyczerpujących wyjaśnień, na podstawie których Zamawiający otrzyma wystarczającą wiedzę do oceny, czy oferowana technologia to technologia SBR czy nie*, po drugie – przez *złożenie wyjaśnień czy przedłożony w ofercie certyfikat jest zgodny z normą PN-EN 12566-3+A1:2009*. W odpowiedzi Odwołujący 16 maja 2012 r. złożył następujące wyjaśnienia, które, choć rzekomo miały stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zostały przez niego ujawnione na jawnej rozprawie. Odwołujący, po pierwsze – oświadczył, że *proponowane rozwiązania, tj. oczyszczalnie ścieków firmy ATB Aquamax MacWater wersja Basic jest oczyszczalnią działającą na zasadzie niskoobciążonego osadu czynnego w technologii SBR, (sequencing batch reactor) tj. porcjowy reaktor biologiczny*, po drugie – oświadczył że *oczyszczalnia ta jest zgodna z normą PN-EN 12566-3+A1:2009*, po trzecie – załączył, po trzecie – załączył jednostronicowy słowny opis działania małej oczyszczalni ścieków firmy ATB McWater wersja Basic. Zamawiający wysnuł na tej podstawie wniosek zawarty w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, że przedmiotem oferty Odwołującego są oczyszczalnie produkcji KB-Instalacje, który daje obudowę dla wnętrza oczyszczalni produkcji ATB.

W ocenie Izby sposób złożenia oferty, uzupełnienia dokumentów, a także składane wyjaśnienia świadczą o tym, że Odwołujący nie panuje nad ich spójnością. Dodatkowo na rozprawie, wobec ujawnionego faktu braku korelacji pomiędzy raportem złożonym a tym, który został opisany w deklaracji zgodności, Odwołujący podniósł, że ten ostatni dokument nie był wymagany w s.i.w.z. i został złożony omyłkowo, gdyż zaoferował oczyszczalnie produkcji ATB typu McWater, funkcjonujące również pod nazwą AQUAmax. O ile prawdą jest, że Zamawiający nie wymagał złożenia deklaracji zgodności oferowanej oczyszczalni z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, o tyle Izba nie dała wiary dalszym twierdzeniom Odwołującego. Nowa argumentacja jest nie tylko sprzeczna ze stanowiskiem zaprezentowanym uprzednio w odwołaniu, lecz również nielogiczna z punktu widzenia zachowania spójności dokumentów składanych przez Odwołującego, z uwagi na brak złożenia dla producenta ATB dokumentu potwierdzającego spełnianie wymogów standardów zarządzania środowiskowego. Jak to powyżej opisano, dokument taki został natomiast złożony właśnie dla producenta KB-Instalacje, który wystawił z kolei deklarację zgodności. Dodatkowo złożone na rozprawie przez Odwołującego oświadczenie ATB o wykazywanym przez oczyszczalnie ścieków typu McWater zapotrzebowaniu na energię w zależności od obsługiwanej liczby mieszkańców, jest niedatowane i skierowane zostało do AquaEco sp. z o.o. z siedzibą w Swarzędzu. Nie potwierdza zatem w żaden sposób, że oczyszczalnie te

zostały zaoferowane przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. W tych okolicznościach brak podstaw do uznania złożonego z własnej inicjatywy przez Odwołującego dokumentu za przypadkowy i bez znaczenia dla oceny treści złożonej oferty. W ocenie Izby niezasadne są również wywody Odwołującego na rozprawie, że ponieważ przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w formule *zaprojektuj i wybuduj*, to nie było wymagane sprecyzowanie typu oczyszczalni. Zamawiający rzeczywiście wskazał w rozdziale I s.i.w.z., że *przedmiotem zamówienia są roboty budowlane projektowane przez Wykonawcę polegające na zaprojektowaniu, dostawie i montażu i uruchomieniu przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków (PBOŚ) legitymujących się certyfikatem na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 w miejscowościach (...)*. Jednakże jednocześnie wymagane, *aby oferta zabezpieczona była pełnym raportem badań PBOŚ, zgodny z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, załącznik B – procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską*, potwierdzone w rozdziale VI pkt 1 – wskazywało na to, że nie chodzi o zaprojektowanie od podstaw samej kontenerowej przydomowej oczyszczalni ścieków, która na dzień składania ofert musiała już istnieć i być przebadana w zakresie skuteczności oczyszczania.

Izba stwierdziła, że Zamawiający bezpodstawnie wywiódł w odpowiedzi na odwołanie, że z przytoczonego powyżej wymogu tzw. zabezpieczenia oferty pełnym raportem badań PBOŚ, wynikała możliwość weryfikacji materiału z jakiego wykonane zostały zbiorniki oferowanej oczyszczalni, czy też jej energochłonności. Odwołujący słusznie wywiódł w tym zakresie, że pomimo określenia raportu dotyczącego skuteczności oczyszczania mianem *pełnego*, nie obejmuje on badania wytrzymałości konstrukcji, wodoszczelności i trwałości, które pozostają poza zakresem regulacji Załącznika B do przywołanej normy. Natomiast przy definiowaniu badań trwałości, jak i wytrzymałości konstrukcji norma wyróżnia między innymi jako materiał polietylen (PE), ale bez dalszego rozróżniania jego odmian, w tym polietylenu wysokiej gęstości (PEHD). Brak zatem podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający zapewnił sobie jakiegokolwiek narzędzie do weryfikacji zachowania wymagania wykonania zbiorników oczyszczalni z HDPE czy GRP. Obok kwestii materiału z jakiego mają być wykonane zbiorniki, w pkt 2.2 programu funkcjonalno-użytkowego (stanowiącego załącznik nr 9 do s.i.w.z.) określono także, że *zaprojektowane urządzenia muszą odznaczać się dobową energochłonnością poniżej 0,17 kW/RLM*. Zamawiający nie sprecyzował jednak czy i w jaki sposób, według jakiej metodologii, będzie weryfikować ten parametr na etapie składania ofert. W szczególności brak sprecyzowania w s.i.w.z., że dobową energochłonność urządzenia należy utożsamiać z podlegającym monitorowaniu w toku badań skuteczności

oczyszczania całkowitego zużycia energii w przeliczeniu na wyrób. Nadto w ocenie Izby nielogiczne jest wywodzenie przez Zamawiającego z raportu, który nie dotyczył oferowanych oczyszczalni POŚ SBR, posiadania przez nie zbiorniki z niewłaściwego materiału, czy też nadmiernej energochłonności tych oczyszczalni. Z tego względu należy uznać złożone na rozprawie przez Odwołującego dokumenty (wspomniane powyżej oświadczenie ATB oraz schemat pn. *Przykład stanowiska do badania domowych oczyszczalni ścieków wg PN-EN 12566-3*) za bezprzedmiotowe i zbędne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Natomiast niezasadne przywołanie okoliczności dotyczących materiału i energochłonności przez Zamawiającego, nie miało istotnego znaczenia, wobec potwierdzenia się trzeciej okoliczności podanej w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 3 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

**Przewodniczący:** .....