

Sygn. akt: KIO 3069/22

WYROK
z dnia 6 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2022 r. przez Odwołującego – **A. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowy Zakład Usługowy A. S., ul. Botaniczna 25A, 87-800 Włocławek w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Strzelce**, ul. Leśna 1, 99-307 Strzelce

przy udziale

Wykonawcy – **Z. Ć.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć., Biszczka 292b, 23-425 Biszczka, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Strzelce, w trybie podstawowym bez negocjacji, którego przedmiotem jest „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej w Gminie Strzelce, poprzez przebudowę stacji uzdatniania wody zlokalizowanej w Muchnicach Nowych oraz budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Strzelce – Zadanie Nr 1 budowa przydomowych oczyszczalni ścieków” (sygn. postępowania: ZP.271.6.2022), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.08.2022 r. nr 2022/BZP 00322600/01, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć.), Wykonawca – Wielobranżowy Zakład Usługowy A. S., wniósł w dniu 21.11.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 3069/22).

Zarzuty w odwołaniu dotyczą naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Z. Ć., pomimo iż przedłożył on przedmiotowe środki dowodowe, które nie potwierdzają spełniania przez zaoferowane oczyszczalnie wymagań w zakresie naziomu, a co za tym idzie, nie potwierdzają zgodności zaoferowanych oczyszczalni z warunkami zamówienia;
- 2) art. 107 ust. 2 Pzp w zw. z art. 107 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez wezwanie Z. Ć. do złożenia wyjaśnień, co w efekcie doprowadziło do nieuprawnionego uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentacji techniczno-ruchowej – *Instrukcji Użytkownika Warunki Gwarancji Hybrydowe Oczyszczalnie Ścieków*, w sytuacji gdy Zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w dokumentach zamówienia nie przewidział możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Zbigniewa Ćwikła i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na pkt 5.4 lit. d) swz, gdzie Zamawiający określił wymóg - „oferowane oczyszczalnie muszą posiadać naziom nie mniejszy niż 1,4 m (potwierdzony w raporcie z badań)”. W pkt 10.3 swz określone zostały przedmiotowe środki dowodowe wymagane w celu potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu z wymogami określonymi w dokumentacji postępowania.

W złożonych przez Wykonawcę (ZUHB Z. Ć.) wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wskazane zostało, że dla zbiornika 1100 maksymalna dopuszczalna wysokość nasypu (dry) to 1,6 m (deklaracja Właściwości Użytkowych), natomiast w instrukcji użytkownika producent określił, iż urządzenie należy zainstalować pod ziemią tak, aby przykrycie gruntem nie przekraczało 130 cm bez względu na warunki gruntowe (str. 5 Instrukcji Użytkownika). Złożone przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały spełniania wymagań w zakresie naziomu.

W dniu 8 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności dotyczących parametru naziomu (przykrycia gruntem) w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych.

Do wyjaśnień z 9 listopada 2022 r. została załączona poprawiona Instrukcja Użytkownika, w której zmieniono parametr naziomu z 1,3 m na 1,6 m.

W ocenie Odwołującego nie było podstaw do wezwania Wykonawcy na podstawie art. 107 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień, które doprowadziły do uzyskania oświadczenia o innej treści, co w konsekwencji stanowiło uzupełnienie dokumentu, a Zamawiający nie przewidział możliwości skorzystania z przepisu art. 107 ust. 2 Pzp.

Okoliczność, iż załączony do oferty raport z badań ma potwierdzać parametr, zdaniem Odwołującego, nie powoduje możliwości pominięcia brzmienia pozostałych wymaganych przedmiotowych środków dowodowych. W postępowaniu nie została ustalona przez Zamawiającego hierarchia przedmiotowych środków dowodowych. Dopiero pełen komplet żądanych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych pozwala na zweryfikowanie zgodności zaoferowanych oczyszczalni z wymaganiami swz.

Ponadto, w ocenie Odwołującego raport z badań nie potwierdza w sposób jednoznaczny, że oferowany parametr w przypadku oferowanych *Rapitv3* oczyszczalni wynosi 1,6 m. Z raportu wynika bowiem przekroczenie granicy wytrzymałościowej wynoszącej 18,4 MPa, ponadto raport potwierdza w sposób jednoznaczny jedynie spełnianie wymagania nośności zgodnie z normą. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż w innym postępowaniu Wykonawca złożył dokument wystawiony przez producenta, tj. Rapit R. B., w którym wskazano, że maksymalna dopuszczalna wysokość nasypu (DRY) – nośność – to 1,3 m.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca – Z. Ć. (Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków nie formułowano w pismach procesowych, jak i na posiedzeniu przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym zapisy swz oraz ofertę ZUHB Z. Ć. i złożone w postępowaniu przetargowym przedmiotowe środki dowodowe.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający opisał w pkt 5.4 lit. d) swz parametr dla oczyszczalni - „oferowane oczyszczalnie muszą posiadać naziom nie mniejszy niż 1,4 m (potwierdzony w raporcie z badań)”. Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą raportu z badań, jak również innych przedmiotowych środków dowodowych wymienionych w pkt 10.3 swz, tj.

- 1) pełnych raportów z badań wystawionych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską, według procedur określonych w normie PN EN 12566-3:+A2:2013 (wytrzymałość, trwałość, skuteczność oczyszczania, wodoszczelność);
- 2) deklaracji Właściwości Użytkowych;
- 3) dokumentacji Techniczno-Ruchowej, instrukcji montażu i eksploatacji;
- 4) dokumentów wynikających z przepisów normy PN EN 12566-3:+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień;
- 5) schematów proponowanych oczyszczalni potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane.

W ofercie ZUHB Z. Ć. przedłożył dokumenty, tj. m.in. Raport z badań i oceny właściwości wyrobu numer 1017-CPR-14.755.565, Protokół z badań nr 14.755.710-2, Sprawozdania z badań nr GT/189/2022, Protokół z badań i oceny właściwości użytkowych wyrobu numer 02009/22/Z00NZP, Raport klasyfikacyjny numer 01950/22/Z00NZP, Instrukcję Użytkownika oraz deklarację właściwości użytkowych nr 1 zaofiarowanych oczyszczalni Biotech typoszereg RAPIT R. B. .

Wysokość naziomu wskazana w raporcie z badań nie przekracza 1,6 m (160 cm bez względu na warunki gruntowo-wodne – pkt 2.2; 3.1; 4 – tablica 5, pkt 5 – tablica 6). W deklaracji zgodności Wykonawca potwierdził maksymalną dopuszczalną wysokość nasypu (DRY) na 1,6 m.

W Instrukcji Użytkownika, w pkt 5 wskazano, iż montaż urządzenia pod ziemią należy wykonać tak, aby **przykrycie gruntem nie przekraczało 130cm bez względu na warunki gruntowo-wodne**.

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 9 listopada 2022 r. wskazał, iż *sformułowany w treści instrukcji montażu i eksploatacji zapis dotyczący wielkości naziomu stanowi oczywistą omyłkę pisarską, która została też skorygowana w sposób zgodny z zapisami raportu z badań (w załączeniu jej sprostowana treść, która też – dostrzeżona – została wyrugowana z dokumentów, którymi posługuje się producent i Wykonawca)*.

Zamawiający w dniu 15 listopada 2022 r. poinformował o wyborze oferty ZUHB Z. Ć. .

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Podstawa zarzutów w odwołaniu dotyczy braku spełnienia w ofercie wybranej parametru oczyszczalni w zakresie naziomu. Odwołujący kwestionował skuteczność złożonych przedmiotowych środków dowodowych wskazując na rozbieżność w określeniu maksymalnej wysokości nasypu, co miało stać na przeszkodzie dla uznania, iż produkt spełnia parametr wysokości naziomu nie mniejszej niż 1,4 m. Ponadto, Odwołujący formułował zarzut co do samej procedury wyjaśnienia treści dokumentu – Instrukcji Użytkownika, która miała doprowadzić do nieuprawnionego uzupełnienia dokumentu, tj. zastąpienia dokumentu złożonego wraz z ofertą nowym, o zmienionej treści, dostosowanej do informacji zawartych w innych przedmiotowych środkach dowodowych. Ponadto, wskazywał na okoliczności, które miałyby prowadzić do stwierdzenia, iż raport z badań, nie mógł potwierdzać spełnienia parametrów naziomu wymaganych przez Zamawiającego.

Uwzględniając zarzuty i wnioski Odwołującego, należało odnieść się w pierwszej kolejności do kwestii formalnej dotyczącej przedmiotowych środków dowodowych, które wykonawcy byli zobowiązani złożyć w celu wykazania spełnienia parametrów oferowanej oczyszczalni. Odwołujący wskazywał w tym zakresie na konieczność kompleksowej oceny dokumentów i braku możliwości pominięcia informacji, które nie potwierdzały parametru technicznego, ze skutkiem dla oferty w postaci jej odrzucenia. Zamawiający natomiast wskazywał na znaczenie poszczególnych dokumentów w odniesieniu do tych parametrów, które miały być nimi potwierdzone, a nie do wszystkich wymaganych, co miało wskazywać na istnienie hierarchii dokumentów.

Odnosząc się do tego zagadnienia skład orzekający w całości podzielił argumentację Zamawiającego prezentowaną w odpowiedzi na odwołanie, gdzie wskazał, że urządzenie, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie musi przede wszystkim spełniać wymagania zgodności ze zharmonizowaną normą: PN-EN 12566-3+A2:2013. Powyższa norma z kolei potwierdza zgodność przydomowej oczyszczalni ścieków z deklarowanymi właściwościami użytkowymi pod kątem pięciu kryteriów tj. skuteczność oczyszczania ścieków, wodoszczelność, trwałość, odporność na ogień oraz wytrzymałość (tj. wysokość nasypki/naziom). Powyższe właściwości użytkowe urządzenia potwierdzają właśnie raporty z badań przeprowadzane przez notyfikowane laboratoria badawcze. Tym samym Zamawiający, który wprowadził do opisu przedmiotu zamówienia w pkt 5.4 SWZ wymagania co do właściwości użytkowych urządzenia w zakresie jednego z w/w parametrów (wytrzymałości przy naziomie min. 1,4 m), wymagał również na ich potwierdzenie złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci pełnych raportów z badań (pkt 5.4. lit d SWZ). Zamawiający nie oczekiwał zaś od dokumentów, jakimi są „dokumentacja techniczno-ruchowa czy instrukcja montażu i eksploatacji urządzenia” (pkt 10.3 ppkt 3 SWZ), że będą one wykazywały jego właściwości użytkowe takie jak wytrzymałość (min. 1,4 m), które to jako elementy określone w treści przywołanej wyżej normy winny być przedmiotem specjalistycznych badań technicznych wykonywanych przez notyfikowane jednostki badawcze.

Uzupełniając tą argumentację należy podkreślić wyraźnie wskazanie w swz, w opisie przedmiotowych środków dowodowych, iż służyć miały one potwierdzeniu różnych właściwości urządzenia, na co wskazuje chociażby opis z pkt 5.4 lit. d) swz, ale również – w odniesieniu do reakcji na ogień, wskazane w pkt 10.3 ppkt 4 – dokumenty wynikające z przepisów normy PN EN. Można podzielić wniosek Odwołującego, iż dokumenty przedmiotowe miały służyć potwierdzeniu wszystkich parametrów wymaganych, jednak nie każdy dokument w pełnym zakresie był właściwy dla potwierdzenia każdego z parametrów. Zamawiający oczekiwał różnych dokumentów, w celu potwierdzenia szeregu wymagań, które nie wynikają z jednego dokumentu łącznie. Co istotne dla spornego parametru, Zamawiający w sposób jednoznaczny określił, który z dokumentów ma potwierdzać wymagania dotyczące naziomu i był to raport z badań sporządzony w akredytowanym laboratorium.

Powyższe pozbawiało zasadności zarzutów, które Odwołujący opierał na założeniu, iż wszystkie zgromadzone dokumenty, w których znajdowała się wzmianka o wysokości naziomu, miały taką samą wagę w postępowaniu. Brzmienie wskazanych zapisów swz przeczy tej tezie Odwołującego. Należy podkreślić, iż Instrukcja Użytkownika nie ma waloru potwierdzającego lub wykluczającego powyższą właściwość, lecz ma w swojej istocie określać sposób eksploatacji i zasady działania urządzenia. Tym samym również

wyjaśnienia do treści tego dokumentu, które nie prowadziły do zmiany parametru wskazanego w raporcie z badań, nie wpływały na ocenę przedmiotowego środka dowodowego. Samo wyjaśnienie przyczyny, dla której informacje prezentowane przez producenta nie były zgodne z warunkami badania, w żaden sposób nie wpływa na ocenę parametru potwierdzonego wynikiem badań w laboratorium. Procedura, którą przeprowadził Zamawiający nie miała zatem na celu uzupełnienia wadliwego lub brakującego dokumentu potwierdzającego parametr wymagany, ale była wyłącznie podyktowana potrzebą zapewnienia przejrzystości decyzji w postępowaniu i umożliwienia Wykonawcy przedstawienia przyczyn stwierdzonej rozbieżności w jednym z dokumentów, który nie był przesądzający dla oceny wymaganego poziomu naziomu.

Odnosząc się wreszcie do samego raportu z badań Odwołujący podnosił, iż raport miał nie potwierdzać parametru wymaganego, co na rozprawie wyjaśnił wskazując na dane w tabeli nr 5 zestawienia wyników obliczeń i brak dodatkowej kolumny potwierdzającej podaną wysokość nasypki 1,6 m. Według Odwołującego raport miał potwierdzać wyłącznie zgodność z normą, co jest niewystarczające do potwierdzenia parametru wymaganego przez Zamawiającego. W odwołaniu wskazał również na przekroczenie normy maksymalnego naprężenia 18,4 MPa.

Izba nie przychyliła się do wniosków Odwołującego z uwagi na brak wykazania ich słuszności w kontekście prezentowanych w raporcie wyników. W ocenie składu orzekającego, żadna z okoliczności podniesionych przez odwołującego nie pozbawiała znaczenia dokumentu prezentującego wyniki badań laboratoryjnych dla oczyszczalni. Podana wytrzymałość zbiornika na rozciąganie przy zginaniu: 18,4 MPa (pkt 2.3) nie oznacza, iż badanie nie uwzględniało parametru naziomu 1,6 m. Stanowi ona wyłącznie daną materiałową, a Odwołujący nie wykazał w jaki sposób miałyby mieć wpływ na końcową ocenę raportu z badań. Przekroczenie maksymalnego naprężenia zostało opisane w uwadze, jako „lokalne naprężenie o niewielkim zasięgu (mniej niż 1% całkowitej powierzchni zbiornika) przedstawione na rys. 7 i 10, które może wynikać z niedokładności modelu numerycznego”. Odwołujący nie odniósł się do tego opisu, co pozwalałoby poznać ewentualne argumenty i je ocenić w świetle potwierdzenia spełniania wymagania nośności. Odnosząc się natomiast do rzekomego braku dodatkowej kolumny w tabeli nr 5, jako przeszkody dla uznania potwierdzenia spełniania wymagań nośności przy nasypce 1,6 m, wniosek ten należało ocenić jako nieuzasadniony. W ocenie składu orzekającego takim potwierdzeniem jest opis zawarty w pkt 5 *Ocena właściwości użytkowych wyrobu*, w której znajduje się pod tabelą nr 6 (dla warunków suchych i mokrych i wysokości nasypki 1,6 m): „Analizowany model zbiornika pionowego Rapit v3 spełnia wymagania nośności zgodnie z przedmiotową normą”. Powyższe oznacza zatem, iż zbiornik przebadany został w

warunkach opisanych, w tym przy wysokości nasypki 1,6 m, co potwierdza zgodność przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego.

Powyższe prowadziło do oddalenia wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 10.000,00 zł. oraz koszty Zamawiającego poniesione w wysokości 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: