

WYROK
z dnia 2 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 października 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2013 r. przez wykonawcę **Krzysztofa M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO Krzysztof M., Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Rajgród, ul. Warszawska 32, 19-206 Rajgród**,

przy udziale wykonawcy **Aquatech Sp. z o.o., ul. Poznańska 148A, 18-400 Łomża**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Krzysztofa M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO Krzysztof M., Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Krzysztofa M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO Krzysztof M., Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rajgród ul. Warszawska 32, 19-206 Rajgród, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków w gminie Rajgród” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Zamawiający dnia 13 września 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 17 września 2013 roku wykonawca Krzysztof M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „EMKAN-PRO”, Pstrągi, Gniewoty 6; 18-300 Zambrów (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu

1. Błędne ustalenie stanu faktycznego.
2. Błędna ocenę dokumentów załączonych do oferty (raportu z badań typoszeregu oczyszczalni MBOŚ wraz z aneksem), która stanowiła podstawę podjęcia zaskarżenia decyzji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenie decyzji w zakresie odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) uznanie, iż oferta spełnia wymagania formalne i materialno-prawne do zakwalifikowania do przedmiotowego postępowania przetargowego,
- 3) merytorycznego rozpatrzenia oferty odwołującego, przy założeniu, że nie występują zarzucone przez zamawiającego przyczyny formalne.

Zamawiający dnia 17 września 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Dnia 19 września 2013 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Aquatech sp. z o.o., ul. Poznańska 148 A; 18-400 Łomża.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w informacji o wynikach prowadzonego postępowania stwierdził, iż podstawą odrzucenia oferty odwołującego jest niezgodność jej treści z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uzasadnił, że odwołujący, zobowiązany do uzupełnienia dokumentów, w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp, w zakresie zaoferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków, nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie, tj. do godz. 10:00, dnia 10.09.2013 r. Ponadto w dokumentach, które zostały uzupełnione, zdaniem zamawiającego brak jest dokumentu źródłowego, w postaci raportu z badań wytrzymałości konstrukcyjnej wykonanych przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem C normy PN-EN 12566-3 + A1:2009 dla warunków suchych oraz raportu z badań wytrzymałości konstrukcyjnej wykonanych przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem C normy PN-EN 12566-3 + A1:2009 dla warunków mokrych.

Zdaniem zamawiającego, badanie wytrzymałości konstrukcyjnej, zostało wykonane przez osobę prywatną, a więc niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zdaniem odwołującego, jak wynika z dokumentacji przetargowej, zamawiający wymagał, aby badania oczyszczalni, zostały wykonane zgodnie z normą PN-EN 12566-3 +A1:2009.

Załącznik C ww. normy stanowi, że w celu określenia wytrzymałości konstrukcji oczyszczalni należy zastosować jedną metodę lub więcej metod opisanych w załączniku C i wymienionych w Tablicy C.1 metody określania wytrzymałości konstrukcji. Dla zbiorników wykonanych z PE, określono trzy metody badań, opisane w punktach C.3, lub C. 4.4 lub C.6, dla warunków suchych i dwie metody badań opisane w punktach C. 4.4 lub C.6, dla warunków wilgotnych. Punkt C.4.4, normy PN EN 12566-3+A1:2009, określa własności mechaniczne dla zbiorników oczyszczalni wykonanych z PE, wykorzystywane do obliczeń.

Załącznik ZA, do normy PN EN 12566-3+A1:2009, określa warunki dotyczące znakowania CE małych oczyszczalni ścieków przeznaczonych do stosowania, podane w Tabelcy ZA.1 i ma taki sam zakres jak Rozdział 1 niniejszej normy. W Tabelcy ZA.1, w zakresie wytrzymałości konstrukcyjnej oczyszczalni, warunkiem znakowania CE, jest przeprowadzenie badań zgodnie z rozdziałem 6.2. normy PN EN 12566-3+A1:2009, zgodnie z załącznikiem C tej normy, w zależności od zastosowanego materiału oraz przedstawienie przez jednostkę notyfikowaną pozytywnych wyników z przeprowadzonych badań. Z tabelcy ZA.3, załącznika ZA, normy PN EN 12566- 3+A1:2009, jasno wynika, że wstępne badanie typu wykonane przez laboratorium notyfikowane, w odniesieniu do wytrzymałości konstrukcji powinno zostać wykonane jako „badanie wytrzymałości konstrukcji lub sprawdzenie obliczeń producenta oraz zgodności wyrobu z obliczeniami”.

W ocenie odwołującego, kluczowe znaczenie w przypadku niczym nieuzasadnionego podważania przez zamawiającego wyniku raportu z badań typu oczyszczalni M-BOŚ ma słowo lub. Badanie wytrzymałości konstrukcji oczyszczalni, dla warunków suchych oraz wilgotnych, w przypadku zaproponowanych oczyszczalni M-BOŚ wykonane zostało przez laboratorium notyfikowane nr 1023 (ITC w Zlinie), poprzez sprawdzenie obliczeń producenta (inż. dypl. Dermot O Brien) oraz zgodności wyrobu z przedstawionymi obliczeniami. Sposób ten jest zgodny z normą PN-EN 12566-3 + A1:2009 , czyli wymaganiami określonymi przez zamawiającego w tym postępowaniu. Zamawiający, mylnie zinterpretował zapisy w raporcie z badań nr 753500481/2011, uznając, że obliczenia wykonane przez producenta (inż. dypl. Dermot O Brien), zastępują badania, które wykonuje laboratorium notyfikowane. Jednostka notyfikowana nr 1023, ITC w Zlinie wykonało badania wytrzymałości strukturalnej oczyszczalni M-BOŚ, sprawdzając obliczenia producenta oraz potwierdziło zgodność wyrobu z normą PN EN 12566- 3+A1:2009, zarówno dla warunków suchych jak wilgotnych (aneks nr 1 do raportu 753500481/2011).

W terminie, tj. do godz. 10.00. dnia 10.09.2013 r., wyznaczonym przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, odwołujący wskazał, że złożył oryginał pełnomocnictwa oraz aneks nr 1 do raportu z badań nr 753500481/2011, odnoszący się do wodoszczelności oraz wytrzymałości konstrukcji, tak więc twierdzenie zamawiającego, o nie złożeniu uzupełnienia dokumentów przez odwołującego, jest bezpodstawne.

Jako bezsporną między stronami uznać należało okoliczność, iż odwołujący w terminie wskazanym przez zamawiającego uzupełnił dokumenty, tj. do dnia 10 września 2013 roku do godziny 10.00., co na rozprawie potwierdził zamawiający wskazując jednakże, że w informacji powyższej chodziło mu o stwierdzenie, że w wyznaczonym terminie odwołujący nie przedłożył dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia odpowiadają

wymaganiom określonym przez zamawiającego w sensie merytorycznym, a nie technicznym.

Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2013 roku, udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, oraz zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zakresie rozpoznawanego odwołania, decydujące znaczenie mają odpowiedzi na pytanie 19 i 20 oraz modyfikacja s.i.w.z. w zakresie dodania pkt 6.8., cyt. *„Pytanie 19: Badanie efektywności zgodnie z normą PN EN 12566-3+A1:2009 musi być wykonane przez laboratorium notyfikowane. Czy Zamawiający dopuszcza przedstawienie raportu efektywności, wykonanego w momencie badania oczyszczalni przez laboratorium akredytowane, które to laboratorium akredytowane już po dokonaniu badania efektywności zostało notyfikowanym? Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza wyników badań przez laboratorium akredytowane. Pytanie 20: Badania określone normą PN EN 12566-3+A 1:2009 muszą być (zgodnie z normą) wykonane przez laboratorium notyfikowane. Czy zamawiający dopuszcza wykonanie badań określonych normą (wodoszczelności, wytrzymałości konstrukcyjnej dla warunków suchych i dla warunków mokrych oraz efektywności oczyszczania) przez osobę prywatną lub laboratorium akredytowane, a jedynie potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane? Odpowiedź: Zamawiający nie dopuszcza wykonania wyników badań przez osobę prywatną lub laboratorium akredytowane (potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane).”*

Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający poinformował wykonawców, że została zmieniona treść s.i.w.z., poprzez dodanie pkt 6.8. w treści *„W celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda dołączenia do oferty raportu badań typu wykonanych przez Notyfikowane Laboratorium, potwierdzających zgodności z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, obejmujących całą oczyszczalnię.”*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba wskazuje bowiem na formalizm postępowania, jaki obowiązuje w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Formalizm, który nakłada na strony obowiązek respektowania dokumentów sporządzonych przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający w toku procedury od ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia do dnia składania ofert, zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak też udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców. Wskazać należy, że treść udzielonych odpowiedzi w równym stopniu wiąże wykonawców, jak treść modyfikowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym każdy wykonawca zobowiązany jest, przy sporządzaniu swojej oferty, wziąć pod uwagę odpowiedzi na pytania wykonawców

jakich udzielił zamawiający. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odpowiadając na pytania Nr 19 i 20 wskazał, jakiego typu dokumenty będzie honorował w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Odpowiedzi powyższe, w ocenie Izby doprecyzowywały modyfikację s.i.w.z. dotyczącą wprowadzenia nowego punktu do s.i.w.z., a mianowicie punktu 6.8. W powyższym zakresie treść s.i.w.z. nie budziła zastrzeżeń żadnego z wykonawców, w tym odwołującego.

W ocenie Izby odwołujący, na etapie po ogłoszeniu wyników przetargu niezasadnie podnosi zarzuty do czynności zamawiającego, które *de facto* odnoszą się do treści s.i.w.z. Zarzuty odwołującego dotyczą bowiem sposobu interpretacji punktu 6.8 s.i.w.z., co na obecnym etapie postępowania jest niedopuszczalne. Wskazać bowiem należy, że postanowienia s.i.w.z., które prawomocnie się ostały i wiązały wszystkich potencjalnych wykonawców w postępowaniu, nie mogą być następnie, na etapie oceny ofert zmieniane czy dointerpretowywane. Okoliczność taka jest niedopuszczalna z uwagi na brzmienie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - podstawowej zasady – dotyczącej uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem zaistniała być może sytuacja, w której inni (nie biorący udział w przedmiotowym postępowaniu) wykonawcy, biorąc pod uwagę treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z jej modyfikacjami i wyjaśnieniami nie złożyli swoich ofert, wiedząc jakie są wymagania zamawiającego donośnie oferowanych urządzeń, tj. czy odpowiadają one wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Tym samym biorąc pod uwagę fakt, iż przedmiotowa treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie została, przez żadnego z wykonawców zaskarżona, zarzuty odwołującego uznać należało za spóźnione, a tym samym za niezasadne.

Nadto Izba wskazuje, że uwzględnienie przedmiotowego odwołania wiązałoby się bowiem z wprowadzeniem zmian, co do rozumienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to zmiany preferowałyby jednego z wykonawców, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, tj. odwołującego, czego w ocenie Izby nie sposób zaakceptować.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: