

Sygn. akt: KIO 1072/18

**WYROK**  
**z dnia 12 czerwca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:           Jan Kuzawiński**

**Protokolant:                 Artur Szmigiel**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez wykonawcę **Zakłady Pomiarowo – Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o., ul. Generała J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie, ul. Sulańska 13, 62-510 Konin**

przy udziale wykonawcy **SWECO Consulting Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.) polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez SWECO Consulting Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz zawiera rażąco niską cenę i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty SWECO Consulting Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Zakłady Pomiarowo – Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o., ul. Generała J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) od Zamawiającego - Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie, ul. Sulańska 13, 62-510 Konin, na rzecz Odwołującego - Zakłady Pomiarowo – Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o., ul. Generała J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579 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 Koninie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający - Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przeprowadzenie badań odpadów dostarczonych do Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.03.2018 r. pod numerem 529624-N-2018, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dnia 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 22.05.2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania. Od tej czynności w dniu 28.05.2018 r. wykonawca Zakłady Pomiarowo – Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o., ul. Generała J. Sowińskiego 3, 44-100 Gliwice (dalej jako Odwołujący) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując, jako podstawę odwołania, czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SWECO Consulting Sp. z o.o., ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy SWECO Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, mimo, iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada SIWZ tj. zaoferował on przedmiot usługi, które nie odpowiadają opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców naruszył przepisy Pzp i nie odrzucił oferty SWECO, będąc do tego zobligowany przepisami;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SWECO, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty SWECO,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wymagał, aby badania odpadów: „wykonać zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Ochrony Środowiska z dnia 08.06.2016 r., w sprawie warunków technicznych kwalifikowania części energii odzyskanej z termicznego przekształcania odpadów (Dz. U. 2016 poz. 847) oraz zgodnie z normami wyszczególnionymi w załączniku nr 1 do ww. Rozporządzenia, w szczególności:

- PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne - Oznaczania wartości opałowej;  
-PN-EN 15440:2011 Stałe paliwa wtórne - Metody oznaczania zawartości biomasy” (pkt 4.2.1.3 SIWZ). Ponadto, zgodnie z pkt 4.2.4 SIWZ – „Badania objęte przedmiotem zamówienia muszą być prowadzone przez laboratoria posiadające akredytację laboratorium badawczego wystawione przez Polskie Centrum Akredytacji lub certyfikaty innego, równoważnego ośrodka akredytacji, potwierdzające spełnienie normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005 + Ap1:2007 uprawniające do prowadzenia badań odpadów zgodnie z przywołanymi wcześniej normami akredytowane laboratorium zgodnie z Ustawą z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz.U. z 2017 r. poz. 1226 oraz z 2018 r. poz. 650)”.

Odwołujący podnosi, że zakres akredytacji podwykonawcy INNEKO Sp. z o.o. (nr AB 769, wydanie nr 12 z dnia 22.08.2017 r.), któremu, SWECO miał powierzyć wykonanie ww. badań, nie obejmuje wykonania badań tj. oznaczenia frakcji biodegradowalnej w odpadzie o kodzie 191212 zgodnie z wymaganą przez Zamawiającego oraz przepisy prawa normą PN-EN 15440:2011. Zdaniem Odwołującego wskazane przez SWECO w ofercie laboratorium uprawnione jest do wykonywania badań zgodnie z normą 15440:2011 jedynie dla stałych paliw wtórnych. Podkreśla, że wymaganie Zamawiającego dotyczące prowadzenia badań zgodnych z normą 15440:2011 dotyczy odpadów o kodzie 191212 (na podstawie Katalogu odpadów - Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2014 r. - Dz.U.2014 poz. 1923). Zgodnie z przywołanym wyżej Rozporządzeniem z dnia 29.12.2014 r. odpad o kodzie 191212 to: Inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione pod kodem 191211 (tj. nie niebezpieczne). Natomiast stałe paliwo wtórne to: odpady palne, rozdrobnione, o jednorodnym stopniu wymieszania, powstałe w wyniku zmieszania odpadów innych niż niebezpieczne, z udziałem lub bez udziału paliwa

stałego, ciekłego lub biomasy, które w wyniku przekształcenia termicznego nie powodują przekroczenia poziomów emisji określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie standardów emisyjnych z instalacji odnoszących się do procesu współspalania odpadów. Podnosi, że stałe paliwa wtórne nie są odpadem o kodzie 191212, a tym samym laboratorium firmy INNEKO nie może wydać akredytowanych wyników badań dla tego odpadu zgodnie z wymaganiami postawionymi w SIWZ. Odwołujący podnosi, że w oparciu o wymagania zawarte w dokumencie Polskiego Centrum Akredytacji pn. „Akredytacja Laboratoriów Badawczych wykonujących pobieranie próbek i badania odpadów - DAB-11” Laboratorium badawcze w sprawozdaniach z badań odpadów powinno przedstawiać (oprócz informacji i wyników badań zgodnie z p. 5.10 normy PN- EN ISO/IEC 17025):

- jednoznaczłą identyfikację rodzaju odpadów wraz z kodem (nie dotyczy badań interwencyjnych odpadów) (pkt 4.9 Przedstawienie wyników - DAB -11).

Informuje, że laboratorium wraz z wnioskiem o akredytację lub rozszerzenie zakresu akredytacji powinno przekazać w formularzu FAB-01 szczegółowe dane dotyczące 6-cyfrowych kodów lub grupy walidacyjne odpadów (pkt 6.1 Wniosek - DAB -11). Z tego wywodzi, że brak kodów w zakresie akredytacji AB 769 potwierdza brak akredytacji Laboratorium INNEKO dla oznaczenia zawartości frakcji biodegradowalnej wg PN-EN 15440:2011 dla odpadu o kodzie 191212. Podnosi, że analiza posiadanych akredytacji przez wskazanego podwykonawcę firmę INNEKO Sp. z o.o. pozwala potwierdzić, że treść oferty SWECO nie odpowiada SIWZ, bowiem podwykonawca nie może wydać akredytowanych wyników badań spełniających wymagania SIWZ.

Odnośnie zarzutu dotyczącego zaoferowania przez SWECO oferty zawierającej rażąco niską cenę wskazuje, że Zamawiający wykazał się niekonsekwencją oceniając oferty przedłożone w postępowaniu. Zamawiający odrzucił, z powodu rażąco niskiej ceny, ofertę wykonawcy J.S. Hamilton Poland Spółka Akcyjna opiewającą na kwotę 175 348,00 zł natomiast zaniechał tej czynności, w stosunku do wykonawcy SWECO, który to wykonawca zaoferował cenę 182 704,20 zł. Podnosi, że wyjaśnienia SWECO dotyczące rażąco niskiej ceny opierają się jedynie na argumentacji, że cena zaproponowana przez SWECO nie była ceną najniższą oraz, że cena oferty Odwołującego także odbiegała istotnie od budżetu Zamawiającego. Podkreśla, że cena zaproponowana przez SWECO była zaledwie o ok. 4% wyższa od ceny oferty odrzuconej z powodu rażąco niskiej ceny. Dodatkowo cena zaoferowana przez SWECO była ponad dwa razy niższa niż cena oferowana przez Odwołującego (367 278,00 zł). Zdaniem Odwołującego wykonanie przedmiotowego zamówienia, w cenie wskazanej przez SWECO, nie jest możliwe przy zachowaniu wymogów wskazanych w SIWZ dotyczących sposobu wykonania badań. Odwołujący wskazuje, że

zaoferowanie tak niskiej ceny może być konsekwencją tego, że SWECO zamierza skorzystać przy wykonywaniu badań z laboratorium nie posiadającego odpowiednich certyfikatów wymaganych w SIWZ. W ocenie Odwołującego cena oferty SWECO nie została skalkulowana w sposób gwarantujący należyte wykonanie przedmiotowych prac.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 11.06.2018 r. Odwołujący podtrzymał stanowisko.

Zamawiający w dniu 11.06.2018 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc, iż jest ono w całości bezzasadne. W toku rozprawy podtrzymał stanowisko.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca SWECO. W piśmie z dnia 8.06.2018 r. wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego oraz odrzucenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie oraz pismem uczestnika, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Przystępujący SWECO w żaden sposób nie uzasadnił wniosku o odrzucenie odwołania, poprzestał jedynie na jego sformułowaniu, bez wskazania podstawy prawnej i faktycznej.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt 4.2 SIWZ przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie badań odpadów dostarczanych do Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie warunków technicznych kwalifikowania części energii odzyskanej z termicznego przekształcania odpadów (Dz.U.2016 poz. 847).

W pkt 4.2.1 SIWZ Zamawiający zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

*„1. Odpady dostarczane do Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. — Zakład Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów w Koninie będą podlegały badaniom w następującym zakresie:*

*a) dla odpadu o kodzie 200301: oznaczanie wartości opałowej planowana 1 próba na dobę (w dzień roboczy), tj. w okresie 7 miesięcy kalendarzowych, maksymalnie 146 prób.*

*b) dla odpadu o kodzie 191212:*

*- oznaczanie wartości opałowej - planowana 1 próba na dobę (w dzień roboczy), tj. w okresie 7 miesięcy kalendarzowych, maksymalnie 146 prób,*

*- oznaczanie zawartości frakcji biodegradowalnej i wartości opałowej tej frakcji planowana 1 próba na każdą partię, nie większą niż 500 Mg, nie rzadziej jednak niż 3 razy w tygodniu, tj. w okresie 7 miesięcy kalendarzowych maksymalnie 84 prób.*

*(...)*

*3. Powyższe badania należy wykonać zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 08.06.2016r., w sprawie warunków technicznych kwalifikowania części energii odzyskanej z termicznego przekształcania odpadów (Dz.U.2016 poz. 847) oraz zgodnie z normami wyszczególnionymi w załączniku nr 1 do ww. rozporządzenia, w szczególności:*

*- PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne — Oznaczenia wartości opałowej,*

*- PN-EN 15440:2011 Stałe paliwa wtórne — Metody oznaczania zawartości biomasy.*

*4. Badania objęte przedmiotem zamówienia muszą być prowadzone przez laboratoria posiadające akredytację laboratorium badawczego wystawioną przez Polskie Centrum Akredytacji lub certyfikatu innego, równoważnego ośrodka akredytacji, potwierdzające spełnienie normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005 + Ap1:2007 uprawniające do prowadzenia badań odpadów zgodnie z przywołanymi wcześniej normami”.*

Zgodnie z pkt 9.3 SIWZ Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnego na dzień złożenia dokumentu potwierdzającego, że oferowana usługa odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego, tj. zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę norm zapewnienia

jakości: - akredytacji laboratorium badawczego wystawionej przez Polskie Centrum Akredytacji lub certyfikatu innego, równoważnego ośrodka akredytacji, potwierdzające spełnienie normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005 + Ap1:2007.

Wykonawca SWECO Consulting Sp. z o.o., w treści oferty wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie przedmiotu zamówienia podwykonawcy, firmie INNEKO Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim przy ul. Teatralnej 49, Laboratorium w Stanowicach 29, 66- 450 Bogdaniec (dalej jako Inneko).

Dla potwierdzenia zdolności wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca Sweco przedłożył Certyfikat Akredytacji Laboratorium Badawczego nr AB 769. Certyfikat został wydany przez Polskie Centrum Akredytacji dla Inneko w dniu 20.09.2006, z terminem obowiązywania do 19.09.2018 r. (zakres akredytacji nr AB 769 wydanie 12 z dnia 22.08.2017).

Zgodnie z ww. zakresem akredytacji, Inneko posiada akredytację w zakresie badania odpadów o oznaczeniach m.in. 1912 i 2003 – badana cecha/metoda – ciepło spalania, metoda kalorymetryczna – zgodnie z normą PN-EN 15400:2011. Dla badanej cechy – zawartość biomasy - akredytacja dotyczy jedynie przedmiotu „Stałe paliwa wtórne”, zgodnie z normą PN-EN 15440:2011. Rzeczony zakres akredytacji nie wskazuje na inny przedmiot badania do którego Inneko posiadałoby akredytację zgodności z normą PN-EN 15440:2011.

### **Izba zważyła, co następuje.**

#### **Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.**

Zarzut nr 1 odwołania – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący uzasadnia zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Sweco, pomimo iż zaoferował on przedmiot usługi, który nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia. Odwołujący wskazuje, że laboratorium podwykonawcy Inneko Sp. z o.o., który zgodnie z oświadczeniem Sweco miał wykonywać badania, nie posiadał akredytacji w wymaganym zakresie – tj. oznaczania frakcji biodegradowalnej dla odpadów o kodzie 191212 zgodnie z normą PN-EN 15440:2011. Wskazuje, że w tym zakresie laboratorium Inneko uprawnione jest do wykonywania badań jedynie dla stałych paliw wtórnych.

Izba zarzut uznała za potwierdzony.

Zgodnie z SIWZ, przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie badań odpadów, w tym w szczególności badaniom będzie podlegał odpad o kodzie 191212 w zakresie oznaczania



wartości opałowej i oznaczenia zawartości frakcji biodegradowalnej i wartości opałowej tej frakcji (pkt 4.2.1.1 SIWZ). Badania te należy wykonać zgodnie z ww. Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 8.06.2016 r. i zgodnie z normami wyszczególnionymi załączniku do tego Rozporządzenia, w szczególności z normą PN-EN 15400:2011 i PN-EN 15440:2011 (pkt 4.2.1.2 SIWZ). Badania objęte przedmiotem zamówienia muszą być przeprowadzone przez laboratoria posiadające akredytację wystawioną przez Polskie Centrum Akredytacji (PCA), potwierdzającą spełnienie normy PN-EN ISO/IEC 10725:2005 + Ap1:2007, uprawniającą do prowadzenia badań odpadów zgodnie z ww. normami.

Wykonawca Sweco w treści oferty wskazał, że badania odpadów wykonywać będzie laboratorium Inneko. Laboratorium to, zgodnie ze złożonym przez SWECO zakresem akredytacji PCA posiada akredytację na badanie odpadów o kodzie 1912 w zakresie badania ciepła spalania metodą kalorymetryczną zgodnie z normą PN-EN 15400:2011. W odniesieniu do badania zawartości frakcji biodegradowalnej zgodnie z normą PN-EN 15440:2011, akredytacja dotyczy badania stałych paliw wtórnych.

Jak wynika z powyższego, wykonawca Sweco oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia przez laboratorium nieposiadającego akredytacji PCA w zakresie badania odpadu o kodzie 191212 co do cechy „zawartość frakcji biodegradowalnej” zgodnie z normą PN-EN 15440:2011. Oferowany sposób wykonania zamówienia jest zatem niezgodny z SIWZ.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy. Zamawiający w oparciu o ww. Rozporządzenie Ministra Środowiska wskazał, że wymaganie dotyczące przeprowadzenia badania odpadu 191212 zgodnie z normą PN-EN 15440-2011 dotyczyło odpadu traktowanego jako paliwo, nie jako odpad. Zamawiający wywodził to z definicji paliwa zawartej w § 3 Rozporządzenia, zgodnie z którą paliwo to m.in. odpady. Zamawiający wskazał, że mając na uwadze powyższe, po analizie akredytacji Inneko doszedł do przekonania, że oferta Sweco jest zgodna z SIWZ.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że rzeczony Rozporządzenie Ministra Środowiska nie zawiera definicji „stałych paliw wtórnych”, a jedynie „paliw”. Nieuprawnionym i błędnym jest traktowanie tych pojęć jako równoważnych, mających taki sam zakres znaczeniowy. Nie budzi wątpliwości, że pojęcie „stałych paliw wtórnych” jest pojęciem, które może mieć co najmniej węższy zakres znaczeniowy – zatem nie każde paliwo będzie paliwem stałym wtórnym, bądź też zupełnie inny zakres znaczeniowy - pojęcia te odnosić się będą do całkowicie innych desygnatów. Zamawiający w żaden sposób nie wskazał podstaw, na jakich możnaby przyjąć, że pojęcie „stałych paliw wtórnych” do których wprost odnosi się przedłożona akredytacja PCA dla laboratorium Inneko oznacza to samo co „paliwa” w rozumieniu ww. Rozporządzenia. Kwestia definicji jest tym bardziej istotna, że rzeczona akredytacja posługuje się zarówno

kodami odpadów jak i pojęciem stałych paliw wtórnych, w tym również w odniesieniu do akredytacji tych samych badań – np. w odniesieniu do badania zawartości węgla ogólnego organicznego zgodnie z normą PN-EN 13137:2004. Co więcej, zgodnie z zakresem akredytacji, laboratorium Inneko posiada akredytację na badanie odpadów o kodzie 1912 w zakresie ciepła spalania zgodnie z normą 15400:2011, a zatem zgodnie z SIWZ. W ocenie Izby brak jest podstaw dla przyjęcia, jak chce Zamawiający, że dla spełnienia warunków SIWZ wystarczającym jest wykazanie się akredytacją dla badania zawartości frakcji biodegradowalnej w stałych paliwach wtórnych zgodnie z normą PN-EN 15440:2011. Nie ma podstaw dla uznania, że akredytacja dla stałego paliwa wtórnego odnosi się również do odpadu o kodzie 191212. Zapisy SIWZ wprost wskazywały, że przedmiotem zamówienia jest badanie odpadów. Zapis 4.2.1.4 zawierał sprecyzowany wymóg, by badania prowadzone były przez laboratoria posiadające akredytację wystawioną przez Polskie Centrum Akredytacji uprawniające do badań odpadów zgodnie z powołanymi normami. Odnosząc się do ww. Rozporządzenia, powoływanego przez Zamawiającego wskazać należy, że również ono odnosi się do badań odpadów, choć – zgodnie z definicją, traktuje odpady jako paliwa. I tak na przykład w § 4 pkt 1 Rozporządzenie zawiera wymóg prowadzenia badań właściwości fizykochemicznych poszczególnych paliw – w szczególności oznaczania wartości opałowej oraz zawartości frakcji biodegradowalnych w odpadach zgodnie z referencyjnymi metodami określonymi w załączniku nr 1 do rozporządzenia. Załącznik ten określa, że badania odpadów wykonuje się zgodnie z metodami referencyjnymi wskazanymi w tabeli. Z powyższego wynika, że rozporządzenie odnosi się do badań odpadów, nie zaś badań stałych paliw wtórnych. Dalej, powołany już § 4 wskazuje, że badania prowadzone powinny być zgodnie z normami określającymi wymagania dotyczące kompetencji laboratoriów badawczych lub wzorcujących, zgodnie z którymi badania te będą wykonywane w laboratoriach wykazujących się kompetencją techniczną i biegłością w zakresie procedur rozliczeń i badań. Potwierdza to, że zgodnie z ww. rozporządzeniem, badania muszą być prowadzone zgodnie z normami określającymi kompetencje laboratoriów. Należy podkreślić, że odnosi się to do badań odpadów. Zatem laboratorium nie posiadające wymaganej akredytacji dla badania odpadów nie może powołać się na akredytację dotyczącą innego przedmiotu badań – w tym przypadku – stałych paliw wtórnych.

Reasumując, nie można uznać, że wymaganie posiadania akredytacji dot. badania odpadów o kodzie 191212 zgodnie z normą PN-EN 15440:2011 jest spełnione w przypadku posiadania akredytacji dla badania stałych paliw wtórnych.

Zamawiający argumentował także, że wymóg prowadzenia badań przez akredytowane laboratoria spełniony jest wobec brzmienia art. 19 ust. 2 ustawy o systemie oceny zgodności

(Dz.U. z 2017 r., poz. 1226), gdyż wykonawca SWECO przedłożył zaświadczenia o przeszkoleniu personelu, certyfikaty oraz wykazał, że posiada doświadczenie. Zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy o systemie oceny zgodności *„Jednostki certyfikujące, jednostki kontrolujące oraz laboratoria, o których mowa w ust. 1, powinny spełniać następujące kryteria:*

- 1) posiadać personel o odpowiedniej wiedzy technicznej w zakresie wyrobów i danej procedury oceny zgodności;*
- 2) być niezależne i bezstronne w stosunku do podmiotów bezpośrednio lub pośrednio związanych z procesem produkcji wyrobu;*
- 3) dysponować odpowiednim sprzętem”.*

Należy dodać, że art. 19 ust. 1 ww. ustawy określa, że *„Jednostki certyfikujące, jednostki kontrolujące oraz laboratoria w celu uzyskania notyfikacji mogą ubiegać się o autoryzację w zakresie nieprzekraczającym zakresu posiadanej akredytacji, z zastrzeżeniem ust. 6”.* Ponadto, przepis ten znajduje się w rozdziale „Autoryzacja i notyfikacja”. Zarówno literalne brzmienie art. 19 ust. 1 ustawy, jak i jego umiejscowienie wprost wskazują, że art. 19 ust. 2 nie określa warunków posiadania akredytacji, a uzyskania notyfikacji. Pojęcie akredytacji określa art. 5 pkt 11 ustawy, który stanowi, że jako akredytację należy rozumieć akredytację, o której mowa w art. 2 pkt 10 rozporządzenia (WE) nr 765/2008. Zgodnie z art. 2 pkt 10 rozporządzenia (WE) nr 765/2008 akredytacja oznacza poświadczenie przez krajową jednostkę akredytującą, że jednostka oceniająca zgodność spełnia wymagania określone w normach zharmonizowanych oraz – w stosownych przypadkach – wszelkie dodatkowe wymagania, w tym wymagania określone w odpowiednich systemach sektorowych konieczne do realizacji określonych czynności związanych z oceną zgodności.

Mając powyższe na uwadze, za bezpodstawne i pozostające bez wpływu na ocenę zasadności zarzutów należy uznać twierdzenia Zamawiającego dotyczące możliwości uznania, że wymóg posiadania akredytacji przez laboratorium jest spełniony w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 19 ust. 2 ustawy o systemie oceny zgodności.

Za bezzasadną Izba uznała również argumentację Przystępującego SWECO, przedstawioną w piśmie z dnia 8.06.2018 r. i w toku rozprawy. Przystępujący podnosił, że zakres akredytacji laboratorium Inneko przedłożony został w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z pkt 9.3 SIWZ, nie dotyczył on zgodności z SIWZ i nie stanowił o treści oferty. Przystępujący podnosił, iż jest to dokument podmiotowy, nie dotyczył treści oferty i był składany aktualny na dzień złożenia, wobec czego nie odnosił się do sposobu realizacji zamówienia.

W ocenie Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem przystępującego SWECO. Okoliczność, iż zakres akredytacji laboratorium Inneko przedłożony został dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który nie odnosił się do normy PN-EN 15440-2011, pozostaje bez wpływu na ocenę zgodności oferty z SIWZ. Jak Przystępujący wskazał, Odwołujący nie kwestionował spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jedynie zgodność oferty z SIWZ, wobec treści zakresu akredytacji Inneko. Irrelevantnymi pozostają okoliczności w jakich rzeczony zakres akredytacji pojawił się w postępowaniu, istotną jest jego treść. Należy wskazać, że Odwołujący mógłby również sam wejść w posiadanie przedmiotowej akredytacji (np. pobierając ze strony internetowej Polskiego Centrum Akredytacji) i przedłożyć jako dowód w sprawie. Istotą sprawy jest okoliczność, że laboratorium Inneko nie posiada akredytacji dla badania zawartości frakcji biodegradowalnej zgodnie z normą PN-EN 15440:2011 w odpadzie o kodzie 191212. Jak wskazano powyżej, badania takie, wykonywane przez laboratorium posiadające odpowiednią akredytację, stanowią przedmiot zamówienia. W treści oferty SWECO wskazało, że badania te będzie wykonywał wykonawca Inneko – który, zgodnie z zakresem akredytacji, nie jest zdolny do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. Sposób wykonania zamówienia określony w ofercie - wykonanie badań przez nieakredytowane w niezbędnym zakresie laboratorium Inneko – jest niezgodny z jednoznacznymi wymogami SIWZ. Przystępujący SWECO nie wykazał, iż Inneko posiada rzeczoną akredytację, bądź może ją uzyskać do czasu realizacji zamówienia. Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, nie ma podstaw dla stwierdzenia, że jego oferta nie jest niezgodna z SIWZ.

Reasumując, Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wobec naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wybór wykonawcy którego oferta była niezgodna z SIWZ.

Zarzut nr 2 odwołania dotyczył zaniechania odrzucenia oferty SWECO pomimo, iż zawierała ona rażąco niską cenę. Odwołujący podnosi, że SWECO w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wykazało, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazuje, że SWECO nie przedstawiło odpowiedniej argumentacji oraz dokonało kalkulacji ceny w oparciu o ofertę laboratorium, które nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ.

Omawiany zarzut Izba uznała za zasadny. Nie budzi wątpliwości, że główny przedmiot zamówienia Przystępujący SWECO zamierzał powierzyć wykonawcy Inneko Sp. z o.o. Wprost wynika to z pkt 11 formularza oferty SWECO, gdzie wykonawca oświadczył, że przewiduje powierzenie podwykonawcom wykonania części zamówienia, w tym wykonawcy Inneko Sp. z o.o. – prowadzenie badań właściwości fizycznych i chemicznych odpadów. Oświadczenie to koresponduje również ze złożoną akredytacją dla laboratorium Inneko w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dotyczące zapisu 9.3 SIWZ. Zatem fundamentalnym elementem ceny oferty musi być wynagrodzenie dla Inneko. Zgodnie z zawartym w ofercie formularzem cenowym, badanie zawartości frakcji biodegradowalnej w odpadzie o kodzie 191212 wycenione zostało na 36 120 zł netto, co stanowi prawie 25% całkowitej ceny netto oferty. Cena oferty SWECO – zgodnie z treścią wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – była o ponad 65% niższa od wartości zamówienia. Jak Izba stwierdziła w odniesieniu do zarzutu 1, oferta SWECO w zakresie badania zawartości frakcji biodegradowalnej w odpadzie 191212 zgodnie z normą PN-EN 15440:2011 jest niezgodna z SIWZ wobec powierzenia wykonywania badań laboratorium nieposiadającemu wymaganej akredytacji. Wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę SWECO nie pozwalają na uznanie, że oświadczenie dotyczące powierzenia wykonania badań Inneko Sp. z o.o. straciło na aktualności. W tych okolicznościach należy uznać, że cena zaoferowana przez SWECO nie gwarantuje możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Wyjaśnienia odnoszące się do ceny, której jednym z głównych elementów jest wynagrodzenie podwykonawcy nie będącego w stanie wykonać zamówienia zgodnie z SIWZ i nie negujące tej okoliczności, należy uznać za potwierdzające, że oferta zawiera rażąco niską cenę w rozumieniu art. 90 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SWECO, zawierającej rażąco niską cenę. Tytułem uzupełnienia Izba wskazuje, że art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie został wyartykułowany *explicite* w treści odwołania, jednakże powołana podstawa faktyczna, odnosząca się do niewystarczających wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pozwala na wywiedzenie podstawy prawnej zarzutu, zgodnie z przyjętą linią orzecniczą KIO (por np. wyrok z dnia 12.06.2017 r., sygn. akt KIO 1102/17, z dnia 25.09.2014 r., KIO 1866/17).

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 i § 3 § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....