

Sygn. akt: KIO 1668/20

WYROK

z dnia 9 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Zakłady Pomiarowo – Badawcze „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o.** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Gen. J. Sowińskiego 3 (44-100 Gliwice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o.** z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. E. Petersona 22 (85-862 Bydgoszcz)

przy udziale wykonawcy **Eurofins OBIKŚ Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Owocowej 8 (40-158 Katowice), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakłady Pomiarowo – Badawcze „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o.** z siedzibą w Gliwicach i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Zakładów Pomiarowo – Badawczych „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o.** z siedzibą w Gliwicach na rzecz zamawiającego **Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o.** z siedzibą w Bydgoszczy kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Usługi polegające na poborze, przygotowaniu i akredytowanym prowadzeniu badań próbek odpadów kierowanych do termicznego przekształcenia w Zakładzie Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych w Bydgoszczy* (numer postępowania: MKUO ProNatura ZP/NO/27/20), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2020 r., pod numerem 2020/S 091-217381.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 20 lipca 2020 r. wykonawca Zakłady Pomiarowo – Badawcze „ENERGOPIOMIAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 91 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Eurofins OBIKŚ Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwanego dalej: „Eurofins”) mimo, iż treść oferty wykonawcy nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) tj. zaoferował on przedmiot usługi, który nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia i wyborze oferty Eurofins jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty Eurofins na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp czego zaniechał, zamiast tego dokonał wyboru oferty Eurofins jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający naruszył także przepisy dotyczące zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców;

- art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez błędne uznanie przez zamawiającego, że Eurofins wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i niewykluczenie wykonawcy Eurofins z postępowania z uwagi na

niewykazanie przez Eurofins spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. braku wykazania, że Eurofins dysponuje laboratorium posiadającym akredytację w zakresie wymaganym w SIWZ przez zamawiającego.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Eurofins jako oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Eurofins na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ewentualnie wykluczenie wykonawcy Eurofins z postępowania ze względu na brak wykazania przez Eurofins spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz nakazanie zwrotu poniesionych kosztów odwołującemu.

Odwołujący wskazał, że zaskarża wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez zamawiającego. Wyjaśnił, że zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 13 czerwca 2017 r. sygn. akt. KIO 1077/17 oraz utrwalonym orzecznictwem Sądów Powszechnych pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej rozumiane jest jako składowa czynności i zaniechań zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym tj. złożonym przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zaskarżone działania i zaniechania zamawiającego, w zakresie dokonania czynności odrzucenia oferty Eurofins, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp, w ocenie odwołującego naruszało jego interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący stwierdził, że złożył w postępowaniu najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a zaniechanie zamawiającego pozbawiło go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bezpośrednim następstwem dokonania naruszeń Pzp przez zamawiającego będzie szkoda w majątku odwołującego, w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz jej wykonania. Naruszenie przepisów Pzp przez zamawiającego, we wskazanym wyżej zakresie, może mieć zatem istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że Eurofins nie posiada akredytacji na oznaczanie zawartości frakcji biodegradowalnej wg normy (wg metodyki znormalizowanej) PN-EN 15440:2011 przenoszącej normę EN 15440:2011. Laboratorium posiada jedynie

akredytację na oznaczanie zawartości „frakcji BIO” wg metodyki nieznormalizowanej tj. własnej procedury badawczej PB/FCH/101/A:01.02.2018. W jego ocenie własna procedura badawcza (procedura opracowana przez laboratorium Eurofins) PB/FCH/101/A:01.02.2018 nie jest metodą znormalizowaną PN-EN 15440:2011. Powyższe potwierdza między innymi definicja normy wg Polskiego Komitetu Normalizacyjnego (PKN): „Norma jest dokumentem normatywnym stosowanym na zasadzie dobrowolności, powszechnie dostępnym i zaakceptowanym przez uznaną jednostkę normalizacyjną” w porównaniu do procedury badawczej, która jest własnym tworem laboratorium. Na potwierdzenie powyższego odwołujący przytoczył zakres akredytacji AB 213 wydanie nr 19 z dnia 3 marca 2020 r. – str. 9/60.

Następnie odwołujący wskazał, że Eurofins nie posiada także akredytacji na oznaczanie wartości opałowej w próbkach odpadów o kodach 191212 i 200301 wg metodyki znormalizowanej PN-EN 15400:2011. Laboratorium posiada jedynie akredytację na oznaczanie wartości opałowej wg metodyki nieznormalizowanej tj. własnej procedury badawczej PB/FCH/85/B:29.08.2019. Odwołujący stwierdził, że własna procedura badawcza (procedura opracowana przez laboratorium Eurofins) PB/FCH/85/B:29.08.2019 nie jest normą przenoszącą normę EN 15400:2011. Na potwierdzenie powyższego odwołujący przytoczył zakres akredytacji AB 213 wydanie nr 19 z dnia 3 marca 2020 r. – str. 20/60.

W ocenie odwołującego rozporządzenie wymaga posiadania od podmiotów przeprowadzających badania posiadania odpowiednich akredytacji w zakresie wykonywanych badań, w tym przypadku badania dotyczą próbek odpadów o kodach 19 12 12 oraz 20 03 01. Każde laboratorium działające w obszarach regulowanych prawnie musi stosować metody referencyjne badań przedstawione w przepisach prawa. Zgodnie z w/w Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 8 czerwca 2016 r. (załącznik nr 1) metoda referencyjnymi są:

- zawartość wilgoci całkowitej wg normy przenoszącej normę CEN/TS 15414-1:2010,
- zawartość wilgoci w ogólnej próbce analitycznej wg normy przenoszącej normę EN 15414-3:2011,
- zawartość popiołu wg normy przenoszącej normę EN 15403:2011,
- ciepło spalania wg normy przenoszącej normę EN 15400:2011,
- zawartość siarki całkowitej wg normy przenoszącej normę EN 15408:2011,
- zawartość węgla całkowitego i wodoru wg normy przenoszącej normę EN 15407:2011,
- zawartość biomasy - wg normy przenoszącej normę EN 15440: 2011

W ocenie odwołującego laboratorium Eurofins nie posiada akredytacji na żadną z przywołanych norm. Laboratorium wykonuje badania wg własnych procedur badawczych. Na

potwierdzenie powyższego odwołujący przytoczył zakres akredytacji AB 213 wydanie nr 19 z dnia 3 marca 2020 r. – str. 19/60. Tak jak odwołujący wskazał wcześniej w jego opinii procedury badawcze (wskazane w akredytacji Eurofins) nie są normami a jedynie metodami własnymi laboratorium Eurofins opracowanymi na podstawie przywołanych norm. W związku z faktem, że własne metody badawcze nie są normami to nie daje to możliwości potwierdzenia spełnienia wymagania SIWZ dotyczącego posiadania akredytacji na metody referencyjne przedstawione w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 8 czerwca 2016 r. oraz wymagane przez zamawiającego w SIWZ. Metodami referencyjnymi są metody znormalizowane.

Jak wskazał odwołujący zakres akredytacji podwykonawcy Eurofins nr AB 213., nie obejmuje wykonania akredytowanych badań tj. oznaczenia frakcji biodegradowalnej, a także badań dotyczących oznaczania wartości opałowej w odpadzie o kodzie 191212 i odpadzie o kodzie 200301 zgodnie z wymaganą przez zamawiającego oraz przepisy prawa normami PN-EN 15400:2011 i PN-EN 15440:2011. Laboratorium Eurofins uprawnione jest do wykonywania badań zgodnie z normą 15400:2011 jedynie dla stałych paliw wtórnych w zakresie badania wartości opałowej (brak akredytacji w zakresie frakcji biodegradowalnych), co nie jest równoznaczne z posiadaniem akredytacji dla odpadów o kodach 191212 i 200301. Należy wyraźnie podkreślić, że wymaganie zamawiającego dotyczące prowadzenia badań zgodnych z normą PN-EN 15400:2011 i PN-EN 15440: 2011 dotyczy odpadów o kodzie 191212 oraz odpadów o kodzie 200301 (Katalog odpadów – Rozporządzenie Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów). Zgodnie z przywołanym wyżej rozporządzeniem z dnia 2 stycznia 2020r. 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 odpady o kodzie 200301 to: *odpady niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne*. 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.

Zgodnie ze wskazaniem odwołującego zgodnie z przedstawionymi powyżej definicjami stałe paliwa wtórne nie są odpadem o kodzie 191212 ani odpadem o kodzie 200301, a tym samym laboratorium Eurofins nie może wydawać akredytowanych wyników badań dla tych odpadów zgodnie z wymaganiami postawionymi w SIWZ przez zamawiającego i zgodnie z

Rozporządzeniem z dnia 8 czerwca 2016 r. 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:*

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

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).

Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe, tj. brak akredytacji dla odpadów o kodach 191212 i 200301 w zakresie akredytacji AB 213 należy jednoznacznie stwierdzić, że Eurofins nie posiada akredytacji dla przeprowadzania badań w wymaganym zakresie. Odwołujący do odwołania załączył wyciąg z akredytacji odwołującego (str. 17/55 i str. 53/55 akredytacji nr AB 550 wydanej przez PCA), w której zaznaczono posiadaną przez odwołującego akredytację w zakresie badania odpadów 191212 i 200301 zgodnie z normą PN-EN 15440:2011.

W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że w związku z faktem, że Eurofins zamierza część przedmiotu zamówienia podzlecić firmie Ferrocarbo sp. z o.o. należy odnieść się także do akredytacji PCA nr 687 posiadanej przez ten podmiot. Ferrocarbo posiada akredytacje tylko w zakresie badania odpadów o kodzie 19 12 12 - w zakresie badania zawartości biomasy (w tym zakresie odwołujący przytoczył str. 10 i 11/20 akredytacji 687) oraz w zakresie badania wartości opałowej dla odpadu o kodzie 19 12 12 (w tym zakresie odwołujący przytoczył str. 10/20 akredytacji 687).

Zdaniem odwołującego Ferrocarbo sp. z o.o. nie jest uprawnione do przeprowadzania akredytowanych badań w zakresie wartości opałowej dla odpadu o kodzie 20 03 01, co jednoznacznie potwierdza złożona przez Eurofins do oferty akredytacja nr 687.

Tym samym odwołujący skonstatował, że analiza oferty Eurofins, w tym w szczególności analiza posiadanych akredytacji w zakresie akredytacji AB 213 oraz akredytacji nr AB 687 należącej do Ferrocarbo pozwala jednoznacznie potwierdzić, że treść oferty Eurofins nie odpowiada SIWZ, bowiem Eurofins nie może wydać akredytowanych wyników badań spełniających wymagania zamawiającego. Eurofins ani Ferrocarbo nie są uprawnione do przeprowadzania badań w zakresie badania wartości opałowej dla odpadów o kodzie 20 03 01. Zamawiający zobowiązany był zatem do odrzucenia oferty Eurofins jako niespełniającej warunków SIWZ.

W celu potwierdzenia słuszności argumentacji zamieszczonej w odwołaniu odwołujący wskazał, że sprawa o bardzo zbliżonym stanie faktycznym (w zakresie zarzutów z pkt a odwołania) była rozpatrywana przez KIO pod sygn. akt KIO 1072/18 i Izba przychyliła się do argumentacji odwołującego. KIO w sprawie o sygn. KIO 1072/18 potwierdziła, że wymóg akredytacji musi odnosić się do przedmiotu zamówienia tj. do badania próbek odpadów o kodach 19 12 12 oraz 20 03 01.

Odnośnie drugiego zarzutu wskazanego w odwołaniu odwołujący stwierdził, że w związku z faktem, że zamawiający wymagał aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu spełniali warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej dysponowania laboratorium w zakresie obejmującym prowadzenie badań odpadów zgodnie z normami:

- PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne - oznaczanie wartości opałowej,
- PN-EN-15440:2011 Stałe paliwa wtórne - metody oznaczania zawartości biomasy,

wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu powinni wykazać, że posiadają wymagane przez zamawiającego zasoby. Jak wykazano powyżej, zarówno Eurofins jak i Ferrocabo sp. z o.o. (podmiot udostępniający zasoby) nie posiadają laboratorium posiadającego akredytację, które potwierdzające spełnienie normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005 + Ap1:2007 lub równoważnej w zakresie obejmującym prowadzenie badań odpadów zgodnie z normą PN-EN 15400:2011 dla odpadów o kodzie 20 03 01. W związku z powyższym zamawiający był zobowiązany do wykluczenia z postępowania wykonawcy Eurofins jako, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu podjęcie działań opisanych we wstępie odwołania. Ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu (na okoliczności wskazane w odwołaniu), w szczególności dowodu z akredytacji nr AB 213 oraz nr AB 687 przedłożonych przez Eurofins w postępowaniu, a także odpisu akredytacji nr AB 550 należącej do odwołującego oraz dokumentu wydanego przez PCA DAB-11.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Eurofins OBIKŚ Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Zgłaszający przystąpienie pismem z dnia 29 lipca 2020 r. złożył wyjaśnienia na okoliczność wniosku o oddalenie odwołania oraz załączył dowody na poparcie swojego stanowiska.

Odwołujący w odpowiedzi na ww. pismo przystępującego złożył kolejne pismo procesowe w dniu 8 września 2020 r., w którym wskazał, że przystępujący wyjaśnia w swoim piśmie, że ma akredytację na metodę badań, a wymaganiem SIWZ jest norma, której nie ma

w zakresie akredytacji AB 213. Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający wymagał wykonania akredytowanych badań odpadów o kodzie 19 12 12 w zakresie oznaczenia zawartości frakcji biodegradowalnej odpadów i wartości opałowej tej frakcji zgodnie z normami PN-EN 15400:2011 i PN-EN 15440:2011, a także oznaczenia wartości opałowej odpadów dla odpadów o kodach 19 12 12 i 20 03 01 zgodnie z normą PNEN 15400:2011. W jego ocenie przedstawiona własna procedura badawcza Eurofins B/FCH/101/A:01.02.2018 nie jest procedurą znormalizowaną i nie jest równoważna normie PN-EN 15440:2011. Zgodnie z dokumentem ILAC-G18:04/2010 metoda znormalizowana to: *Metody znormalizowane zostały opracowane przez jednostkę normalizacyjną lub inne renomowane organizacje, których metody są ogólnie akceptowane w danym sektorze technicznym.* Odwołujący wyjaśnił, że procedura B/FCH/101/A:01.02.2018 została opracowana przez Eurofins i nie jest procedurą znormalizowaną.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z pismem przystępującego w *innym miejscu PCA certyfikując Zakres akredytacji, używa sformułowania „na podstawie normy PN-EN 15400:2011. Oznacza to, że cała norma PN-EN 15400:2011 musiała zostać wdrożona dla danej metody badań. Czyli obliczenie wartości opałowej metodą wskazaną w Zakresie akredytacji Eurofins OBiKŚ odbywa się zgodnie z normą PN-EN 15400:2011.*

Odwołujący wskazał, że w przypadku gdy PCA certyfikując Zakres akredytacji używa sformułowania „na podstawie normy PN-EN 15400:2011” to oznacza to, że w stosowanej metodzie badawczej są różnice pomiędzy normą znormalizowaną. W przeciwnym wypadku laboratorium wdrożyło by normę, a nie opracowywało własną metodykę.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pismem przystępującego zarzut, *Eurofins OBiKŚ Polska Sp. z o. o. nie posiada akredytacji na oznaczanie zawartości frakcji biodegradowalnej wg normy (wg metodyki znormalizowanej) PN-EN 15440:2011, przenoszącej normę EN 15440:2011 oraz na badania dotyczące oznaczania wartości opałowej w odpadzie o kodzie 191212 i odpadzie o kodzie 200301 zgodnie z normą PN-EN 15400:2011 przenoszącą normę PN-EN 15440:2011 jest bezpodstawny i świadczy o nierozumieniu różnicy pomiędzy metodą badań, a normą zgodnie z którą badania należy przeprowadzić.*

Odwołujący wskazał, że w zakresie elastycznym prezentowanym przez Eurofins, dotyczącym oznaczania ciepła spalania odpadów o kodzie 19 12 12 oraz 20 03 01, dokumentem odniesienia jest wewnętrzna procedura PB/FCH/85/B:29.08.2019. Do niej również został dołączony przypis ⁴⁾ mówiący o możliwości elastycznego aktualizowania dokumentu („4) Dopuszcza się stosowanie zaktualizowanych metod opisanych w normach i procedurach opracowanych przez laboratorium. Zatem gdyby Eurofins zdecydował się na zaktualizowanie dokumentu PB/FCH/85/B:29.08.2019 może to zrobić w ramach zakresu

elastycznego. Nie tyczy się to natomiast części „na podstawie normy PN-EN 15400:2011”. Norma PN-EN 15400 nie może być zaktualizowana, jeśli taka sytuacja zaistnieje, w ramach zakresu elastycznego, gdyż posłużyła ona jedynie jako ogólna podstawa do stworzenia wewnętrznej procedury, a nie została wdrożona w całości w Eurofins. Gdyby oznaczenie ciepła spalania Eurofins wykonywało według normy PN-EN 15400:2011 bez odstępstw nie byłoby potrzeby powoływania się na dokument „PB/FCH/85/B:29.08.2019 na podstawie PN-EN 15400:2011” a jedynie na normę PN-EN 15400:2011 wprost.

Odwołujący wskazał, że potwierdza to także opinia z PCA, o którą wystąpił Eurofins:

Zastosowanie metody znormalizowanej do obiektów innych niż wskazane w dokumencie normatywnym opisującym metodę nie oznacza zmiany tej metody, ale wymaga jej nowej walidacji z uwzględnieniem nowego zakresu stosowania w konkretnym laboratorium. W tym przypadku metoda pozostaje bez zmian — co pozwala na jej identyfikowanie w działalności laboratoryjnej poprzez wskazanie właściwego dokumentu normatywnego (opisującego tę metodę). Stosowanie (lub nie) w laboratorium dokumentów uzupełniających do dokumentów normatywnych opisujących metody badań (np. instrukcji, czy procedur opisujących proces badania w konkretnym laboratorium) jest wewnętrzną sprawą laboratorium, gdy uzna to za konieczne, a celem tego działania (patrz punkt 7.2.1.3 normy PNEN ISO/IEC 17025:2018-02) jest zapewnienie jednakowego stosowania metody w laboratorium, a nie opis metody czy jej identyfikowanie.

Odwołujący wyjaśnił, że powyższe twierdzenie oznacza, iż metoda opisana w normie PN-EN 15400:2011 dotycząca badań stałych paliw wtórnych może być zastosowana do próbek odpadów o kodach 19 12 12 i 20 03 01 tylko w przypadku, gdy laboratorium wykonało odpowiednią walidację. A dokumentem normatywnym wg którego jest wykonywane badanie może pozostać norma PN-EN 15400:2011. Eurofins wykonuje badanie obliczenia wartości opałowej wg własnej procedury PB/FCH/85/B:29.08.2019, a nie normy PN-EN 15400:2011 co jednoznacznie wskazuje, że Eurofins wprowadziło odstępstwa od metody normatywnej lub nie wykonało odpowiedniej walidacji.

Odwołujący wskazał, że stwierdzenie „PB/FCH/85/B:29.08.2019 na podstawie PN-EN 15400:201 1” zostało użyte, ponieważ Eurofins w dokumencie PB/FCH/85/B:29.08.2019 w istotny sposób zmienił metodę oznaczania przywołaną w normie PN-EN 15400:2011 lub nie przeprowadził walidacji metody do obiektów, a tym samym nie wykazał kompetencji w przywołanym zakresie. W przeciwnym razie, gdyby oznaczenie przeprowadzane było zgodnie z normą, w zakresie akredytacji, według pisma PCA, (...)metoda pozostaje bez zmian — co pozwala na jej identyfikowanie w działalności laboratoryjnej poprzez wskazanie

właściwego dokumentu normatywnego” a stosowanie dokumentów uzupełniających „(..) jest wewnętrzną sprawą laboratorium.

Odwołujący jako przykład wskazuje, że ma to miejsce w innej części AB 213 dotyczącej innej matrycy, gdzie jako dokument odniesienia przywołano normę, a wewnętrzna procedura służy tylko jako dokument zapewniający jednakowe stosowanie metody w laboratorium.

W związku z powyższym odwołujący podkreślił, że nieprawdziwym jest zatem stwierdzenie, że Eurofins posiada kompetencje w (zgodnie z SIWZ):

zakresie obejmującym prowadzenie badań odpadów zgodnie z normami: -PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne -oznaczanie wartości opałowej,

Zgodnie z pismem przystępującego Eurofins OBiKŚ w zakresie akredytacji jako akredytowaną metodę dla badania frakcji biodegradowalnej ma wskazaną znormalizowaną Metodę wagową (metodę selektywnego roztwarzania). Odwołujący ENERGOPOMIAR w swoim zakresie akredytacji ma wskazaną taką samą metodę badania.

Odwołujący wskazał, że brak jest podstaw, aby na podstawie przywołanych zapisów z zakresu akredytacji AB 213 oraz AB 550 stwierdzić, że Eurofins ma wskazaną „znormalizowaną Metodę wagową (metodę selektywnego roztwarzania)”. Zdaniem odwołującego Eurofins stara się wykazać, że stwierdzenie „metoda wagowa” jest określeniem wystarczającym do stwierdzenia, że laboratoria wykonują badania tą samą metodą, przy czym sformułowanie „metoda wagowa” wnosi jedynie, że została wykorzystana technika analityczna polegająca na określeniu masy oznaczanej substancji lub innej substancji na podstawie, której możliwe jest wyliczenie ilości substancji oznaczanej i w żaden sposób nie potwierdza to stosowania przez laboratorium przystępującego badań tą samą metodą co laboratorium odwołującego.

Jak zwrócił uwagę odwołujący, przystępujący wskazał *dla pozostałych badań wymaganych w SIWZ Odwołujący ENERGOPOMIAR również ma wskazaną w zakresie akredytacji taką samą metodę referencyjną jak Eurofins OBiKŚ. Potwierdzenie prowadzenia badań przez Eurofins OBiKŚ akredytowaną metodą wagową zgodnie z normą PN-EN 15440:2011 zawarte jest w treści „Dokumentu odniesienia” do metody, wymienionym w Zakresie akredytacji, który wprost mówi, że dla metody wagowej „procedura oparta jest na normie PN-EN 15440:2011 ”(dowód – Załącznik nr 3:Procedura badawcza PB/FCH/101/A:01.02.2018).*

Odwołujący podkreślił, że przywołany w dokumencie odniesienia dokument PB/FCH/101/A:01.02.2018 jest wewnętrzną procedurą Eurofins. Nie jest to dokument normatywny, a jedynie oparty na normie PN-EN 15440:2011, co dopuszcza możliwość istnienia różnic w metodyce stosowanej w stosunku do tej prezentowanej w normie. W Załączniku nr 3:Procedura badawcza PB/FCH/101/A:01.02.2018, obejmującym jedynie

pierwszą stroną procedury, można zauważyć znaczące różnice zastosowane przez Eurofins w stosunku do normy PN-EN 15440:2011. W sekcji 9.5 został przywołany stosowany przez Eurofins materiał w postaci sącza twardego o średnicy minimum 10 cm do sączenia próbek po etapie selektywnego rozpuszczania. Norma PN-EN 15440:2011 wymaga użycia sącza z włókna szklanego GF6, zarówno ze względu na agresywne środowisko reakcji i potrzebę zastosowanie odpornego materiału do sączenia, jak również na procedurę oznaczenia pozostałości po prażeniu, gdzie zakłada się, że sącze z włókna szklanego nie zmienia swojej masy przy prażeniu próbki w temperaturze 550°C. Sącze twarde nie posiada tej wytrzymałości zarówno na środowisko reakcji jak i stosowane temperatury.

Odwołujący wskazał przy tym, że zgodnie z zakresem akredytacji AB 687, Ferrocabo Sp. z o.o. nie posiada akredytacji na oznaczanie odpadów o kodach 19 12 12 oraz 20 03 01 zgodnie z normą PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne -oznaczanie wartości opałowej. W sekcji Odpady komunalne, o której wspomniano wyżej, przywołana została norma PN-Z15008/04:1993 co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ.

Jak zostało przedstawione przez odwołującego powyżej, Eurofins (wraz z Ferrocabo) nie posiada kompetencji (odpowiednich akredytacji) w zgodzie z SIWZ:

- zakresie obejmującym prowadzenie badań odpadów zgodnie z normami:

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

Jak wyjaśnił odwołujący zgodnie z pismem przystępującego zamawiającego zgodnie z SIWZ pkt. 8, wprowadził dopuszczalność rozwiązań równoważnych do wskazywanych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Eurofins nie przedstawił żadnych dowodów na to, że stosowane przez niego metody badań są równoważne do tych wymaganych w SIWZ. Zgodnie z dokumentem PCA DA-07 AKREDYTACJA LABORATORIÓW BADAWCZYCH WYMAGANIA SZCZEGÓŁOWE: *PCA nie dokonuje oceny czy stosowane przez laboratoria metody badań, inne niż określone w przepisach prawa, są metodami równoważnymi dla metod określonych w przepisach. W przypadku badań wykonywanych metodami alternatywnymi dla metod wskazanych w przepisach prawa, uznanie metody alternatywnej za metodę równoważną odbywa się na zasadach określonych przez właściwego regulatora.*

W ocenie odwołującego powyższe argumenty potwierdzają argumentację przywołaną w odwołaniu oraz słuszność zarzutów wobec niezgodnych z Pzp działań zamawiającego. W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 9 września 2020 r. złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Do odpowiedzi na odwołanie zostały załączone dowody na potwierdzenie przedstawionej przez zamawiającego argumentacji.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę – Eurofins OBiKŚ Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwanego dalej: „przystępującym” lub nadal: „Eurofins”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie DVD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 24 lipca 2020 r., w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - oferty przystępującego wraz z załącznikami;
 - wezwania z dnia 22 czerwca 2020 r. skierowanego przez zamawiającego do przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp;
 - odpowiedzi przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 24 czerwca 2020 r. wraz z załącznikami;
 - zawiadomienia o wyborze oferty w postępowaniu z dnia 8 lipca 2020 r.;
- 2) załączonych do odwołania:
 - odpisu z akredytacji odwołującego nr AB 550 str. 17/55 i str. 53/55;
 - dokumentu wydanego przez PCA DAB-11;
- 3) załączonych do pisma procesowego przystępującego z dnia 29 lipca 2020 r.:
 - pisma od Polskiego Centrum Akredytacji;
 - certyfikatu akredytacji Eurofins OBiKŚ Polska Sp. z o.o. AB nr 213 wraz z zakresem Zakres Akredytacji Eurofins OBiKŚ Polska Sp. z o.o. AB nr 213 i listą badań prowadzonych w ramach zakresu elastycznego;
 - procedury badawczej PB/FCH/101/A:01.02.2018 – strona z opisem procedury;

- oświadczenia podwykonawcy Ferrocarbo Sp. z o. o.;
- dokumentu wydanego przez Polskie Centrum Akredytacji – Akredytacja Laboratoriów Badawczych Wykonujących Pobieranie Próbek i Badania Odpadów DAB- 11 Wydanie 1 Warszawa, 8 stycznia 2018 r.;
- rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów;
- certyfikatu akredytacji Ferrocarbo Sp. z o.o. nr AB 687;
- zakresu akredytacji nr AB 687;

4) załączonych do odpowiedzi na odwołanie:

- dokumentu informacyjnego Polskiego Centrum Akredytacji nr DA-10 – AKREDYTACJA LABORATORIÓW W ZAKRESACH ELASTYCZNYCH;
- wyciągu z akredytacji AB 769, wystawionej dla podmiotu, którego dotyczył spór w postępowaniu 1072/2018.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z informacjami podanymi na wstępie załącznika nr 1 do SIWZ – *Przedmiotem zamówienia jest wykonywanie usługi polegającej na poborze, przygotowaniu próbek odpadów zgodnie z procedurami ustanowionymi odpowiednio w normach przenoszących normy EN 15442:2011 i EN 15443:2011 i prowadzeniu akredytowanych badań próbek odpadów kierowanych do termicznego przekształcenia w Zakładzie Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych w Bydgoszczy przy ul. Ernsta Petersona 22, przez okres 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy lub do wcześniejszego wyczerpania kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia albo do dnia, w którym z uwagi na uwarunkowania prawne wykonanie usługi nie będzie zasadne ze względu na brak możliwości uzyskania przez Zamawiającego świadectw pochodzenia energii elektrycznej z OZE lub nie będzie możliwe skorzystanie przez Zamawiającego z innych instrumentów wsparcia dla wytworzonej energii, gdzie warunkiem jest prowadzenie badań odpadów zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie warunków technicznych kwalifikowania części energii odzyskanej z termicznego przekształcenia odpadów (Dz.U.2016 poz. 847) lub każdorazowym aktem prawnym, który wymienione wyżej Rozporządzenie zmieni lub zastąpi oraz zgodnie z normami, w szczególności:*

PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne – Oznaczenie wartości opałowej;

PN-EN 15440:2011 Stałe paliwa wtórne – Metody oznaczania zawartości biomasy,

w następującym zakresie:

- 1) dla odpadów o kodzie 20 03 01 oznaczenia wartości opałowej,

planowana 1 próba na dobę (w dzień roboczy i soboty), tj. w okresie 18 miesięcy maksymalnie 450 prób;

2) dla odpadów o kodzie 19 12 12

oznaczenia wartości opałowej - planowana 1 próba na dobę (w dzień roboczy i sobotę), tj. w okresie 18 miesięcy maksymalnie 450 prób;

3) dla odpadów o kodzie 19 12 12 oznaczenie zawartości frakcji biodegradowalnej i wartości opałowej tej frakcji - planowana 1 próba na każdą partię, nie większą niż 500 Mg, nie rzadziej jednak niż 2 razy w tygodniu, tj. w okresie 18 miesięcy maksymalnie 270 prób.

W części I pkt 8 SIWZ zamawiający wskazał:

Wszelkie użyte w niniejszej SIWZ i załącznikach do niej nazwy własne, normy, aprobaty, specyfikacje techniczne, systemy referencji technicznych, wymagane certyfikaty itp., w tym nazwy handlowe, oznaczenia lub znaki towarowe, patenty, określenia pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu charakteryzujące produkt lub usługę dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a które mogły pojawić się w SIWZ i załącznikach do niej, stanowią jedynie przykłady zastosowań lub wymagań i należy rozumieć je każdorazowo jak opatrzone dopiskiem „lub równoważne”.

Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

W części III SIWZ zamawiający podał m. in. warunki udziału w postępowaniu. W pkt 1.2. ppkt 2) zamawiający wskazał warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Tiret trzeciego fragmentu SIWZ wskazywał, że warunek w tym zakresie zostanie spełniony w przypadku, gdy wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia tzn.: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) *dysonuje laboratorium posiadającym akredytację laboratorium badawczego wystawioną przez Polskie Centrum Akredytacji lub certyfikaty innego, równoważnego ośrodka akredytacji, potwierdzające spełnienie normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005 + Ap1:2007 lub równoważnej w zakresie obejmującym prowadzenie badań odpadów zgodnie z normami:*

- PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne – oznaczanie wartości opałowej,*
- PN-EN-15440:2011 Stałe paliwa wtórne – metody oznaczania zawartości biomasy,*

Wykonawcy mieli potwierdzić ww. warunek przez złożenie stosownej informacji w złożonym Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia (zwanym dalej: „JEDZ”).

W złożonym przez przystępującego formularzu ofertowym w pkt 6 przedmiotowy wykonawca wskazał:

6) * W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej PZP) powołujemy się na zasoby poniższych podmiotów na zasadach określonych w art. 22 a ust. 1 PZP:

a. Nazwa i adres podmiotu: *Ferrocarbo Sp.z.o.o., ul. Ujastek 1, 31-752 Kraków*

dotyczy spełnienia warunku udziału, o którym mowa w części III ust. 1 pkt 1.2 ppkt 1 siwz
W części formularza ofertowego dotyczącej podwykonawstwa (pkt 7), przystępujący nie podał żadnych informacji poza skreśleniem miejsc przeznaczonych na podanie stosownych informacji w tym zakresie.

Z JEDZ złożonego przez przystępującego wynikało, że będzie korzystał z podwykonawcy (część I, lit. D), natomiast w części IV kryteria kwalifikacji, lit. C: zdolność techniczna i zawodowa, pkt 9) dotyczącym dysponowania narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia wskazano *Akredytowane laboratorium badawcze nr AB 213, laboratorium spełnia wymagania normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005*

W JEDZ złożonym przez wykonawcę *Ferrocarbo Sp. z o.o.* w części IV kryteria kwalifikacji, lit. C: zdolność techniczna i zawodowa, pkt 9) dotyczącym dysponowania narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia wskazano *Akredytowane laboratorium badawcze spełniające normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005 + ap1:2007 nr akredytacji AB 687*

Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2020 r. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w szczególności w zakresie rozbieżności pomiędzy treścią oferty a JEDZ odnośnie wskazania podwykonawcy (w treści JEDZ) oraz powołania się na zasoby podmiotu trzeciego (w treści formularza ofertowego).

Piśmie z dnia 24 czerwca 2020 r., stanowiącym odpowiedź na ww. wezwanie przystępujący wyjaśnił:

*Oświadczamy iż Eurofins OBiKŚ Polska Sp. z o.o. posiada laboratorium posiadające akredytacje laboratorium badawczego wystawione przez Polskie Centrum Akredytacji lub certyfikaty innego, równoważnego ośrodka akredytacji, potwierdzające spełnienie normy PN-EN ISO/IEC 17025:2005 + Ap1:2007 lub równoważnej w zakresie obejmującym prowadzenie badań odpadów zgodnie z normami: -PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne –oznaczanie wartości opałowej, -PN-EN-15440:2011 Stałe paliwa wtórne –metody oznaczania zawartości biomasy, oraz dodatkowo powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego: *Ferrocarbo Sp. z o.o., ul. Ujastek 1, 31-752 Kraków.* Podmiot ten jako podwykonawca realizował będzie na naszą rzecz część usług laboratoryjnych na co wskazaliśmy w JEDZ (cz.II. C i D) stanowiącym załącznik do naszej oferty.*

Przystępujący do wyjaśnień załączył oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez Ferrocarbo Sp. z o.o. oraz zakres akredytacji przystępującego. W informacji zawartej na str. 20 (ostatni wiersz) załączonego zakresu akredytacji w pozycji *Odpady oznaczonej **** przy wartości opałowej (z obliczeń) jako dokument odniesienia wskazany został *PB//FCH/85/B:29.08.2019 na podstawie normy PN-EN 15400:2011*. Przy opisie oznaczenia *** podano *Podobiektly zgodne z aktualną Listą badań prowadzonych w ramach zakresu elastycznego*.

Zamawiający w dniu 8 lipca 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
- art. 7 ust. 3 Pzp – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;*
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;*
- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;*
- art. 24 ust. 4 Pzp – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Poniżej Izba odniosła się do zarzutów w kolejności przedstawionej w odwołaniu tj. najpierw do zarzutu niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, a następnie do niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z

żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega z kolei na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. Ponadto niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji. Innymi słowy, aby zamówienie mogło być udzielone (mogła być zawarta umowa), oferta musi odpowiadać wszystkim wymaganiom SIWZ, w szczególności potwierdzać, czy wykonawca spełnia w ogóle warunki udzielenia zamówienia. Bez takiego potwierdzenia w ofercie (warunków udzielenia zamówienia), nie mamy do czynienia z ofertą w pełni odpowiadającą definicji kodeksu cywilnego. Powyższy pogląd znalazł swe potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., III CZP 74/05, w uzasadnieniu, której Sąd stwierdził dodatkowo, że także informacje zawarte w dokumentach żądanych na podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, są elementem oferty.

W tak szerokie rozumienie pojęcia „treść oferty” w ocenie składu orzekającego wpisują się także dokumenty składane w ramach wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Sama treść tego przepisu stwierdza, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, co oznacza, iż odnosi się on do zakresu treści oferty. Tym samym dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie ww. przepisu stanowią co do zasady treść oferty i zamawiający powinien wziąć je pod uwagę dokonując badania oferty wykonawcy. W związku z tym argumentację zamawiającego odnoszącą się do stwierdzenia, że dokumenty złożone przez przystępującego, na które powoływał się odwołujący nie stanowiły treści oferty, ponieważ służyły innemu celowi, aniżeli sprecyzowaniu treści oferty, skład orzekający uznał za chybioną.

Jednakże Izba uznała, że argumentacja zamawiającego co do meritum przedmiotowego zarzutu była trafna i zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że jedynym spornym elementem wynikającym z odwołania (*vide* pkt 2.8) było objęcie zakresem akredytacji – czy to przystępującego, czy to Ferrocarbo Sp. z.o.o. – uprawnienia do badania wartości opałowej odpadu o kodzie 20 03 01, według normy PN-EN 15400:2011. Sam odwołujący przyznał bowiem, że w odniesieniu do pozostałych wynikających z zakresu zamówienia badań (badanie wartości opałowej zgodnie z normą PN-EN 15400:2011 i badanie zawartości biomasy zgodnie z normą PN-EN 15440:2011 w odniesieniu do odpadów o kodzie 19 12 12) były objęte przedmiotem akredytacji AB 687 wydanej na rzecz podwykonawcy (*vide* pkt 2.7 odwołania). W efekcie oś sporu dotyczyła zdolności przystępującego do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jego treścią i sprowadza się do interpretacji treści akredytacji AB 213, wydanej na rzecz przystępującego, która w spornym zakresie obejmuje badanie odpadów na okoliczność wartości opałowej, zgodnie z dokumentem odniesienia opisanym jako *PB/FCH/85/B:29.08.2019 na podstawie normy PN-EN 15400:2011*. W tym kontekście skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołujący nie udowodnił, iż powyższa akredytacja nie obejmuje prowadzenia badań zgodnie z normą, która została podana w opisie przedmiotu zamówienia. Należy przy tym zwrócić uwagę, że akredytacja wystawiona w tej mierze na rzecz przystępującego jest akredytacją „elastyczną”, co uzasadnia wprowadzenie przez podmiot akredytowany wewnętrznej procedury, umożliwiającej uwzględnienie elastycznego charakteru akredytacji i reagowanie na wprowadzane w ramach dopuszczonej elastyczności zmiany – wskazuje na to również treść pisma jednostki certyfikującej, załączonego do pisma przystępującego. Co istotne, działanie procedury wewnętrznej na podstawie normy PN-EN 1540:2011 została potwierdzona przez organ akredytujący w treści akredytacji, a zatem Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania, że laboratorium przystępującego nie posiada uprawnień do realizacji umowy zgodnie z jej treścią.

Powyższej okoliczności nie potwierdziły także dowody złożone przez odwołującego, które zostały załączone do odwołania. Pierwszy z nich tj. odpis z akredytacji odwołującego nr AB 550 str. 17/55 i str. 53/55 odnosił się do oferty odwołującego i nie stanowił potwierdzenia braku posiadania przez przystępującego akredytacji do prowadzenia badań zgodnie z postanowieniami opisanymi w SIWZ. Podobnie odwołujący nie wykazał jak drugi złożony przez niego dokument pn. *Akredytacja Laboratoriów Badawczych wykonujących pobieranie próbek i badania odpadów – DAB-11* wpływa na możliwość potwierdzenia zarzutów w kontekście treści SIWZ.

Ponadto odnosząc się do argumentacji odwołującego zawartej w piśmie procesowym z dnia 8 września 2020 r., skład orzekający doszedł do przekonania, że nie mogła ona stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Argumentacja zawarta w przedmiotowym piśmie była albo gołosłowna tj. nie została poparta żadnymi dowodami lub stanowiła rozszerzenie zarzutów podniesionych w odwołaniu (pkt 5 i 6 pisma), co należało uznać za niedopuszczalne. Odwołujący w treści pisma używa określeń stwierdzających, że przystępujący nie wykazał kompetencji w przywołanym zakresie, nie prawdziwe są jego stwierdzenia odnośnie posiadania kompetencji zgodnie z SIWZ lub nie przedstawił żadnych dowodów na to, iż stosowane przez niego metody badań są równoważne do tych wymaganych w SIWZ. Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu, wynikającą z art. 6 k.c. w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp, obowiązek udowodnienia okoliczności faktycznych spoczywa na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny (w tym wypadku na odwołującym), a odwołujący nie był w stanie udowodnić swoich twierdzeń wobec oferty przystępującego, zatem Izba uznała je za nieudowodnione i gołosłowne.

Dodatkowo skład orzekający przyjął za własną argumentację zamawiającego, że wbrew twierdzeniom odwołującego stan faktyczny sprawy rozpoznanej orzeczeniem o sygn. akt KIO 1072/18, w którym uwzględniono zarzuty odwołującego, nie był bardzo zbliżony do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, a jedynym punktem wspólnym obu spraw było to, że dotyczyły sporu co do zakresu posiadanych przez uczestników obu postępowań akredytacji. W tamtej sprawie spór nie zasadał się bowiem na opisie w akredytacji normy spełnianej przez laboratorium, a na wykładni przedmiotu badań akredytowanych i ocenie, czy odpady o kodzie 19 12 12 mieszczą się w definicji pojęcia *stałe paliwa wtórne* (akredytacja obejmowała drugą z badanych kategorii, która w ocenie tamtejszego odwołującego podzielonej przez Izbę nie obejmowała odpadów). W niniejszej sprawie obie sporne akredytacje (wystawione dla przystępującego i jego podwykonawcy) obejmują badania odpadów, w tym – odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia, a odwołujący kwestionował (z uwagi na zapisy akredytacji przystępującego odnoszące się do procedury badawczej opartej na normie PN-EN, nie zaś wprost do normy PN-EN) objęcie akredytacją badań w ramach procedury znormalizowanej. Powyższe potwierdziło, że w przedmiotowej sprawie nie wystąpił bardzo zbliżony stan faktyczny do sprawy KIO 1072/18, stąd był on nieprzydatny dla poparcia argumentacji odwołującego.

W związku z tym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W wyniku oddalenia tego zarzutu skład orzekający stwierdził, że zamawiający nie naruszył także pozostałych przepisów wymienionych przez odwołującego w treści przedmiotowego zarzutu tj. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 Pzp.

Jeśli chodzi o drugi zarzut podniesiony w odwołaniu Izba uznała, że odwołujący niewłaściwie zinterpretował postanowienia SIWZ w zakresie części III pkt 1.2. ppkt. 2 tiret trzecie, dotyczące warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, związanego z dysponowaniem przez wykonawcę laboratorium badawczym posiadającym określone cechy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący dokonał niedopuszczalnej nadinterpretacji przedmiotowego warunku przez pryzmat przedmiotu postępowania i warunków realizacji przyszłej umowy, wywodząc jakoby obejmował on konieczność wykazania się dysponowaniem laboratorium prowadzącym akredytowane badania odpadów konkretnego rodzaju (o określonym kodzie) w ramach konkretnej normy. Tymczasem zamawiający w treści SIWZ nie wskazał rodzaju (kodu) odpadów, którego ma dotyczyć akredytacja laboratorium, wykazywanego na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych. Zamawiający żądał, by wykonawca biorący udział w postępowaniu wykazał zdolność do udziału w nim na minimalnym określonym w SIWZ poziomie, obejmującym dysponowanie laboratorium, posiadającym 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 lub równoważnej w zakresie obejmującym prowadzenie badań odpadów zgodnie z normami:

- PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne – oznaczanie wartości opałowej,
- PN-EN-15440:2011 Stałe paliwa wtórne – metody oznaczania zawartości biomasy.

Tym samym jedynym, co zamawiający był uprawniony badać w ramach tak postawionego warunku było, czy laboratorium znajdujące się w dyspozycji wykonawcy posiada:

- akredytację PCA lub równoważną, obejmującą prowadzenie badań odpadów zgodnie z normą PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne – oznaczanie wartości opałowej oraz
- akredytację PCA lub równoważną, obejmującą prowadzenie badań odpadów zgodnie z normą PN-EN-15440:2011 Stałe paliwa wtórne – metody oznaczania zawartości biomasy.

Przyjmując stanowisko zamawiającego Izba doszła do przekonania, że przystępujący, spełnił kwestionowany warunek udziału w postępowaniu, albowiem zgodnie z przedstawionymi akredytacjami (odpowiednio AB 213 i AB 687) Polskiego Centrum Akredytacji, obejmują one prowadzenie badań odpadów zgodnie z normami:

a) w przypadku przystępującego – akredytacja AB 213:

- PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne – oznaczanie wartości opałowej, zapis z akredytacji (str. 20/60);
- PN-EN-15440:2011 Stałe paliwa wtórne – metody oznaczania zawartości biomasy, zapis z akredytacji (str. 9/60);

b) w przypadku podwykonawcy – akredytacja AB 687:

- PN-EN 15400:2011 Stałe paliwa wtórne – oznaczanie wartości opałowej, zapis z akredytacji (str. 9/18);

- PN-EN-15440:2011 Stałe paliwa wtórne – metody oznaczania zawartości biomasy, zapis z akredytacji (str. 10/18).

W związku z tym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W wyniku oddalenia tego zarzutu skład orzekający stwierdził, że zamawiający nie naruszył także pozostałych przepisów wymienionych przez odwołującego w treści przedmiotowego zarzutu tj. art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 4 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Przewodniczący: