

Sygn. akt: KIO 1843/12

## WYROK

z dnia 5 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa-Ordysińska**

Protokolant: **Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2012 r. przez **Odwołującego** – AWAS - Systemy Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa – Międzyzlesie, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gminę Bakalarzewo, ul. Rynek 3, 16-423 Bakalarzewo

przy udziale **Wykonawcy** – R..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHUP PALWOD R..... P....., ul. Suwalska 16, 19-500 Gołdap, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i **nakazuje Zamawiającemu Gminie Bakalarzewo, ul. Rynek 3, 16-423 Bakalarzewo, powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego – AWAS - Systemy Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa.**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Gminę Bakalarzewo, ul. Rynek 3, 16-423 Bakalarzewo i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – AWAS - Systemy Sp. z o.o., Ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Gminy Bakalarzewo, ul. Rynek 3, 16-423 Bakalarzewo, na rzecz **Odwołującego** – AWAS - Systemy Sp. z o.o., ul. Żegańska

1, 04-713 Warszawa, kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Suwałkach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Gmina Bakalarzewo (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Bakalarzewo”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 264304 - 2012 z dnia 23 lipca 2012 roku, i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 29 sierpnia 2012 r. AWAS-Systemy Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

**1. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych** poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż oferta Odwołującego w pełni odpowiadała treści SIWZ. Zamawiający mianowicie odrzucił ofertę AWAS Systemy Sp. z o.o. uznając, że - w wyniku oceny złożonej oferty i uzupełnionych dokumentów przez Odwołującego w dniu 21 sierpnia 2012 roku - ich treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Programowi Funkcjonalno - Użytkowemu w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi budowlane odpowiadają określonym wymaganiom. Zamawiający uznał bowiem, że „treść przedłożonego wyjaśnienia Odwołującego z dnia 23 sierpnia 2012 roku w trybie art. 87 pkt 1 ustawy Pzp nie potwierdza, że oferowane oczyszczalnie spełniają wymóg co do pojemności części osadnikowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym pkt 2 ppkt 2.2.” (dotyczącymi osadników gnilnych) w sytuacji, kiedy zdaniem Odwołującego zgodnie z treścią wyjaśnień do SIWZ z dnia 31 lipca 2012 roku w odpowiedzi na pytanie nr 16 zrezygnował z wymogu posiadania przez PBOŚ osadnika gnilnego. Ponadto urządzenia oferowane przez Odwołującego są zgodne z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, a producent urządzeń spełnia wymogi standardów środowiskowego wg normy ISO 14001, co zostało udowodnione stosownymi dokumentami załączonymi do oferty i nigdy nie było kwestionowane przez Zamawiającego.

2. Art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty AWAS-Systemy Sp. z o.o. mimo, iż oferta

Odwołującego w pełni odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający odrzucił ofertę uznając, iż „treść przedłożonego wyjaśnienia Odwołującego z dnia 23.08.2012 roku w trybie art. 87 pkt 1 ustawy Pzp nie potwierdza, że oferowane oczyszczalnie spełniają wymóg co do pojemności części osadnikowej zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Programie Funkcjonalno - Użytkowym pkt 2 ppkt 2.2.” (dotyczącymi osadników gnilnych). Wskazać należy, iż wymogi Zamawiającego co do posiadania przez oferowane oczyszczalnie ścieków osadnika gnilnego, nie zostały wyrażone w SIWZ, a jedynie w Programie Funkcjonalno - Użytkowym stanowiącym załącznik do SIWZ. Ocena ofert według Odwołującego winna odbywać się wyłącznie w oparciu o parametry i kryteria wprost określone przez Zamawiającego w treści SIWZ nie zaś w załącznikach do oferty. Zgodnie z treścią SIWZ str. 10 pkt VI „w zakresie potwierdzenia, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć: Raport z badań PBOŚ, zgodny z normą PN-EN 12566-3 + A1:2009 w tym załącznik B - procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską”. Powyższe dokumenty zostały przez Odwołującego załączone do oferty i nie były kwestionowane przez Zamawiającego. Odwołujący spełnił wszystkie wymagania stawiane przez SIWZ zaś odrzucony został z powodu wymagań nie ujętych przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca R..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHUP PALWOD R.....P....., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu uchylenia wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy R..... P.....,
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i dopuszczenia oferty tego Odwołującego do badania i oceny przez Zamawiającego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w celu wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ przedmiotowego postępowania oraz przepisami prawa,
- 4) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w SIWZ, m.in. w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, gdzie w pkt. 2.2 opisał wymogi co do przedmiotu zamówienia, m.in. że ma posiadać osadnik gnilny.
2. Zgodnie z treścią wyjaśnień do SIWZ z dnia 31 lipca 2012 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 16 w brzmieniu następującym: *„Czy zamawiający dopuszcza układ oczyszczalni ścieków bez zastosowania osadnika gnilnego. Opisanie wymogów w pkt 2.2 i pkt 2.2.2. dotyczące osadników gnilnych sugerują, że osadnik gnilny jest w ciągu technologicznym pożądanym przez Zamawiającego. Wyjaśniam, że w związku z tym, że Zamawiający określił, że PBOŚ mają spełnić wymogi normy PN-EN 12566-3 + A1:2009 norma ta nie dotyczy układu ścieków z osadnikiem gnilnym. Urządzenia spełniające normę nie są badane na pracę z 3 dobowym przetrzymaniem ścieków. Norma określa wyłącznie sytuacje awaryjne braku energii elektrycznej przez 24h. Nie jest możliwe więc wymaganie 3 dobowego przetrzymania ścieków w oczyszczalni spełniającej w/w normę. Oczyszczalnie pracują w oparciu - jak wcześniej Zamawiający określa - procesy tlenowe eliminujące długo trwałe zagniwanie ścieków surowych /3 dni/. Wszystkie wymagania opisane w PFU dotyczące osadników gnilnych odnoszą się do wymagań normy PN-EN 12566-2 oczyszczalnie z osadnikiem gnilnym i drenażem rozsączającym.”* Zamawiający stwierdził, *„Wymaga się, aby przedmiot zamówienia tzn. PBOŚ zaprojektowano zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, a producent urządzeń spełniał wymogi standardów zarządzania środowiskowego wg normy ISO 14001 lub równoważnej np. EMAS. Zamawiający dopuszcza urządzenia pracujące w oparciu o każdą dostępną technologię spełniającą ww wymagania.”*
3. Odwołujący złożył ofertę na oczyszczalnie ścieków zgodne z normą *„PN-EN 12566-3+A1:2009*, a producent urządzeń spełniał wymogi standardów zarządzania środowiskowego wg normy ISO 14001 lub równoważnej np. EMAS. (co Izba uznała za bezsporne, bowiem Zamawiający nie kwestionował twierdzeń Odwołującego w tym zakresie), ale nie posiadające osadnika gnilnego.
4. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako niezgodną z SIWZ, ponieważ nie oferowała oczyszczalni z osadnikiem gnilnym.

Rozstrzygnięcie sporu w niniejszym postępowaniu sprowadzało się do ustalenia, czy oferta Odwołującego była zgodna z SIWZ, czy nie – tj. czy było wymagane zaoferowanie

oczyszczalni z osadnikiem gnilnym. Strony nie były zgodne co do konsekwencji, jakie miała odpowiedź na pytanie nr 16 na opis przedmiotu zamówienia: według Zamawiającego było to wyjaśnienie, a nie modyfikacja SIWZ (bowiem, jak twierdził na rozprawie, są to odmienne czynności, w ślad za odpowiedzią nr 16 nie zmienił ogłoszenia ani terminu otwarcia ofert), i nie miało ono żadnego wpływu na opis przedmiotu zamówienia zawarty m.in. w PFU. Natomiast według Odwołującego, Zamawiający odpowiedzią na pytanie nr 16 zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia, rezygnując z wymogu osadnika gnilnego.

Izba, po analizie treści pytania nr 16 i odpowiedzi na nie, podzieliła stanowisko Odwołującego. Zamawiający zmienił opis przedmiotu zamówienia (PFU był częścią SIWZ) rezygnując z bezwzględnego wymogu co do osadnika gnilnego, a dopuszczając urządzenia pracujące w oparciu o każdą dostępną technologię spełniającą wymagania normy PN-EN 12566-3+A1:2009, przy czym producent urządzeń ma spełniać wymogi standardów zarządzania środowiskowego wg normy ISO 14001 lub równoważnej np. EMAS. Taki wniosek wynika wprost, jednoznacznie z odpowiedzi na pytanie nr 16 (dopuszczenie urządzeń pracujących w każdej dostępnej technologii, spełniającej wymagania przywołanej normy). Zamawiający tym samym zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia. Izba zauważa, że nie jest istotne, jak Zamawiający nazwie daną czynność podjętą w postępowaniu, ważny jest jej zakres i skutki, które rodzi dla postępowania. Skoro Zamawiający oświadczył, że dopuszcza każdą dostępną technologię zgodną z konkretnymi normami, to wykonawcy mieli pełne prawo uznać takie oświadczenie Zamawiającego za wiążące. Nie jest przy tym istotne dla oceny skuteczności takiego oświadczenia dla wykonawców, czy Zamawiający zachował się zgodnie ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z ustawy (zmiana ogłoszenia czy terminu otwarcia ofert). Odwołujący miał rację - skoro fakt posiadania przez oferowane urządzenia osadnika gnilnego był dla Zamawiającego istotny, dlaczego nie powołał się na normę PN - EN 12566-1, która to wymaga tego elementu w przydomowych oczyszczalniach ścieków, natomiast przywoływał normę PN - EN 12566-3 + A1/2009, która to takiego wymogu nie przewiduje.

Powyższa interpretacja nie stoi w sprzeczności z wymogami Zamawiającego dotyczącymi osadnika gnilnego (gdzie Zamawiający szczegółowo opisuje, jakie wymogi powinien on spełniać) – uznać trzeba, że Zamawiający dopuścił każdą możliwą technologię, przy zastrzeżeniu dochowania sprecyzowanych wymogów w przypadku zaoferowania osadnika gnilnego.

Izba stwierdza, że oferta Odwołującego - złożona zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 16, zgodna z wymogami normy PN-EN 12566-3+A1:2009, przy czym producent urządzeń spełnia wymogi standardów zarządzania środowiskowego wg normy ISO 14001 lub równoważnej np. EMAS,

równocześnie spełniająca podwyższony (wobec normy) wymóg odnośnie skuteczności oczyszczania fosforu i azotu - odpowiada SIWZ i nie powinna być odrzucona. Oferta taka nie jest ofertą wariantową, skoro przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie i wybudowanie oczyszczalni, a Zamawiający dopuścił każdą możliwą technologię, spełniającą określone normy.

Ze stanowiska Zamawiającego wynikało, że nie było jego intencją dokonanie takiej zmiany, niemniej jednak Izba stwierdza, że w przedmiotowym stanie faktycznym intencja Zamawiającego rozminęła się całkowicie z wnioskami wynikającymi z odpowiedzi udzielonej przez niego na pytanie nr 16. W ocenie Izby, jak już wyżej stwierdzono, interpretacja odpowiedzi na pytanie nr 16 jest jednoznaczna, i dopuszcza ona wykonanie oczyszczalni w każdej dostępnej technologii, spełniającej przywołaną przez Zamawiającego normę (Zamawiający nie przywołał normy opisującej wymogi dotyczące osadnika gnilnego, ale inną normę).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do opisywanych w odwołaniu naruszeń, oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....