

Sygn. akt: KIO 1966/20, KIO 1968/20

WYROK
z dnia 28 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Envimet Services sp. z o.o. w Krakowie** (sygn. akt KIO 1966/20),
- B) w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Envimet Services sp. z o.o. w Krakowie** (sygn. akt KIO 1968/20)

w postępowaniach prowadzonych przez **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie**

- A) na zakup mini stacji pomiarowych pyłu zawieszonego (sygn. akt KIO 1966/20),
- B) na zakup automatycznych mierników pyłu PM10/PM2.5 (sygn. akt KIO 1968/20)

orzeka:

1. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1966/20,**
2. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1968/20,**
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1966/20 obciąża wykonawcę **Envimet Services sp. z o.o. w Krakowie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Envimet Services sp. z o.o. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **Envimet Services sp. z o.o. w Krakowie** na rzecz **Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1968/20 obciąża wykonawcę **Envimet Services sp. z o.o. w Krakowie** i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Envimet Services sp. z o.o. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 4.2. zasądza od wykonawcy **Envimet Services sp. z o.o. w Krakowie** na rzecz **Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione 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 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, których przedmiotem jest „zakup mini stacji pomiarowych pyłu zawieszonego” (sygn. akt KIO 1966/20), oraz „zakup automatycznych mierników pyłu PM10/PM2.5” (sygn. akt KIO 1968/20).

Ogłoszenie o zamówieniu w pierwszym z ww. postępowań zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 maja 2020 r. nr 2020/S 094-223868, a w drugim 29 kwietnia 2020 r. nr 2020/S 084-198504.

7 sierpnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Envimet Services sp. z o.o. w Krakowie, zwanego dalej „odwołującym” o odrzuceniu złożonych przez niego ofert w postępowaniu na „zakup mini stacji pomiarowych pyłu zawieszonego oraz w postępowaniu na „zakup automatycznych mierników pyłu PM10/PM2.5”.

W dniu 17 sierpnia 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęły odwołania złożone przez odwołującego wobec czynności odrzucenia złożonych przez niego ofert w obu postępowaniach. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 1966/20 oraz sygn. akt KIO 1968/20.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1966/20 wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) czynności odrzucenia swej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, podczas gdy oferta spełnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 4 w zw. z art. 30b ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, podczas gdy odwołujący wykazała za pomocą załączonych do oferty oraz pisma ją uzupełniającego dokumentów, iż proponowane przez niego mini stacje pomiarowe pyłu zawieszonego PM10/PM2.5 spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty odwołującego i uznanie jej za niezgodną z treścią SIWZ, co powoduje niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący w sprawie KIO 1966/20 wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i w konsekwencji wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący w sprawie KIO 1966/20 podniósł, że zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ tabela 2 Wymagania szczegółowe dla urządzeń - potwierdzenie równoważności - Zamawiający żądał załączenia do oferty:

„Raportu z badań (w języku polskim lub angielskim) potwierdzającego równoważność pomiarów analizatora wraz z głowicą separacyjną /układem separującym (w zależności co występuje), w dostarczanej konfiguracji, z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza:

Badania i raport wykonane przez laboratorium akredytowane, tzn. posiadające, w momencie wykonywania badania, akredytację na normę EN ISO/IEC 17025 w zakresie przeprowadzanych badań;

Metodyka postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodna z normą EN 16450:2017 lub równoważną (przy zastosowaniu metodyki równoważnej do opisanej w normie Wykonawcy dostarczy dokument, który potwierdzi, iż zastosowana w oferowanym urządzeniu metoda pomiarowa jest w pełni równoważna z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza, z zastrzeżeniem, iż metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie);

Raport musi bazować na wynikach stężeń pyłu z automatycznego analizatora ustawionego w tryb pracy ciągłej 30 minutowej lub 60 minutowej (średnie bazowe 30-minutowe lub 60-minutowe, uśredniane następnie do średniej dobowej);

Pomiary/badania, na których bazuje raport, w co najmniej 50% przeprowadzone w kraju (krajach) Europejskich, w których występują warunki zbliżone do Polskich (np. klimat, rodzaj pyłu — Polska, Słowacja, Czechy, Austria, Niemcy);

Do oferty dołączyć raport do oferowanego urządzenia w formie cyfrowej zarówno dla pyłu PM10 jak i PM2.5, w języku polskim lub angielskim; gdy całość raportu została dostarczona w języku angielskim wnioski w języku polskim.”

Odwołujący podniósł, że załączył do oferty product conformity certificate GRIMM model EDM 180 / EDM 180+ for PM10 and PM 2.5 (certyfikat zgodności produktu GRIMM

model EDM 180 / EDM 180+ for PM10 i PM2.5) wraz z tłumaczeniem pierwszej strony, EQUIVALENCE TEST FOR PM10 AND PM2.5, tj. raport z badań terenowych wraz z tłumaczeniem wniosków oraz pismo producenta Grimm Aerosol Technik, które wykazują, że oferowane przez niego mini stacje pomiarowe pyłu zawieszzonego PM10/PM2.5 spełniają wymagania Zamawiającego.

Odwołujący argumentował, że certyfikat zgodności produktu GRIMM model EDM 180 / EDM 180+ for PM10 i PM2.5, potwierdza spełnienie standardów i MCERTS dla systemów ciągłego monitorowania jakości powietrza atmosferycznego, wersja 10, z czerwca 2016 roku. Odwołujący wskazał, że zamawiający zarzuca, iż „w certyfikacie nie ma przywołanej metodyki postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodnej z normą EN 16450:2017 lub równoważną wskazaną w przedmiotowym piśmie”. Odwołujący argumentował, iż zamawiający w ogóle nie wymagał dostarczenia certyfikatu, więc nie powinien on być podstawą do kwestionowania jego oferty. Argumentował, że certyfikat został przez niego załączony dodatkowo, aby uwypuklić spełnienie wymogów stawianych ofertom przez zamawiającego. Jeśli jednak chodzi o brak w certyfikacie przywołanej metodyki postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodnej z normą EN 16450:2017 lub równoważną to wskazał, iż certyfikat bazuje na wersji z 2016 roku, czyli jeszcze przed wydaniem normy EN 16450:2017, zatem odesłanie w tym dokumencie do nieistniejącej na czas jego sporządzania normy było po prostu fizycznie niemożliwe. Odwołujący argumentował, że zastosowana metodologia jest bardzo wyraźnie opisana w raporcie z badań i jest identyczna z metodologią zastosowaną w normie EN 16450:2017, co powoduje, iż wymagania zawarte w SIWZ zostały spełnione.

Odwołujący wywiódł, że wymóg potwierdzenia równoważności metodyki z normą EN 16450:2017 został już spełniony przez załączenie do oferty pisma producenta, albowiem zamawiający w SIWZ wymagał jedynie dostarczenia dokumentu potwierdzającego równoważność metodologii, bez wyspecyfikowania, od jakiego podmiotu taki dokument powinien pochodzić. Odwołujący podkreślił też, że po wezwaniu go do przedłożenia dodatkowych dokumentów zwrócił się do jednostki certyfikującej o wydanie oficjalnego potwierdzenia o zgodności, które zostało załączone do akt postępowania. Uważał zatem, że dołączył do oferty dokument od producenta, powołujący się na stanowisko podmiotu certyfikowanego, a następnie po otrzymaniu wezwania stanowisko samego podmiotu certyfikowanego.

Odwołujący wskazał, że z dokumentu EQUIVALENCE TEST FOR PM10 AND PM2.5, tj. raportu z badań terenowych wynika, iż pyłomierz GRIMM EDM 180 do ciągłego monitorowania PM spełnił kryteria wyszczególnione w wytycznych dla dowodów równoważności metod pomiarowych we wszystkich czterech miejscach pomiarowych.

Argumentował, że z pisma producenta Grimm Aerosol Technik wynika, iż producent potwierdza, że zgodnie z informacjami uzyskanymi od MCERT z dnia 28 maja 2020 r., metodologia badań polowych równoważności, które są podstawą certyfikatu Nr. Sira MCI20198/04 została wykonana w pełnej zgodności z normą EN 16450:2017.

Następnie odwołujący wskazał, że na wezwanie zamawiającego dostarczył dodatkowo pismo CSA Group Testing UK Ltd z dnia 24 czerwca 2020 roku wraz z tłumaczeniem oraz raport nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 wystawiony przez Bureau Veritas Umweltbundesamt wraz z tłumaczeniem. Zdaniem odwołującego z pisma CSA Group Testing UK Ltd z dnia 24 czerwca 2020 roku wprost wynika, iż system GRIMM Model EDM 180 (zob. Certyfikat MCERTS „Sira MC120198 / 04”) został poddany kilku próbom terenowym, które są równoważne z procedurami prób terenowych dla EN 16450:2017. Te testy terenowe dowiodły, że EDM 180 spełnia kryteria równoważności dla metod referencyjnych dla PM10 i PM2.5.

Odwołujący podniósł, że przedkładając raport nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 wystawiony przez Bureau Veritas Umweltbundesamt wraz z tłumaczeniem już spełnił wymóg zamawiającego określony w załączniku nr 7 do SIWZ w części żądania *„Raportu z badań (w języku polskim lub angielskim) potwierdzającego równoważność pomiarów analizatora wraz z głowicą separacyjną /układem separującym (w zależności co występuje), w dostarczanej konfiguracji, z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza.”*

Odwołujący wskazał, że zamawiający w piśmie stanowiącym wybór najkorzystniejszej oferty niesłusznie zarzuca, że *„w rzeczonym raporcie Bureau Veritas Umweltbundesamt nie ma jednak opisanych metod postępowania, które są wymagane przez normę EN 16450:2017”*, co - jak się zdaje - miałyby powodować, iż załączony przez odwołującego raport nie spełnia wymagań Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z zapisami SIWZ metody postępowania, które są wymagane przez normę EN 16450:2017 nie muszą być opisane w raporcie akredytowanego laboratorium, a jedynie wynikać z „dokumentu”. Zgodnie z literalnym brzmieniem załącznika nr 7 do SIWZ: *„Metodyka postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodna z normą EN 16450:2017 lub równoważną (przy zastosowaniu metodyki równoważnej do opisanej w normie Wykonawcy dostarczy dokument, który potwierdzi, iż zastosowana w oferowanym urządzeniu metoda pomiarowa jest w pełni równoważna z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do*

oceny jakości powietrza, z zastrzeżeniem, iż metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie”.

Zdaniem odwołującego dokumentem spełniającym wymogi zawarte przez zamawiającego w dalszej treści załącznika nr 7 do SIWZ, tj. dokumentem, który potwierdza, iż zastosowana w oferowanym urządzeniu metoda pomiarowa jest w pełni równoważna z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza jest przede wszystkim złożone przez niego zaświadczenie od producenta Grimm Aerosol Technik powołujący się na laboratorium certyfikowane oraz oświadczenie CSA Group Testing UK Ltd, czyli dokument z samego laboratorium potwierdzające że wykazana przez wykonawcę metodologia jest równoważna z normą 16450:2017.

Odwołujący wywodził, że zamawiający w uzasadnieniu dokumentu stanowiącego wybór najkorzystniejszej oferty, wskazuje, że *„postawił warunek, aby urządzenie, które zostanie zaoferowane posiadało wykazaną równoważność z metodyką referencyjną - metodyka wykazywania równoważności winna być zgodna z tym, co wskazuje norma EN 16450:2017. Zgodnie z PZP zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania metodyki równoważnej do opisanej w przytoczonej normie przy wykazaniu równoważności pomiarów urządzenia do metodyki referencyjnej - jednakże zastrzegł, że metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie. Punkt 7 normy EN 16450:2017 wskazuje, iż badania powinny składać się z części polowej oraz laboratoryjnej. Raport dostarczony przez firmę ENVIMET Services sp. z o.o. dotyczy tylko części polowej badań, nie ma w nim nigdzie przytoczonej i opisanej części laboratoryjnej.”*

Odwołujący wywiódł, że należy odróżnić pełne badanie zatwierdzenia typu, tj. spełnienie całej normy EN 16450:2017 od potwierdzania metodologii/metodyki równoważności zgodnie z normą EN 16450:2017. Czym innym jest bowiem test równoważności, czyli badanie terenowe (którego przedstawienia w SIWZ wymagał Zamawiający i które przedstawił Wykonawca) a czym innym jest test wydajności, czyli badania laboratoryjnego (którego zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający nie wymagał, jednak w związku z brakiem jego przedstawienia odrzucił ofertę odwołującego). Pełne badanie typu na obecność cząstek stałych składa się z testu równoważności (test terenowy) i testu właściwości (test laboratoryjny). Wynika to z brzmienia punktu 7 normy EN 16450:2017 zatytułowanym „Badanie typu” i obejmującym badanie laboratoryjne (punkty 7.4.3, 7.4.4, 7.4.6, 7.4.7, 7.4.8, 7.4.9) oraz badanie w terenie opisane w punkcie 7.5 jako „Test terenowy”.

Zdaniem odwołującego spór w niniejszej sprawie wynika z niewłaściwego zrozumienia przez zamawiającego czym jest metodyka/metodologia pomiarowa do

potwierdzenia równoważności z metodą referencyjną. Wskazywał, iż jest ona szczegółowo opisana w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 roku zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE (zwanej dalej Dyrektywą) i dotyczy wyłącznie badań polowych, a nie laboratoryjnych. Metodyka/metodologia pomiarowa określona w Dyrektywie stanowi podstawę normy 16450:2017 (oraz norm poprzednio obowiązujących), a norma 16450:2017 (jak i normy poprzednio obowiązujące) oprócz potwierdzenia równoważności dodatkowo obejmuje też część pomiarów laboratoryjnych, które mają na celu potwierdzić spełnienie pewnych parametrów technicznych przez urządzenia (parametry te są definiowane odrębnie dla każdej normy). Odwołujący podkreślił, iż ta część normy nie stanowi metodologii potwierdzenia równoważności, której wymaga zamawiający.

Odwołujący wywiódł, że norma EN 16450:2017 opisuje badanie typu, tj. badanie terenowe w celu wykazania równoważności dla mierników ciągłych automatycznych pomiarów pyłów zawieszonych. Ponieważ nie opisuje samej metody referencyjnej, nie jest ona wymieniona w dyrektywach UE dotyczących jakości powietrza. Jak wskazano powyżej pełne badanie typu składa się z testu równoważności (test terenowy) i testu właściwości (test laboratoryjny). Strona 4 punkt 4 „Zakres” normy EN 16450:2017: tłumaczenie: *„Dyrektywa 2008/50/WE zezwala na stosowanie takich systemów po wykazaniu równoważności z inną metodą referencyjną, tj. po wykazaniu, że systemy te spełniają cele dotyczące jakości danych dla pomiarów ciągłych. Wytyczne dotyczące wykazania równoważności podano w odnośniku [2]. W niniejszej Normie Europejskiej określono minimalne wymagania dotyczące dokładności i procedury badań dla testów typu odpowiednich AMS [automatycznych urządzeń pomiarowych] dla cząstek stałych. Norma obejmuje ocenę jej równoważności z metodą referencyjną określoną w dyrektywie 2008/50 /WE.”* W dyrektywie użyto sformułowania „obejmuje” ocenę równoważności z metodą referencyjną, ponieważ obejmuje ona procedurę testów (tj. testów polowych — testów równoważności), jak również badanie laboratoryjne mające na celu wykazanie spełnienia wymagań co do właściwości i jakości urządzeń.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający w opublikowanym SIWZ wymagał od Wykonawców jedynie, aby *„metodyka postępowania przy potwierdzaniu równoważności była zgodna z normą EN 16450:2017 lub równoważną (...) z zastrzeżeniem, iż metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie”* — i odwołujący uważał, że tym wymaganiom sprostał przedstawiając Certyfikat zgodności produktu GRIMM model EDM 180 / EDM 180+ for PM10 i PM2.5, potwierdzający spełnienie standardów i MCERTS dla systemów ciągłego monitorowania jakości powietrza atmosferycznego. W certyfikacie bardzo szczegółowo została przedstawiona metodologia zastosowana przy badaniach mających potwierdzić równoważność pomiarów urządzenia, która jest identyczna

z metodologią zastosowaną w normie EN 16450:2017. Ponadto odwołujący wskazał, że w piśmie uzupełniającym załączył dodatkowo oficjalne potwierdzenie zgodności metodologii pochodzące od jednostki certyfikującej. Co istotne, zamawiający w SIWZ dopuścił możliwość zastosowania chociażby metodologii równoważnej, a Wykonawca przedstawił dokumenty potwierdzające zastosowanie metodologii identycznej z normą EN 16450:2017 i zgodnej z GDE (Wytycznymi Dotyczącymi Wykazywania Równoważności UE wydanymi przez Komisję Europejską w 2005 roku i poprawionymi w 2010 roku). Odwołujący wskazał, iż gdyby zamawiający chciał uzyskać od wykonawców także potwierdzenie równoważności w zakresie badań laboratoryjnych winien opisać to w zapisach SIWZ i żądać wykazania pełnej równoważności z normą 16450:2017, a nie tylko wykazania równoważności metodyki, która zgodnie z zapisami Dyrektywy jak i zapisami samej normy 16450:2017 w punkcie 7.5 dotyczy tylko i wyłącznie badań polowych. Brak zapisania takiego wymogu w treści SIWZ, a następnie stawianie przed uczestnikami przetargu takich wymagań stanowi wykroczenie poza zakres zapisów przetargowych. Zamawiający nie ma podstaw do stawiania przed uczestnikami przetargu dodatkowych wymogów, a tym bardziej do odrzucenia ich oferty ze względu na ich niespełnienie. Odwołujący wywiódł, iż wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia zamawiający zobowiązany jest do szczegółowego określenia w SIWZ wymagań związanych z jego wykonaniem poprzez dokonanie wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w art. 29 ustawy Pzp. Zamawiający nie może w toku postępowania wymogów tych zmieniać czy dokonywać ich rozszerzającej wykładni, albowiem takie postępowanie należałoby oceniać jako godzące w zasadę formalizmu postępowania oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z powyższym, przy ocenie składanych ofert zamawiający winien stosować zapisy SIWZ wprost, w toku postępowania obejmującego przetarg nieograniczony nie może być bowiem miejsca na interpretację rozszerzającą dokonywaną przez zamawiającego już w toku postępowania.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w treści uzasadnienia przyznaje, iż odwołujący przedstawił dokumentację potwierdzającą równoważność metodologii wskazując, iż *„Przedstawione przez Wykonawcę dokumenty na wezwanie Zamawiającego tj. pismo - CSA Group Testing UK Ltd, Unit 6, Hawarden Industrial Park, Hawarden, Deeside, CHS 3Uz z dnia 24.06.2020 r. (wraz z tłumaczeniem) oraz oświadczenie producenta firmy Grimm Aerosol Technik Ainring GmbH & Co. KG (wraz z tłumaczeniem) (...) potwierdzają (...) równoważność metodologii zastosowanej przy badaniach mających potwierdzić równoważności pomiarów urządzenia do metodyki referencyjnej.”*. Odwołujący uważał, że w związku z powyższym zamawiający przyznał, iż warunek ten został przez odwołującego spełniony i wykazany. Zdaniem odwołującego zamawiający bezpodstawnie jednak podnosi,

iż brakiem będącym podstawą odrzucenia oferty odwołującego jest brak przedstawienia części badań laboratoryjnych, których zamawiający nie wymagał w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w dalszej części uzasadnienia zamawiający wskazał, że *„W raporcie nie odnajdujemy kryteriów, o których mówi norma EN 16450:2017 w punktach: 7.4.3, 7.4.4, 7.4.6, 7.4.7, 7.4.8, 7.4.9, a Zamawiający dopuszczając wykorzystania metodyki równoważnej do opisanej w przytoczonej normie, przy wykazywaniu równoważności pomiarów urządzenia do metodyki referencyjnej, zastrzegając, że metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w normie EN 16450:2017.”* Zdaniem odwołującego, taki wymóg jest wymogiem szerszym niż zapisany w SIWZ przez co jest niedopuszczalny i nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego w SIWZ zamawiający żądał jedynie wykazania zgodności lub równoważności metodyki z normą EN 16450:2017 przy potwierdzaniu równoważności, czyli badania polowego z punktu 7.5 normy, a nie badań laboratoryjnych opisanych w punktach 7.4.3, 7.4.4, 7.4.6, 7.4.7, 7.4.8, 7.4.9 normy. Powyższe rozróżnienie na test polowy (test równoważności) i test laboratoryjny, z których składa się pełne badanie typu urządzenia wynika także wprost z punktu 8.1 normy o treści <tłumaczenie> *„Ocena ma postać testu równoważności, jak opisano w pkt. 7.5, który zawiera elementy badania terenowego opisanego powyżej i jest opisany w pkt. 8.2. Do tego badania przydatności potrzebna jest tylko jedna implementacja metody referencyjnej i jeden AMS [automatyczne urządzenie pomiarowe].”* Zdaniem odwołującego zapis ten wprost wskazuje, iż test równoważności opisany został w punkcie 7.5, a nie w punktach 7.4.3, 7.4.4, 7.4.6, 7.4.7, 7.4.8, 7.4.9, których zamawiający wymaga ponad wymagania SIWZ.

Odwołujący argumentował, że w dalszej części uzasadnienia zamawiający wskazał, iż *„załączony do oferty raport z badań polowych podaje, iż w trakcie badań jako pomiar referencyjny użyte zostały między innymi poborniki wysokoprzepływowe (HVS). W 2014 roku zmieniła się norma dotycząca metodyki referencyjnej pomiaru pyłu zawieszonego PM10 lub PM2.5. Nowa norma EN 12341:2014 (obejmująca obie frakcje pyłu, tj. PM10 i PM2,5) zastąpiła normy EN 12341:1998 (dla pyłu zawieszonego PM10) oraz EN 14907:2005 (dla pyłu zawieszonego PM2,5) wskazując jako urządzenie do pomiarów referencyjnych pyłu zawieszonego PM10 lub PM2.5 poborniki niskoprzepływowe (LVS), wyposażone w system chłodzenia filtrów. Z tego faktu wynika, iż oferowane urządzenie i badania wykonane dla niego nie są aktualne do obowiązującej obecnie metodyki referencyjnej pomiaru pyłu zawieszonego PM10 lub PM2.5. Norma EN 12341:2014 wskazuje, że wyniki pomiarów ze starszego typu poborników są nadal wiarygodne i możliwe do użycia jednak po uwzględnieniu dodatkowej niepewności pomiaru. W raporcie przedstawionym do urządzenia Grimm model EDM180/EDM180+ takich wyliczeń nie przedstawiono.”*

Zdaniem odwołującego podnoszone przez zamawiającego zarzuty są chybione i nieuprawnione. Decydujące w tym zakresie jest stanowisko akredytowanej jednostki

certyfikującej CSA Group Testing UK Ltd, przedstawione w piśmie z dnia 24 czerwca 2020 r. załączonym przez niego do akt sprawy po wezwaniu zamawiającego do załączenia dodatkowych dokumentów. Akredytowana jednostka certyfikująca wskazała w treści pisma, iż metodyka postępowania przy potwierdzaniu równoważności jest zgodna z normą EN 16450:2017, a zamawiający niebędący jednostką akredytowanym nie ma uprawnień do kwestionowania tych okoliczności.

Odwołujący wskazał, że w treści normy EN 12341:2014 na stronie 7 odnajdujemy zapis: <tłumaczenie> „*Obecna Norma Europejska stanowi ewolucję wcześniejszych norm europejskich (EN 12341: 1998 i EN 14907: 2005) poprzez modernizację pobornika o przepływie $2,3 \text{ m}^3 / \text{h}$ w celu uwzględnienia ograniczeń dotyczących temperatury filtra przed i po pobraniu próbek oraz możliwości monitorowania temperatury w krytycznych punktach układu pobierania próbek. Zaleca się, aby zastosowany sprzęt był w pełni zgodny z niniejszą Normą Europejską. Jednak starsze wersje tych poborników $2,3 \text{ m}^3 / \text{h}$, które nie wykorzystują chłodzenia powietrza osłonowego, możliwości chłodzenia filtrów po pobraniu próbek lub możliwości monitorowania temperatur w krytycznych punktach układu próbkowania, mają specjalny status pod względem ich używalności jako poborników referencyjnych. Wyniki historyczne uzyskane za pomocą tych poborników pozostaną ważne. Poborniki te mogą być nadal używane do celów monitorowania i badań równoważności, pod warunkiem uwzględnienia odpowiednio uzasadnionych dodatkowych poprawek do ich niepewności (patrz załącznik B).*

Ponadto trzy specjalne układy pobierania próbek — próbnik $2,3 \text{ m}^3/\text{h}$ z długą dyszą i próbnik $68 \text{ m}^3/\text{h}$ dla PM₁₀ zgodnie z EN 12341: 1998 oraz wlot $30 \text{ m}^3/\text{h}$ dla PM_{2.5} zgodnie z EN 14907: 2005 —również mają status specjalny pod względem wykorzystania jako poborników referencyjnych. Historyczne wyniki uzyskane przy użyciu tych próbników pozostaną aktualne. Próbników tych można nadal używać do celów monitorowania i prób równoważności, pod warunkiem uwzględnienia odpowiednio uzasadnionych dodatkowych poprawek do ich niepewności.”

Zdaniem odwołującego zapisy normy wskazują, iż „*historyczne wyniki uzyskane przy użyciu tych próbników pozostaną aktualne*”. Oznacza to, że żadne ponowne obliczenie nie jest wymagane i konieczne. Sformułowanie „*Pobornik nadal może być używany do celów monitorowania i badań równoważności, pod warunkiem uwzględnienia odpowiednio uzasadnionych dodatkowych poprawek do ich niepewności*” jest tylko uwagą dotyczącą używania tych próbników w przyszłości, po wejściu w życie normy.

Odwołujący podkreślał, że w przypadku stosowania pobornika wysokoprzepływowego (HVS) nie ma także potrzeby stosowania dodatkowej korekty niepewności na przyszłość. Jak zapisano na stronie 43 normy EN 12341:2014 w punkcie B3 „Figure B.6 — Equivalence of reference sampler with sampler operating at $30 \text{ m}^3 / \text{h}$ for PM 2.5” <tłumaczenie> „*Znalezione*

odchylenie odzwierciedla porównywalność obu poborników. Względnie duży rozrzut może wynikać z zastosowania systemów kontroli jakości, które są znacznie mniej rygorystyczne niż te opisane w niniejszej Normie Europejskiej. Reżimy te odzwierciedlały stan wiedzy w momencie przeprowadzania części porównań. Za każdym razem, gdy używany jest ten pobornik, nie ma potrzeby wnoszenia dodatkowego wkładu w niepewność wyników pomiarów.”

Odwołujący wskazał także, że na stronie 39 normy EN 12341:2014 w pozycji B.2.2.1 wymieniony jest instytut badawczy Umweltbundesamt (Austria), który wykonywał test urządzenia Grimm zaoferowanego przez Wykonawcę <tłumaczenie> „*Poniżej zestawiono wyniki serii równoległych pomiarów pyłu PM10 z próbnikiem wzorcowym i próbnikiem pracującym z prędkością 30 m³/h przedstawiono po dokonaniu oceny równoważności zgodnie z danymi opisanymi w pozycji [11] na rysunku 84. Wyniki zestawiono z następujących źródeł:*

- *Lander Arbeitsgemeinschaft tor Immissionsschutz (LAI), Niemcy,*
- *STIMES-Arbeitsgruppe PMio, Niemcy,*
- *Umweltbundesamt (Austria),*
- *Wspólny Ośrodek Badawczy Instytut ds. Środowiska i Zrównoważonego Rozwoju Komisji Europejskiej.*

Równoległe pomiary przeprowadzono w różnych lokalizacjach, w tym w lokalizacjach zorientowanych na ruch komunikacyjny, tła miejskiego i wiejskiego, w różnych porach roku meteorologicznego.”

Odwołujący argumentował, że jako trzeci argument mający stanowić podstawę odrzucenia jego oferty zamawiający wskazał, że „*dostarczony na żądanie Zamawiającego dokument CSA Group Testing UK Ltd, Unit 6, Hawarden Industrial Park, Hawarden, Deeside, CH5 3Usz (wraz z tłumaczeniem) datowany jest na dzień 24.06.2020 r., która to data wskazuje na wystawienie dokumentu po dacie otwarcia ofert (02.06.2020 r.). W pierwotnej wersji certyfikatu wystawionego przez firmę MCERTS nr. Certyfikatu: SiraMC120198/04, a datowanej nadzień 08.02.2018 r. nie znajdowała się informacja potwierdzająca wykazanie w raporcie nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 z grudnia 2010 r. równoważności do normy EN 16450:2017.”*

Odwołujący podniósł, że nie było fizycznej możliwości, aby w certyfikacie zapisano, iż metodologia zastosowana przy badaniach mających potwierdzić równoważność pomiarów urządzenia, jest zgodna z metodologią zastosowaną w normie EN 16450:2017 lub równoważną, albowiem certyfikat został wydany przed powstaniem normy EN 16450:2017. Niemniej jednak zgodność ta wynika z samej treści certyfikatu, a poza tym równoważność metodologii potwierdzona została przez wykonawcę w załączonym do oferty piśmie

pochodzącym od producenta, które zostało sporządzone przed upływem terminu składania ofert. W SIWZ nie wskazano jaki podmiot ma potwierdzić równoważność do normy EN 16450:2017, w związku z czym nie ma podstaw, aby zamawiający nie uwzględnił pisma producenta, które zawierało potwierdzenie równoważności i wydane było przed dniem otwarcia ofert, czyli przed 02.06.2020 r. Ponadto odwołujący wskazał, iż po wezwaniu go przez zamawiającego do przedłożenia dodatkowej dokumentacji zwrócił się także do jednostki certyfikującej (Grupy CSA) o wydanie potwierdzenia równoważności, które zostało również przekazane zamawiającemu. Z przyczyn naturalnych odpowiedź grupy CSA stanowiąca dokument CSA Group Testing UK Ltd, Unit 6, Hawarden Industrial Park, Hawarden, Deeside, CHS 3Usz nie mogła być datowana wcześniej niż pismo zamawiającego zobowiązujące wykonawcę do przedłożenia dodatkowych dokumentów.

Odwołujący wskazał, że w dalszej części załącznika 7 do SIWZ znajduje się wymaganie, że *„Raport musi bazować na wynikach stężeń pyłu z automatycznego analizatora ustawionego w tryb pracy ciągłej 30 minutowej lub 60 minutowej (średnie bazowe 30—minutowe lub 60-minutowe, uśredniane następnie do średniej dobowej)”*. Odwołujący argumentował, że w swojej ofercie przedstawił, iż oferowany produkt spełnia wymagania Zamawiającego i jest zdolny do pracy w trybie 30 lub 60 minutowej. Opisany powyżej raport nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 z testów terenowych dotyczących równoważności uzyskiwanych wyników względem metody referencyjnej dotyczył analizatora EDM180PM2.5, a więc tego samego co jest przedmiotem niniejszego przetargu. Wobec tego odwołujący uważał, że spełnił wymagania SIWZ w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że kolejnym wymaganiem stawianym przed wykonawcami było to, aby *„Pomiary/badania, na których bazuje raport, w co najmniej 50% przeprowadzone w kraju (krajach) Europejskich, w których występują warunki zbliżone do Polskich (np. klimat, rodzaj pyłu - Polska, Słowacja, Czechy, Austria, Niemcy).”* Odwołujący uważał, że spełnił również to żądanie zamawiającego, ponieważ przedstawiony raport dotyczył badań terenowych przeprowadzonych w 4 miastach austriackich.

Podsumowując odwołujący wywiódł, że spełnił wszystkie wymogi zapisane przez zamawiającego w SIWZ. Zaoferowane urządzenie Grimm EDM 180 ma wszystkie cechy wymagane w SIWZ. Oferowany instrument jest powszechnie używany w Polsce oraz w wielu innych krajach Europy, a także na świecie. Analizator został zaprojektowany w przeszłości, ale nadal spełnia obecne wymagania techniczne i posiada wymaganą metodologię równoważności. Zapisy nowoadoptowanych norm EN 12341: 2014, a także EN 16450: 2017 zadbały o to, aby już istniejące analizatory nadal miały szansę na wykorzystanie, nawet jeśli zostały certyfikowane na starsze wersje norm. Zasady

równoważności (określone w Wytycznych dotyczących wykazania równoważności) zostały nieznacznie zmienione w 2010 r. W związku z tym konieczne było ponowne obliczenie wyników badań. Dokonano tego w raporcie z badań nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 z grudnia 2010 r., czego wynikiem był certyfikat MCERTS wydany przez grupę CSA.

Z ostrożności odwołujący podniósł, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie daje podstaw do odrzucenia oferty z powodu jakiegokolwiek niezgodności oferty z treścią SIWZ, a jedynie w przypadku zaistnienia niezgodności istotnych jej elementów z treścią SIWZ. Argumentował, że nawet jeśli uznać, że nie złożył zamawiającemu wszystkich żądanych przez niego dokumentów (choć zdaniem odwołującego wszystkie właściwe dokumenty zostały dostarczone), albo nie w takiej formie jak zamawiający sobie tego życzył, ale oferta spełniła cel wymagań formalnych zawartych w SIWZ nie może ona zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako oferta niezgodna z SIWZ. Ponadto nie da się z postanowień SIWZ i projektu umowy wywieść, że wymagane przez zamawiającego dodatkowe dokumenty miały jakiegokolwiek znaczenie przekładające się na zakres przyszłego zobowiązania, które powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. Takiego znaczenia nie wykazał również sam zamawiający.

Odwołujący podniósł także, że abstrahując od argumentacji przedstawionej powyżej z ostrożności procesowej wskazuje, iż zgodnie z art. 89 ust. 4 ustawy „*W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne z normami, europejskimi ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których się ona odnosi, jeżeli wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.*”

Zdaniem odwołującego treść art. 30b ust. 4 ustawy Pzp (pomimo, iż nie ma on z a stosowania w niniejszej sprawie, bo do oferty zostały złożone wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty) „*Zamawiający akceptuje odpowiednie środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.*” Zdaniem odwołującego z przepisu tego

wynika, iż zamawiający ma obowiązek akceptować nawet inne dokumenty czy środki dowodowe niż wymaga w SIWZ, byle by wykazywały one konkretne właściwości oferowanego produktu - tym bardziej zatem niezrozumiałe jest odrzucenie jego oferty. Jako przykład innego środka dowodowego ustawa Pzp podaje dokumentację techniczną producenta. Katalog środków dowodowych nie został jednak zamknięty. Zamawiający ma więc obowiązek dopuścić inne niż wymienione przykładowo w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp środki dowodowe. Przedkładany dokument powinien stanowić dowód zgodności rozwiązań z wymogami instytucji zamawiającej. Zdaniem odwołującego brak w treści SIWZ odwołania do art. 30b ust. 4 ustawy Pzp nie oznacza, że zamawiający nie jest obowiązany do jego stosowania. Wskazany przepis jest bowiem przepisem bezwzględnie obowiązującym (imperatywnym), zawierającym nakaz, od wypełnienia którego nie można się uchylić. Zamawiający, do którego przytoczona norma jest skierowana, zobowiązany jest zachować się zgodnie z jej treścią

Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 1968/20 wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) czynności odrzucenia swej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, podczas gdy oferta spełnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 4 w zw. z art. 30b ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, podczas gdy odwołujący wykazał za pomocą załączonych do oferty oraz pisma ją uzupełniającego dokumentów, iż proponowane przez niego automatyczne mierniki pyłu zawieszonego PM10/PM2.5 spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty odwołującego i uznanie jej za niezgodną z treścią SIWZ, co powoduje niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący w sprawie KIO 1968/20 wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i w konsekwencji wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wniesionego w sprawie KIO 1968/20 odwołujący przedstawił argumentację faktyczną i prawną tożsamą z przedstawioną w uzasadnieniu odwołania wniesionego w sprawie KIO 1966/20, przytoczoną powyżej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołania, w której wniósł o oddalenie obu odwołań w całości. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowych postępowań, w tym w szczególności: postanowienia SIWZ w obu postępowaniach, oferty odwołującego złożone w obydwu postępowaniach, wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp skierowane do odwołującego w obydwu postępowaniach, zawiadomienia o wyborze ofert najkorzystniejszych w obu postępowaniach z 7 sierpnia 2020 r., załączniki do odwołań, odpowiedź na odwołania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, że zostały wypełnione przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danych zamówień oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferty odwołującego w obu postępowaniach zostały odrzucone, zaś w świetle kryteriów oceny ofert mogą być wybrane jako najkorzystniejsze. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności odrzucenia swych ofert. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił oferty odwołującego skutkowało będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takich czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówień przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 1966/20

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Art. 89 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że *W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne z normami, europejskimi ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których się ona odnosi, jeżeli wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą środków, o których mowa w art. 30b ust. 1, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.*

Art. 30b ustawy Pzp stanowi, że:

1. Zamawiający może wymagać od wykonawców przedstawienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

3. W przypadku wymagania przedstawienia certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.

4. Zamawiający akceptuje odpowiednie środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy 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.*

W sprawie sygn. akt KIO 1966/20 ustalono, że zamawiający w SIWZ wskazał m.in., co następuje:

III. Opis przedmiotu zamówienia

1. *Przedmiot zamówienia*

Przedmiotem zamówienia jest dostawa mini stacji pomiarowych wyposażonych w analizator do ciągłego, automatycznego pomiaru stężeń pyłu zawieszonego PM10/PM2.5 oraz datalogger. Dodatkowo zamówienie obejmuje: instalację urządzeń w ośmiu wyznaczonych miejscach na terenie Polski, materiały eksploatacyjne do analizatorów, prezentację działania, szkolenia w zakresie obsługi.

2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 7 do SIWZ „Tabela zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego”

XI.

9. Wykonawca składając ofertę złoży wraz z nią jako element treści oferty wypełniony Załącznik nr 7 do SIWZ. Dokument ten stanowi treść oferty Wykonawcy. Zamawiający nie dopuszcza powielania/kopiowania treści wymagań Zamawiającego dla urządzeń do kolumny „Oferowane parametry”, np. gdy opis parametrów w SIWZ wskazuje na dopuszczony przedział wartości czy parametrów, Wykonawca jest obowiązany podać w ofercie konkretny oferowany parametr jaki posiada oferowane urządzenie. W rubryce „Oferowane parametry” należy podać rzeczywiste oraz skonkretyzowane parametry oferowanych przez Wykonawcę urządzeń.

10. Do oferty należy dołączyć w szczególności:

- Formularz ofertowy — sporządzony i wypełniony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ,

(...)

- Tabelę zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego (zgodnie ze wzorem podanym w załączniku nr 7 do SIWZ),

- Inne dokumenty wymagane w SIWZ.

Ustalono także, że w we wzorze załącznika nr 7 do SIWZ (wzór tabeli zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego), w tabeli nr 2 (wymagania szczegółowe dla urządzeń), w wierszu „potwierdzenie równoważności” zamawiający wpisał:

„Raport z badań (w języku polskim lub angielskim) potwierdzający równoważność pomiarów analizatora wraz z głowicą separacyjną /układem separującym (w zależności co występuje), w dostarczanej konfiguracji, z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza:

- a) *Badania i raport wykonane przez laboratorium akredytowane, tzn. posiadające, w momencie wykonywania badania, akredytację na normę EN ISO/IEC 17025 w zakresie przeprowadzanych badań;*
- b) *Metodyka postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodna z normą EN 16450:2017 lub równoważną (przy zastosowaniu metodyki równoważnej do opisanej w normie Wykonawcy dostarczy dokument, który potwierdzi, iż zastosowana w oferowanym urządzeniu metoda pomiarowa jest w pełni równoważna z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza, z zastrzeżeniem, iż metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie);*
- c) *Raport musi bazować na wynikach stężeń pyłu z automatycznego analizatora ustawionego w tryb pracy ciągłej 30 minutowej lub 60 minutowej (średnie bazowe 30-minutowe lub 60-minutowe, uśredniane następnie do średniej dobowej);*
- d) *Pomiary/badania, na których bazuje raport, w co najmniej 50% przeprowadzone w kraju (krajach) Europejskich, w których występują warunki zbliżone do Polskich (np. klimat, rodzaj pyłu – Polska, Słowacja, Czechy, Austria, Niemcy);*
- e) *Do oferty dołączyć raport do oferowanego urządzenia w formie elektronicznej zarówno dla pyłu PM10 jak i PM2.5, w języku polskim lub angielskim; gdy całość raportu została dostarczona w języku angielskim wnioski w języku polskim.”*

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego. W formularzu ofertowym odwołujący podał, że oferuje zamawiającemu mini stacje pomiarowe pyłu zawieszonego PM10/PM2,5 typu *MiniPM* producenta *Envimet Services*, wyposażone m.in. w analizator do ciągłego, automatycznego pomiaru stężeń pyłu zawieszonego PM 10/PM2,5 typu *EDM180 PM10 i PM2,5* producenta *Grimm*.

Ustalono także, że do swej oferty odwołujący załączył m.in.

- 1) Oświadczenie *Grimm Aerosol Technik Ainring GmbH & Co KG*, w którym potwierdza, że zgodnie z informacjami uzyskanymi od *NCERT* z dnia 28 maja 2020 r. metodologia badań polowych równoważności, które są podstawą certyfikatu nr *Sira MC120198/04* została wykonana w pełnej zgodności z normą *EN 16450:2017*,
- 2) Certyfikat zgodności dla urządzeń *Grimm* model *EDM 180* wystawiony w dniu 8 lutego 2018 r. przez *MCERTS* nr certyfikatu *Sira MC 120198/04*,

- 3) Dokument zatytułowany „EQUIVALENCE TEST FOR PM10 AND PM2.5” (test równoważności dla PM 10 PM2,5) wykonany przez Umweltbundesamt GmbH ze stycznia 2010 r.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 25 czerwca 2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do *uzupełnienia dokumentu dotyczącego potwierdzenia równoważności:*

Raport z badań (w języku polskim lub angielskim) potwierdzający równoważność pomiarów analizatora wraz z głowicą separacyjną /układem separującym (w zależności co występuje), w dostarczanej konfiguracji, z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza:

- a) *Badania i raport wykonane przez laboratorium akredytowane, tzn. posiadające, w momencie wykonywania badania, akredytację na normę EN ISO/IEC 17025 w zakresie przeprowadzanych badań;*
- b) *Metodyka postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodna z normą EN 16450:2017 lub równoważną (przy zastosowaniu metodyki równoważnej do opisanej w normie Wykonawcy dostarczy dokument, który potwierdzi, iż zastosowana w oferowanym urządzeniu metoda pomiarowa jest w pełni równoważna z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza, z zastrzeżeniem, iż metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie);*
- c) *Raport musi bazować na wynikach stężeń pyłu z automatycznego analizatora ustawionego w tryb pracy ciągłej 30 minutowej lub 60 minutowej (średnie bazowe 30–minutowe lub 60-minutowe, uśredniane następnie do średniej dobowej);*
- d) *Pomiary/badania, na których bazuje raport, w co najmniej 50% przeprowadzone w kraju (krajach) Europejskich, w których występują warunki zbliżone do Polskich (np. klimat, rodzaj pyłu – Polska, Słowacja, Czechy, Austria, Niemcy);*
- e) *Do oferty dołączyć raport do oferowanego urządzenia w formie elektronicznej zarówno dla pyłu PM10 jak i PM2.5, w języku polskim lub angielskim; gdy całość raportu została dostarczona w języku angielskim wnioski w języku polskim.*

W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że:

„Wykonawca składając ofertę dołączył test równoważności wykonany w czterech lokalizacjach w Austrii przez Umweltbundesamt GmbH ze stycznia 2010 r., certyfikat wystawiony przez firmę MCERTS nr. Certyfikatu: Sira MC120198/04 dla urządzeń Grimm model EDM1 80/EDM 180+ dla PM 10 i PM2.5 oraz oświadczenie producenta urządzeń firmy GRIMM w zakresie prowadzonych badań przez firmę MCERT.

Certyfikat wystawiony przez MCERTS (nr certyfikatu: Sira MC 120198/04) odnosi się do raportu nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 z grudnia 2010 r., który to raport nie został załączony do oferty.

Następnie w certyfikacie firmy MCERTS nie ma przywołanej metodyki postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodna z normą EN 16450:2017 lub równoważną (przy zastosowaniu metodyki równoważnej do opisanej w normie Wykonawcy dostarczy dokument, który potwierdzi, iż zastosowana w oferowanym urządzeniu metoda pomiarowa jest w pełni równoważna z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza, z zastrzeżeniem, iż metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie).

Jedynym dokumentem w którym widnieje informacja o powołaniu się na ww. normę jest oświadczenie producenta urządzeń.

Dodatkowo, w przesłanym tłumaczeniu oświadczenia producenta widnieje odwołanie do certyfikatu firmy NCERT, którego nie ma w dokumentach złożonej oferty, natomiast jest złożony certyfikat wystawiony przez firmę MCERTS. W oryginalnym oświadczeniu wskazane jest prawidłowe odwołanie do certyfikatu firmy MCERTS.

Reasumując, powyższe dokumenty nie spełniają wymogów Zamawiającego w zakresie przeprowadzonych badań oraz potwierdzenia ich stosownym certyfikatem/raportem.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający wzywa Wykonawcę Envimet Services Sp. z o.o. do złożenia dokumentu/ów w postaci raportu/ów lub certyfikatu/ów potwierdzających wymagania opisane w załączniku nr 7 do SIWZ — Tabela 2. Wymagania szczegółowe dla urządzeń.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący przesłał pismo z dnia 26 czerwca 2020 r. W piśmie wskazał, co następuje:

W odpowiedzi na otrzymane wezwanie do złożenia dokumentów i wyjaśnień – pismo numer ZP/220-36/20/MST z dnia 25.06.2020r. Envimet Services Sp. z o.o. przekazuje w załączeniu:

- raport z zatwierdzenia typu, na który powołuje się MCERTS z wymaganymi przez Zamawiającego sygnaturami AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 wraz z tłumaczeniem na polski rozdziału 5 – „Posumowanie”.

- dodatkowy oficjalny dokument MCERTS potwierdzający, iż zastosowana w oferowanym urządzeniu metoda pomiarowa jest w pełni równoważna z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza oraz, że metodyka ta spełnia wszystkie kryteria, które opisane zostały w normie 16450. Jednocześnie wskazuję, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w ofercie przetargowej dostarczyliśmy dokument Producenta, który spełnia wymagania zawarte SIWZ. Obecnie na specjalne dodatkowe zapytanie Zamawiającego producent - tj. firma Grimm - uzyskał potwierdzenie w formie oświadczenia z firmy MCERTS, które przesyłam.

Należy wskazać, iż w SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż do potwierdzenia równoważności z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza oraz wykazania, że metodyka ta spełnia wszystkie kryteria, które opisane zostały w normie 16450 Wykonawca ma obowiązek dostarczenia odpowiedniego dokumentu, nie wskazując, że ma to być raport, bądź certyfikat jak wskazał w wezwaniu.

W związku z powyższym Wykonawca kierując się zapisami SIWZ dostarczył dokument potwierdzający spełnienie wymogów przetargowych przez oferowany przez nas miernik, a w chwili obecnej dodatkowo przesyła kolejny.

Informujemy również, że powołując się na certyfikat NCERT popełniliśmy błąd pisarski, oczywiście powinno być powołanie się na certyfikat firmy MCERTS.

Do ww. pisma odwołujący załączył:

- 1) Oświadczenie CSA Group testingUK Ltd z 24 czerwca 2020 r.. w którym oświadcza, że system Grimm Model EDM 180 (zob. certyfikat MCERTS „Sira MC120198/04) został poddany kilku próbom terenowym, które są równoważne z procedurami prób terenowych dla EN 16450. Te testy terenowe dowiodły, że EDM 180 spełnia kryteria równoważności dla metod referencyjnych dla PM 10 i PM 2.5.,
- 2) Raport z grudnia 2010 r. nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 wraz z tłumaczeniem na polski rozdziału 5 – „Posumowanie”.

Ustalono także, że 7 sierpnia 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający żądał, zgodnie z zapisami załącznika nr 6 do SIWZ — Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) — Tabela 2 — Wymagania szczegółowe dla urządzeń — na potwierdzenie równoważności — Raportu z badań (w języku polskim lub angielskim) potwierdzający równoważność pomiarów analizatora wraz z głowicą separacyjną /układem separującym (w zależności co występuje), w dostarczanej konfiguracji, z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza:

Badania i raport wykonane przez laboratorium akredytowane, tzn. posiadające, w momencie wykonywania badania, akredytację na normę EN ISO/IEC 17025 w zakresie przeprowadzanych badań;

Metodyka postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodna z normą EN 16450:2017 lub równoważną (przy zastosowaniu metodyki równoważnej do opisanej w normie Wykonawcy dostarczy dokument, który potwierdzi, iż zastosowana w oferowanym urządzeniu metoda pomiarowa jest w pełni równoważna z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza, z zastrzeżeniem, iż metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie);

Raport musi bazować na wynikach stężeń pyłu z automatycznego analizatora ustawionego w tryb pracy ciągłej 30 minutowej lub 60 minutowej (średnie bazowe 30—minutowe lub 60minutowe, uśredniane następnie do średniej dobowej);

Pomiary/badania, na których bazuje raport, w co najmniej 50% przeprowadzone w kraju (krajach) Europejskich, w których występują warunki zbliżone do Polskich (np. klimat, rodzaj pyłu — Polska, Słowacja, Czechy, Austria, Niemcy);

Wykonawca składając ofertę w odniesieniu do ww. wymagania dołączył dokumenty: test równoważności wykonany w czterech lokalizacjach w Austrii przez Umweltbundesamt GmbH ze stycznia 2010 r., certyfikat wystawiony przez firmę MCERTS nr. certyfikatu: Sira MC120198/04 dla urządzeń Grimm model EDM180/EDM180+ dla PM10 i PM2.5 oraz oświadczenie producenta urządzeń firmy GRIMM w zakresie prowadzonych badań przez firmę MCERT.

Certyfikat wystawiony przez MCERTS (nr certyfikatu: Sira MC 120198/04) odnosi się do raportu nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 z grudnia 2010 r., który to raport nie został załączony do oferty.

Następnie w certyfikacie firmy MCERTS nie ma przywołanej metodyki postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodnej z normą EN 16450:2017 lub równoważną wskazaną w przedmiotowym piśmie.

Następnie Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów potwierdzających równoważność oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami postawionymi w OPZ tj. metodyką postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodną z normą EN 16450:2017 lub równoważną oraz badania i raport wykonane przez laboratorium akredytowane, tzn. posiadające, w momencie wykonywania badania, akredytację na normę EN ISO/IEC 17025 w zakresie przeprowadzanych badań.

Zamawiający postawił warunek, aby urządzenie, które zostanie zaoferowane posiadało wykazaną równoważność z metodyką referencyjną — metodyka wykazywania równoważności winna być zgodna z tym, co wskazuje norma EN 16450:2017. Zgodnie z PZP zamawiający dopuścił możliwość wykorzystania metodyki równoważnej do opisanej w przytoczonej normie przy wykazywaniu równoważności pomiarów urządzenia do metodyki referencyjnej — jednakże zastrzegł, że metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie. Punkt 7 normy EN 16450:2017 wskazuje, iż badania powinny składać się z części polowej oraz laboratoryjnej. Raport dostarczony przez firmę ENVIMET Services sp. z o.o. dotyczy tylko części polowej badań, nie ma w nim nigdzie przytoczonej i opisanej części laboratoryjnej. Przedstawione przez Wykonawcę dokumenty na wezwanie Zamawiającego tj. pismo — CSA Group Testing UK Ltd, Unit 6, Hawarden Industrial Park, Hawarden, Deeside, CH5 3Ush z dnia 24.06.2020 r. (wraz z tłumaczeniem) oraz oświadczenie producenta firmy Grimm Aerosol Technik Ainring GmbH & Co. KG (wraz z tłumaczeniem) również potwierdzają tylko i wyłącznie równoważność metodologii zastosowanej przy badaniach mających potwierdzić równoważności pomiarów urządzenia do metodyki referencyjnej w części badań polowych nie wykazując przeprowadzenia badań laboratoryjnych. W raporcie nie odnajdujemy kryteriów, o których mówi norma EN 16450:2017 w punktach: 7.4.3, 7.4.4, 7.4.6, 7.4.7, 7.4.8, 7.4.9, a Zamawiający dopuszczając wykorzystania metodyki równoważnej do opisanej w przytoczonej normie, przy wykazywaniu równoważności pomiarów urządzenia do metodyki referencyjnej, zastrzegł, że metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w normie EN 16450:2017.

Należy zauważyć, że załączony do oferty raport z badań polowych podaje, iż w trakcie badań jako pomiar referencyjny użyte zostały między innymi poborniki wysokoprzepływowo (HVS). W 2014 roku zmieniła się norma dotycząca metodyki referencyjnej pomiaru pyłu zawieszanego PM10 lub PM2.5. Nowa norma EN 12341:2014

(obejmująca obie frakcje pyłu, tj. PM 10 i PM2,5) zastąpiła normy EN 12341:1998 (dla pyłu zawieszonego PM 10) oraz EN 14907:2005 (dla pyłu zawieszonego PM2,5) wskazując jako urządzenie do pomiarów referencyjnych pyłu zawieszonego PM10 lub PM2.5 poborniki niskoprzepływowe (LVS), wyposażone w system chłodzenia filtrów. Z tego faktu wynika, iż oferowane urządzenie i badania wykonane dla niego nie są aktualne do obowiązującej obecnie metodyki referencyjnej pomiaru pyłu zawieszonego PM 10 lub PM2.5. Norma EN 12341:2014 wskazuje, że wyniki pomiarów ze starszego typu poborników są nadal wiarygodne i możliwe do użycia jednak po uwzględnieniu dodatkowej niepewności pomiaru. W raporcie przedstawionym do urządzenia Grimm model EDM180/EDM180+ takich wyliczeń nie przedstawiono.

Ponadto zaznaczyć należy, iż dostarczony na żądanie Zamawiającego dokument CSA Group Testing UK Ltd, Unit 6, Hawarden Industrial Park, Hawarden, Deeside, CH5 3Ush (wraz z tłumaczeniem) datowany jest na dzień 24.06.2020 r., która to data wskazuje na wystawienie dokumentu po dacie otwarcia ofert (02.06.2020 r.). W pierwotnej wersji certyfikatu wystawionego przez firmę MCERTS, nr. Certyfikatu: Sira MC 120198/04, a datowanej na dzień 08.02.2018 r. nie znajdowała się informacja potwierdzająca wykazanie w raporcie nr AGGX04215423/BV/AQ(DH/2665 z grudnia 2010 r. równoważności do normy EN 16450:2017.

W sprawie sygn. akt KIO 1968/20 stan faktyczny okazał się analogiczny jak w sprawie KIO 1966/20, z niżej wymienionymi różnicami.

Treść SIWZ:

Pkt III opis przedmiotu zamówienia:

Przedmiotem zamówienia jest zakup automatycznych mierników pyłu PM 10 / PM 2.5.

2.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 6 do SIWZ „Tabela zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego”.

Treść oferty odwołującego:

Odwołujący w formularzu ofertowym zaoferował zamawiającemu automatyczne mierniki pyłu PM 10/PM2,5 typu EDM180 PM10/PM2,5 producenta Grimm Aerotechnik. Do swej oferty załączył analogiczne dokumenty jak w postępowaniu, o którym mowa w sprawie sygn. akt KIO 1966/20/

Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z dnia 22 czerwca 2020 r. Treść wezwania jest analogiczna do treści wezwania w postępowaniu, o którym mowa w sprawie KIO 1966/20 z dnia 25 lipca 2020 r.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący przedstawił te same dokumenty co w postępowaniu, którego dotyczy sprawa KIO 1966/20.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2020 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, podając w uzasadnieniu czynności tożsamą podstawę prawną i faktyczną co w postępowaniu, będącym przedmiotem sprawy KIO 1966/20.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniach.

Zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie w sprawie KIO 1966/20 oraz zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ sporządzonej w sprawie, której dotyczy odwołanie sygn. akt KIO 1968/20, w tabelach 2 „Wymagania szczegółowe dla urządzeń - potwierdzenie równoważności” - Zamawiający żądał od wykonawców załączenia do oferty:

„Raportu z badań (w języku polskim lub angielskim) potwierdzającego równoważność pomiarów analizatora wraz z głowicą separacyjną /układem separującym (w zależności co występuje), w dostarczanej konfiguracji, z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza:

- *Badania i raport wykonane przez laboratorium akredytowane, tzn. posiadające, w momencie wykonywania badania, akredytację na normę EN ISO/IEC 17025 w zakresie przeprowadzanych badań;*
- *Metodyka postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodna z normą EN 16450:2017 lub równoważną (przy zastosowaniu metodyki równoważnej do opisanej w normie Wykonawcy dostarczy dokument, który potwierdzi, iż zastosowana w oferowanym urządzeniu metoda pomiarowa jest w pełni równoważna z metodą referencyjną określoną w Dyrektywie Komisji (UE) 2015/1480 z dnia 28 sierpnia 2015 r. zmieniającej niektóre załączniki do dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/107/WE i 2008/50/WE ustanawiające przepisy dotyczące metod referencyjnych, zatwierdzania danych i lokalizacji punktów pomiarowych do oceny jakości powietrza, z zastrzeżeniem, iż metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w przywołanej normie);*
- *Raport musi bazować na wynikach stężeń pyłu z automatycznego analizatora ustawionego w tryb pracy ciągłej 30 minutowej lub 60 minutowej (średnie bazowe 30- minutowe lub 60- minutowe, uśredniane następnie do średniej dobowej);*

- *Pomiary/badania, na których bazuje raport, w co najmniej 50% przeprowadzone w kraju (krajach) Europejskich, w których występują warunki zbliżone do Polskich (np. klimat, rodzaj pyłu — Polska, Słowacja, Czechy, Austria, Niemcy);*
- *Do oferty dołączyć raport do oferowanego urządzenia w formie cyfrowej zarówno dla pyłu PM10 jak i PM2.5, w języku polskim lub angielskim; gdy całość raportu została dostarczona w języku angielskim wniosek w języku polskim.”*

Sporna między stronami okazała się wykładnia postanowień SIWZ w części dotyczącej konieczności wykazania równoważności metodyki postępowania przy potwierdzaniu równoważności do metody referencyjnej.

W świetle treści SIWZ nie ulegało wątpliwości, że metodyka zastosowana przy potwierdzaniu równoważności musiała być zgodna z normą EN 16450:2017. Ponadto zamawiający dopuścił metodykę równoważną do tej wynikającej z normy EN 16450:2017. W tym jednak przypadku dookreślił, że taka metodyka równoważna musiała spełniać wszystkie kryteria określone w normie EN 16450:2017. Wreszcie zamawiający przesądził, że dokument udowadniający ten fakt musiał zostać załączony do oferty.

W tej sytuacji dla ustalenia jakie kryteria musiała spełniać metodyka równoważna konieczne było odwołanie się do treści normy EN 16450:2017.

Ustalony na podstawie odpowiedzi na odwołania pkt 7.1. normy EN 16450:2017 stanowił, co następuje:

7.1. Wymagania dotyczące wydajności

Ten program testowy opisuje procedurę ustalenia czy AMS (automatyczny system pomiarowy) nadaje się do uznania za równoważny z europejskimi metodami referencyjnymi dla pomiarów pyłu zawieszonego w otaczającym powietrzu. Testowany AMS będzie musiał spełnić referencyjne cele dotyczące jakości danych (Data Quality Objectives of Reference). Ten program testowy jest odpowiedni do oceny AMS dla monitorowania różnych frakcji – PM 10 lub PM 2,5 – pyłu zawieszonego w otaczającym powietrzu.

Proces oceny wartości charakterystyki wydajności obejmuje testy laboratoryjne i polowe oraz obliczenia niepewności rozszerzonej. Dwa AMS tego samego modelu powinny być zawarte w pełnym programie testowym. Wymaga się, aby oba AMS przesłane do badań typu przeszły wszystkie testy wymienione w punkcie 7. Badanie typu (wykazanie równoważności) powinien przeprowadzać właściwy organ. Badanie typu powinno być przyznane przez, lub w imieniu właściwego urzędu. Właściwy organ przeprowadzający testy powinien być zdolny do udokumentowania, że działa zgodnie z akceptowanym międzynarodowo wymaganymi standardami dla testów laboratoryjnych.

Z wykazanych fragmentów pkt 7.1. normy EN 16450:2017 wynikało zatem niezbicie, że wykazanie równoważności metodologii wymagało przejścia nie tylko testów polowych, ale także testów laboratoryjnych. Na powyższe wskazywały wprost następujące fragmenty punktu 7.1.: *„Ten program testowy opisuje procedurę ustalenia czy AMS (automatyczny system pomiarowy) nadaje się do uznania za równoważny z europejskimi metodami referencyjnymi dla pomiarów pyłu zawieszonego w otaczającym powietrzu.”* oraz *„Proces oceny wartości charakterystyki wydajności obejmuje testy laboratoryjne i polowe oraz obliczenia niepewności rozszerzonej. (...) Wymaga się, aby oba AMS przesłane do badań typu przeszły wszystkie testy wymienione w punkcie 7.*

Jak wynikało wprost z przytoczonych fragmentów, autor normy wyraźnie określił opisywaną przez siebie w tym właśnie punkcie procedurę jako procedurę uznania równoważności z europejskimi metodami referencyjnymi. Dalej wskazał wprost, że obejmuje ona zarówno testy polowe jak i laboratoryjne. I wreszcie w kolejnym zdaniu dodatkowo stwierdził, że procedura musi obejmować wszystkie testy z pkt 7 normy, a więc i testy laboratoryjne.

Bezzasadne okazało się powoływanie się odwołującego na pkt 8.1. normy EN 16450:2017. Treść tego postanowienia normy została ustalona na podstawie treści odpowiedzi na odwołania i brzmiała:

8. Operacje polowe i ciągłe zapewnienie jakości pomiarów

8.1. Ogólnie

W przypadku wybrania (urządzenia) AMS z zatwierdzeniem typu do określonego zadania pomiarowego, wówczas przydatność tego urządzenia (AMS) powinna być oceniona dla specjalnych warunków, które mogą się pojawić w sieci monitoringu. Ta ocena ma na celu demonstrację, że urządzenie z zatwierdzeniem typu będzie także spełniało cele dotyczące jakości danych określone w 2008/50/EC i innych Dyrektywach Europejskich, tam gdzie ma to zastosowanie w warunkach specyficznych dla miejsca. Jeśli te specyficzne warunki zostały już objęte w badaniach typu, wtedy test przydatności nie jest konieczny.

Ocena ma formę testu równoważności jak opisano w punkcie 7.5, który zawiera elementy testu polowego opisanego powyżej i jest opisana w punkcie 8.2. Do testowania tej przydatności jest potrzebna tylko jedna implementacja metody referencyjnej i jedno urządzenie AMS.

Po instalacji na polu (patrz 8.3), należy przestrzegać procedur zapewnienia jakości i kontroli jakości dla bieżącego monitoringu (jak opisano w 8.4) w celu upewnienia się, że mierzone dane uwzględniają wymagania niepewności określone w 2008/50/EC i innych Dyrektywach Unijnych, gdzie ma to zastosowanie.

Jak wynikało z nagłówka powoływanego punktu 8 normy EN 16450:2017, dotyczył on „operacji polowych i ciągłego zapewnienia jakości pomiarów”. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący w treści odwołania z całego pkt 8.1. normy zacytował tylko jeden fragment „*Ocena ma postać testu równoważności, jak opisano w pkt. 7.5, który zawiera elementy badania terenowego opisanego powyżej i jest opisany w pkt. 8.2. Do tego badania przydatności potrzebna jest tylko jedna implementacja metody referencyjnej i jeden AMS [automatyczne urządzenie pomiarowe].*”

Zdaniem Izby z treści wybranego przez siebie postanowienia odwołujący wywiódł błędny wniosek jakoby test równoważności został opisany tylko w pkt 7.5 normy. Odwołujący argumentował bowiem, jakoby test równoważności opisany został w punkcie 7.5, a nie w punktach 7.4.3, 7.4.4, 7.4.6, 7.4.7, 7.4.8, 7.4.9 normy EN 16450:2017. Odwołujący popełnił błąd skupiając się na jednym, wyrwanym zdaniu z całego postanowienia normy, pomijając jego pozostałą treść, w tym również brzmienie nagłówka pkt 8 normy. Tymczasem, jak słusznie wskazał zamawiający, co wynikało z całościowej analizy przywołanego postanowienia, punkt normy nie odnosił się do wykazywania równoważności metodyki. Punkt ten dotyczył użytkownika urządzenia już z zatwierdzeniem typu i jego dostosowania do konkretnych, specyficznych warunków panujących w miejscu pracy pyłomierza. Na powyższy cel uregulowania wskazywało pierwsze zdanie pkt 8.1. normy, zaczynające się od słów: „*W przypadku wybrania (urządzenia) AMS z zatwierdzeniem typu do określonego zadania pomiarowego...*”. Zapis ten oznaczał, że procedura uregulowana w tym punkcie dotyczy urządzeń, które już przeszły procedurę zatwierdzenia typu z pkt 7 normy, a więc przeszły zarówno testy polowe i laboratoryjne, ale następnie, już po takim zatwierdzeniu, mają być używane przez użytkownika w jakichś specyficznych warunkach.

Regulacja precyzuje także, że jeśli takie specyficzne warunki były już objęte testem polowym z pkt 7.5 normy, wtedy taki dodatkowy test przydatności nie jest konieczny. Jeśli natomiast takie specyficzne warunki pracy konkretnego pyłomierza nie były uwzględnione, to przy ocenie przydatności można wykorzystać elementy badania polowego opisanego w pkt 7.5. normy. Z powyższego jednak nie można wnioskować, jakoby pkt 8.1. normy miał wyznaczać kryteria równoważności metodologii do metodologii referencyjnej określonej w dyrektywie. Jak wskazano wcześniej, takie kryteria wprost określał pkt 7 normy przywołany powyżej.

W dalszej kolejności stwierdzono, co nie było także sporne między stronami, że dokumenty przedstawione przez odwołującego potwierdzały wykonanie jedynie badań polowych.

Do swych ofert odwołujący załączył oświadczenie producenta oferowanych urządzeń – Grimm Aerosol Technik Ainring GmbH & Co KG, w którym potwierdził on jedynie, że zgodnie z informacjami uzyskanymi od NCERT z dnia 28 maja 2020 r. *metodologia badań*

polowych równoważności, które są podstawą certyfikatu nr Sira MC120198/04 została wykonana w pełnej zgodności z normą EN 16450:2017. Do ofert odwołujący przedstawił także certyfikat zgodności dla urządzeń Grimm model EDM 180 wystawiony w dniu 8 lutego 2018 r. przez MCERTS nr certyfikatu Sira MC 120198/04. W certyfikacie znajdowało się stwierdzenie:

Test polowy dla pyłu zawieszonego WIO i PM 2,5 był przeprowadzony w czterech miejscach w Austrii, na obszarze miejskim, komunikacyjnym o wysokim stężeniu w zimie 2007/2008, na obszarze z wpływem przemysłu w lecie 2008, na obszarze wiejskim w zimie 2008/2009 i na obszarze tła miejskiego, o niskiej klasie koncentracji w lecie 2009. Czas próbkowania podczas testu wynosił 23 godziny, w celu umożliwienia dziennej zmiany filtra i wizualnej inspekcji zastosowanego urządzenia pomiarowego.

Na podstawie tych testów certyfikat jest ważny, podczas używania urządzenia dla monitorowania jakości powietrza w miastach i w podobnych zastosowaniach.

Odwołujący złożył także dokument zatytułowany: „EQUIVALENCE TEST FOR PM10 AND PM2.5” (test równoważności dla PM 10 PM2,5) wykonany przez Umweltbundesamt GmbH ze stycznia 2010 r. W dokumencie tym znalazło się stwierdzenie:

Pyłomierz GRIMM EDM 180 do ciągłego monitorowania PM spełnił kryteria wyszczególnione w wytycznych dla dowodów równoważności metod pomiarowych we wszystkich czterech miejscach pomiarowych. Wymagania dotyczące przecięcia osi (wyraz wolny), gradientu oraz niedokładności pomiaru nie zostały spełnione dla całego zestawu danych. Ponadto, w aplikacji do danych każdego miejsca pomiaru wymagania zostały spełnione.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący do pisma z 24 czerwca 2020 r. (w postępowaniu w sprawie sygn. akt KIO 1968/20) i do pisma z 26 czerwca 2020 r. (w postępowaniu w sprawie sygn. akt KIO 1966/20) załączył dodatkowo oświadczenie CSA Group Testing UK Ltd. z 24 czerwca 2020 r. w którym podmiot ten oświadcza, że system Grimm Model EDM 180 (zob. certyfikat MCERTS „Sira MC120198/04) został poddany kilku próbom terenowym, które są równoważne z procedurami prób terenowych dla EN 16450. Te testy terenowe dowiodły, że EDM 180 spełnia kryteria równoważności dla metod referencyjnych dla PM 10 i PM 2.5.

Odwołujący przy tych samych pismach złożył ponadto raport z grudnia 2010 r. nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 wraz z tłumaczeniem na polski rozdziału 5 – „Posumowanie”. W raporcie tym znajdowało się stwierdzenie, że Przyrząd Grimm-180 przeszedł cztery rozległe testy polowe w Austrii w miastach Graz, Steyregg, Wieselfeld i Klagenfurt od 2007 i 20091 roku. Dane zostały przetworzone do najnowszej wówczas wersji „Przewodnika/wskazówek wykazania równoważności” (Guidance to Demonstration of

Equivalence - GDE) opublikowanego w listopadzie 2005 roku. W lipcu 2009, GDE został znacząco przerobiony a w styczniu 2010 roku ponownie naniesiono kosmetyczne zmiany. Ten dokument prezentuje przetworzone dane PM2.5 i PM10 Grimm 180 zgodnie ze zmianami wersji GDE z stycznia 2010 i ma charakter uzupełnienia do austriackiego raportu UBA (Umweltbundesamt), który wyjaśnia specyficzne procedury monitoringu w znaczących szczegółach. Wszystkie wykresy są przedstawione w załączniku 1 w języku angielskim i powtórzone w załączniku 2 w języku niemieckim.

Jak wynikało zatem wprost z ww. oświadczeń i dokumentów, potwierdzały one jedynie wykonanie i równoważność badań polowych do procedur badań polowych stanowiących jedynie jeden z elementów metodyki wykonywania badań wynikających z normy EN 16450:2017.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zamawiający słusznie odrzucił oferty odwołującego wskazując, że dokumenty przedstawione przez odwołującego potwierdzają tylko i wyłącznie równoważność metodologii zastosowanej przy badaniach mających potwierdzić równoważność pomiarów urządzenia do metodyki referencyjnej w części badań polowych nie wykazując przeprowadzenia badań laboratoryjnych. W raporcie brak było bowiem wykazania spełnienia kryteriów, o których mówi norma EN 16450:2017 w punktach: 7.4.3, 7.4.4, 7.4.6, 7.4.7, 7.4.8, 7.4.9. Powyższe okazało się niezgodne z postanowieniami tabeli 2 załącznika nr 6 do SIWZ (w postępowaniu w sprawie sygn. akt KIO 1968/20) i postanowieniami tabeli 2 załącznika nr 7 do SIWZ (w postępowaniu w sprawie sygn. akt KIO 1966/20). Zamawiający słusznie bowiem dostrzegł, że dopuszczając wykorzystanie metodyki równoważnej do opisanej w przytoczonej normie, przy wykazywaniu równoważności pomiarów urządzenia do metodyki referencyjnej, zastrzegł jednoznacznie, że metodyka ta musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w normie EN 16450:2017. Odwołujący, w terminach wynikających z art. 182 ustawy Pzp nie zakwestionował postanowień SIWZ. W szczególności nie zarzucał, że sformułowany wymóg jest sprzeczny z prawem, nadmierny czy ograniczający uczciwą konkurencję. Wobec powyższego, po upływie terminu składania ofert sporne postanowienia stały się ostateczne i wiążące nie tylko dla zamawiającego, ale także dla wykonawców, w tym również odwołującego. Zasada równego traktowania wykonawców nakłada na zamawiającego obowiązek wyegzekwowania od wykonawców spełniania wszystkich wymagań co do treści oferty opisanych w treści specyfikacji. Odwołujący nie może także powoływać się na ewentualną zgodność metodyki przy potwierdzaniu równoważności z dokumentem grupy roboczej Komisji Europejskiej „Demonstration od equivalence od ambient air monitoring methods”. Po pierwsze, dokumentu takiego nie złożono Izbie w charakterze dowodu, więc Izba nie mogła zapoznać się z jego treścią. Po drugie, zamawiający w prowadzonych obecnie postępowaniach przy

potwierdzeniu równoważności metodyki nie uznał za wystarczające odwołanie się do tego dokumentu, przesądzając że metodyka równoważna musi spełniać wszystkie kryteria, które opisane zostały w normie EN 16450:2017. Dopuszczalność odwołania się do dokumentu „Demonstration of equivalence of ambient air monitoring methods” wynikała zaś jedynie z treści postanowień ubiegłorocznej specyfikacji (zob. str. 27 odpowiedzi na odwołania).

Nie świadczyła o zasadności zarzutów odwołania prywatna opinia dr hab. inż. Jacka Gębickiego załączona do odwołań. Wzięto pod uwagę, że ta opinia prywatna została sporządzona w dniu 15 lipca 2020 r. i - jak wynikało z jej treści - odnosiła się wyłącznie do uzasadnienia czynności odrzucenia ofert odwołującego z dnia 6 lipca 2020 r. Tymczasem czynności te zostały przez zamawiającego uchylone. Następnie zamawiający odrzucił ponownie oferty odwołującego w dniu 7 sierpnia 2020 r. jednakże z odmiennym uzasadnieniem faktycznym. W szczególności nowe uzasadnienie czynności odrzucenia ofert z 7 sierpnia 2020 r. dotyczyło przede wszystkim braku przedstawienia przez odwołującego dokumentów potwierdzających fakt wykonania badań laboratoryjnych, o których mowa w pkt 7 normy EN 16450:2017. Dostrzeżenia wymagało, że opinia przedstawiona przez odwołującego w żadnym miejscu nie odnosiła się do niezłożenia przez odwołującego dokumentów potwierdzających fakt wykonania badań laboratoryjnych, o których mowa w normie EN 16450:2017 ani do konsekwencji tego zaniechania dla możliwości uznania zastosowanej metodyki badań za spełniającej wszystkie kryteria opisane w normie EN 16450:2017.

Zdaniem Izby, zamawiający nie naruszył także przepisów art. 89 ust. 4 w zw. z art. 30b ustawy Pzp. Z art. 89 ust. 4 i art. 30 b ust. 4 ustawy Pzp wynika, że zamawiający ma obowiązek zaakceptować zamiast certyfikatów lub sprawozdań z badań w określonych sytuacjach także inne środki dowodowe. Warunkiem jednak zaakceptowania tych innych środków dowodowych jest wykazanie za ich pośrednictwem, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia. Tego zaś odwołujący nie udźwignął, nie przedstawiając dowodów na użycie metodologii równoważnej do metodologii referencyjnej opisanej w normie EN 16450:2017, która spełniałaby wszystkie kryteria opisane w tej normie.

Chybiona okazała się natomiast podstawa odrzucenia ofert odwołującego w której zamawiający zarzucił, że *„załączony do oferty raport z badań polowych podaje, iż w trakcie badań jako pomiar referencyjny użyte zostały między innymi poborniki wysokoprzepływowo (HVS). W 2014 roku zmieniła się norma dotycząca metodyki referencyjnej pomiaru pyłu zawieszonego PM10 lub PM2.5. Nowa norma EN 12341:2014 (obejmująca obie frakcje pyłu, tj. PM 10 i PM2,5) zastąpiła normy EN 12341:1998 (dla pyłu zawieszonego PM 10) oraz EN*

14907:2005 (dla pyłu zawieszonego PM_{2,5}) wskazując jako urządzenie do pomiarów referencyjnych pyłu zawieszonego PM₁₀ lub PM_{2.5} poborniki niskoprzepływowe (LVS), wyposażone w system chłodzenia filtrów. Z tego faktu wynika, iż oferowane urządzenie i badania wykonane dla niego nie są aktualne do obowiązującej obecnie metodyki referencyjnej pomiaru pyłu zawieszonego PM₁₀ lub PM_{2.5}. Norma EN 12341:2014 wskazuje, że wyniki pomiarów ze starszego typu poborników są nadal wiarygodne i możliwe do użycia jednak po uwzględnieniu dodatkowej niepewności pomiaru. W raporcie przedstawionym do urządzenia Grimm model EDM180/EDM180+ takich wyliczeń nie przedstawiono.”.

Tak opisana podstawa odrzucenia ofert odwołującego odnosiła się wyłącznie do błędów dokumentu dołączonego, jak wskazał sam zamawiający, już do ofert. W tym zakresie dostrzec należało, że skoro zamawiający dostrzegł już w dokumencie załączonym do ofert tak opisany brak, to jego obowiązkiem wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było wytknąć to jednoznacznie odwołującemu i wezwać go do jego uzupełnienia. Tymczasem w wezwaniach do uzupełnienia braków z 22 czerwca 2020 r. (w postępowaniu w sprawie KIO 1968/20) i z 25 czerwca 2020 r. (w postępowaniu w sprawie KIO 1966/20) zamawiający wytknął odwołującemu jedynie następujące braki w dokumentach dołączonych do ofert:

- brak dołączenia do oferty raportu z badań nr AGGX04215423/BV/AQ/DH/2665 z grudnia 2010 r.,
- nieprzywołanie w certyfikacie firmy MCERTS metodyki postępowania przy potwierdzaniu równoważności zgodna z normą EN 16450:2017 lub równoważną,
- odwołanie się w przesłanym tłumaczeniu oświadczenia producenta do certyfikatu firmy NCERT, którego nie ma w dokumentach złożonej oferty, natomiast jest złożony certyfikat wystawiony przez firmę MCERTS.

Skoro zatem zamawiający w dokumentach dołączonych do ofert identyfikował już ww. uchybienie, to jego obowiązkiem było wytknięcie ich odwołującemu i wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro tego nie uczynił to odrzucenie ofert odwołującego z tego powodu jest przedwczesne.

Bezzasadna okazała się także kolejna podstawa odrzucenia ofert odwołującego. Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia ofert odwołującego wskazał, że dostarczony na żądanie Zamawiającego dokument CSA Group Testing UK Ltd, Unit 6, Hawarden Industrial Park, Hawarden, Deeside, CH5 3Usz (wraz z tłumaczeniem) datowany jest na dzień 24.06.2020 r., która to data wskazuje na wystawienie dokumentu po dacie otwarcia ofert (02.06.2020 r.). W pierwotnej wersji certyfikatu wystawionego przez firmę MCERTS, nr. Certyfikatu: Sira MC 120198/04, a datowanej na dzień 08.02.2018 r. nie znajdowała się informacja potwierdzająca wykazanie w raporcie nr

AGGX04215423/BV/AQ(DH)/2665 z grudnia 2010 r. równoważności do normy EN 16450:2017.

Owszem odwołujący miał obowiązek załączyć wymagane dokumenty do ofert. Termin składania ofert rzeczywiście upływał w dacie 2 czerwca 2020 r. zaś sporny dokument wystawiono 24 czerwca 2020 r., w odpowiedzi na wezwania zamawiającego. Jednakże wystawienie spornego dokumentu po dacie składania ofert w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego samo przez się nie dyskwalifikowało tego akurat dokumentu z przyczyn formalnych, na jakie wskazał zamawiający. Owszem dokument wystawiono po dacie składania ofert, ale jego treść w sposób ewidentny odnosiła się do prób terenowych wykonanych przez jednostkę testującą w przeszłości. Zaś z dokumentów dotyczących tych prób złożonych zamawiającemu wynikało, że próby te wykonano znacznie przed upływem terminu składania ofert. Wobec powyższego ta podstawa odrzucenia ofert odwołującego okazała się zatem nieprawidłowa.

Izba oddaliła wnioski odwołującego złożone w odwołaniach o wysłuchanie na rozprawie w charakterze strony pana M. P. jako niedopuszczalny i bezzasadny.

Jak wynikało z pełnomocnictwa załączonego do odwołań pan M. P. był pełnomocnikiem odwołującego. Zgodnie przepisem art. 300 KPC w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, *za osobę prawną sąd przesłuchuje osoby wchodzące w skład organu uprawnionego do jej reprezentowania, przy czym sąd decyduje, czy przesłuchać wszystkie te osoby, czy też tylko niektóre z nich*. Z przywołanego przepisu wynika, że za osobę prawną, a taką jest odwołujący jako spółka z o.o., w charakterze strony nie można przesłuchać dowolnej osoby, ale jedynie osobę wchodzącą w skład organu uprawnionego do reprezentowania. Pan M. P. zaś taką osobą nie był.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie wskazał we wniosku, jakie fakty miałyby zostać wykazane tym dowodem. Ma to istotne znaczenie, bo dowód z przesłuchania stron ma charakter posiłkowy, a mianowicie można go przeprowadzić tylko *jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy* (art. 299 KPC w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp). W tej sytuacji wniosek odwołującego podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3, 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest

postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2) i formalnym (pkt 3, 4), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanych sprawach nie stwierdzono żadnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołań.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1, 2 wyroku.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*.

Obydwa odwołania podlegały oddaleniu w całości. Wobec powyższego za wynik postępowań odwoławczych odpowiadał w całości odwołujący. Na koszty postępowań odwoławczych w każdej ze spraw składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy. Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowań - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 6 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: