

Sygn. akt: KIO 2008/13

WYROK

z dnia 9 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 września 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2013 r. przez **wykonawcę Krzysztofa W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa Krzyś z siedzibą w Jaranowie 22** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Strzegowo z siedzibą w Strzegowie, Pl. Wolności 32**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Krzysztofa W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa Krzyś z siedzibą w Jaranowie 22 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Krzysztofa W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa Krzyś z siedzibą w Jaranowie 22** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Strzegowo – Etap II zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Strzegowo z siedzibą w Strzegowie, Pl. Wolności 32 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 lipca 2013r. nr 2013-38153.

W dniu 14 sierpnia 2013r. zamawiający poinformował faksem wykonawców o unieważnieniu postępowania na budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Strzegowo – Etap II na podstawie art. 93 ust 1 pkt. 1 ustawy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Wskazał, że przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu.

Podał, że ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: Lider: Agnieszka Ż. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „EKO – BUD” Agnieszka Ż., z siedzibą we Włocławku, ul. Ziółowa 1A, Uczestnik: Andrzej S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowy Zakład Usługowy Andrzej S. z siedzibą we Włocławku, ul. Botaniczna 25A odrzucił art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 wskazał, że wymagał w załączniku Nr 10 do siwz - opis przedmiotu zamówieniu i zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami do siwz powierzchni właściwej złoża biologicznego nie mniejsza niż 200 m²/m³. W przedstawionym do oferty raporcie z badań nr LFS – 3310/2009 powierzchnia właściwa złoża biologicznego wynosi 170 m²/m³ co potwierdza, że zaoferowana oczyszczalnia nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższy parametr wynika z raportu z badań czyli podstawowego dokumentu potwierdzającego wymagania normy EN 12566-3:2005+A 1:2009 i w związku z tym nie kwalifikuje się jako omyłka o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Wskazał, że oferta wykonawcy Krzysztofa W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa „Krzyś” Krzysztof W. z siedzibą w Jaranowie 22 podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zamawiający wskazał, że wykluczył wykonawcę, gdyż w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom nie przedłożył pełnego raportu z badań uzyskanego przez producenta urządzeń wyników oczyszczania oferowanych urządzeń w notyfikowanym laboratorium potwierdzającego zgodność z normą EN 12566-3:2005+A 1:2009 obejmującego skuteczność oczyszczania

(zawierające szczegółowe wyniki badań dla wszystkich etapów pracy oczyszczalni: obciążenie nominalne, obciążenie nominalne przy braku zasilania, niskie obciążenie oraz przeciążenie), wodoszczelność, wytrzymałość konstrukcji i trwałość oraz protokół główny dla biologicznych oczyszczalni ścieków oraz pełnego raport badań uzyskanego przez producenta urządzeń wyników oczyszczania oferowanych urządzeń w notyfikowanym laboratorium potwierdzającego zgodność z normą EN 12566-1:2004/A1:2006 obejmującego wytrzymałość, wodoszczelność i trwałość na osadniki gnilne lub osobne osadniki wstępne. W obu raportach zamawiający nie dopuścił aby jakiegokolwiek badania były wykonane przez laboratorium akredytowane, a tylko potwierdzone przez laboratorium notyfikowane.

Wykonawca w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom złożył tylko część pełnego raportu z badań. W dniu 02.08.2013 r. zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień. Uzupelnienia dotyczyły m.in. złożonego protokołu badawczego numer ewidencyjny 05.623.742 z dnia 05.03.2012, w którym jako specyfikacje do badania typu wyrobu zostały wykorzystane następujące normy EN: EN 12566-3:2005+A1:2009 i poniższe dokumenty: rysunki złożeniowe i dane techniczne; obliczenia statyczne; protokoły z badania ścieków surowych i oczyszczonych; oświadczenie o akredytacji laboratorium Nr. AB 386, patrz załączniki; dane techniczne i własności materiału podstawowego; deklaracje zgodności i certyfikaty komponentów. Do pełnego raportu z badań potwierdzającego zgodność z normą EN 12566-3:2005+A1:2009 nie złożono również załączników do protokołu inspekcyjnego, nr ewidencyjny 05.623.741 (złożonym w kopercie tajemnica przedsiębiorstwa) – brak protokołów stanowiących załączniki: ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PI-750, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PI-1000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PI-1100, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PI-2000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PI-3000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PO-750, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PO-2000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PO-3000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PO2-2000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PO2-3000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PO3-2000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PO3-3000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-PO3-4000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POF-2000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POF-3000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-1000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-2000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-3000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-4000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-5000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-6000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-7000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-8000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-9000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-10000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-11000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-12000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-13000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-14000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-15000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-16000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-18000,

ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-20000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-22000,
ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-25000, ZZ12566-3-1(0360-702)-OS-POT-27000 w
zakresie wymiarów i wodoszczelności, oraz w zakresie skuteczności oczyszczania protokoły:
1197s/28/16.06.11/Bz3, 1198s/38/16.06.11/Bz4, 1272s/39/30.06.11/Bz1,
1273s/41/30.06.11/Bz2, 1398s/27/21.07.11/Bz2, 1399s/28/21.07.11/Bz3,
1426s/30/26.07.11/Bz1, 1427s/45/26.07.11/Bz2, 1448s/26/28.07.11/Bz1,
1449s/36/28.07.11/Bz2, 1485s/22/04.08.11/Bz1, 1486s/25/04.08.11/Bz2,
1531s/28/11.08.11/Bz1, 1532s/30/11.08.11/Bz2, 1571s/47/18.08.11/Bz2,
1622s/40/25.08.11/Bz1, 1623s/42/25.08.11/Bz2, 1684s/34/05.09.11/Bz1,
1685s/37/05.09.11/Bz2, 1711s/22/08.09.11/Bz1, 1712s/32/08.09.11/Bz2,
1896s/28/06.10.2011/Bz1, 1897s/48/06.10.2011/Bz2, 1936s/25/13.10.11/Bz1,
1937s/42/13.10.11/Bz2, 2036s/26/27.10.11/Bz1, 2037s/28/27.10.11/Bz1,
2205s/44/17.11.2011/Bz2, 2206s/45/17.11.2011/Bz3, 2232s/50/22.11.11/Bz1,
2233s/52/22.11.11/Bz2, 2280s/36/29.11.11/Bz1, 2281s/44/29.11.11/Bz2,
2311s/35/01.12.11/Bz1, 2312s/47/01.12.11/Bz2, 2352s/28/08.12.11/Bz1,
2353s/41/08.12.11/Bz2, 2402s/27/15.12.11/Bz2, 2403s/28/15.12.11/Bz3,
2460s/35/225.12.11/Bz1, 2461s/41/22.12.11/Bz2, 67s/21/12.01.12, 68s/46/12.01.12,
91s/43/16.01.12/Bz1, 92s/44/16.01.12/Bz2, 185s/40/26.01.12/Bz2, 186s/44/26.01.12/Bz3,
223s/40/02.02.12/Bz1, 224s/44/02.02.12/Bz2, 312s/42/16.02.12/Bz2, 313s/43/16.02.12/Bz3
oraz protokół ZZ12566-3-4(0363-702).

W zakresie pełnego raportu z badań potwierdzającego zgodność z normą EN 12566-1:2004/A1:2006, wykonawca do oferty nie przedłożył pełnego raportu badań uzyskanego przez producenta urządzeń wyników oczyszczania oferowanych urządzeń w notyfikowanym laboratorium potwierdzającego zgodność z normą EN 12566-1:2004/A1:2006. Zgodnie z protokołem z badania numer ewidencyjny 274/70/10/BT/AO/B z dnia 22.02.2010 (złożonym w kopercie tajemnica przedsiębiorstwa) jako specyfikacje do badania typu wyrobu zostały wykorzystane następujące EN: zharmonizowana specyfikacja techniczna EN 12566-1:2000/A1:2003 PN-EN 12566-1:2004/A1:2006 oraz producent przedłożył dokumenty: parametry techniczne producentów polistyrenu, kartę kalibracji wagi elektronicznej. Wyniki badań zamieszczono w protokole z oceny ZZ 327-702-PO2-2000 z dnia 18.02.2010 oraz w protokole inspekcyjnym nr 273/70/10/BT/IŻ/B z dnia 19.02.2010 (złożonym w kopercie tajemnica przedsiębiorstwa).

Zgodnie z protokołem z badania numer ewidencyjny 1286/70/09/BT/AO/B z dnia 18.09.2009 jako specyfikacje do badania typu wyrobu zostały wykorzystane następujące EN: zharmonizowana specyfikacja techniczna EN 12566-1:2000/A1:2003 PN-EN 12566-

1:2004/A1:2006 i następujące dokumenty dostarczone przez producenta: dokumentacja rysunkowa osadnika gnilnego, obliczenia statyczne; dokumenty materiału podstawowego PE, instrukcja instalacji i eksploatacji. Wyniki badań są podane w protokołach badawczych i protokole inspekcyjnym nr ewidencyjny 1208/70/09/BT/IZ/Bi dokumenty: ZZ 327-702-PI-2000 do 3000, ZZ 327-702-PO-2000, ZZ 327-702-PO2-2000 do 3000, ZZ 327-703 –PO3-2000 do 3000, ZZ 327-702-POF-2000 do 3000, ZZ 327-702-POT-4000 do 30000, IŻ 1285/70/09/BT/IŻ/B, ZZ 327-702-PI-3000, ZZ 327-702-PO3-3000, ZZ 327-702-POT-30000. W zakresie normy EN 12566-3:2005+A1:2009, jak i normy EN 12566-1:2004/A1:2006 poproszono o załączenie brakujących dokumentów, które zostały podkreślone w wezwaniu, a także potwierdzenie, że złożono pełny raport z badań.

W przesłanej „odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień” z dnia 08.08.2013 r. wykonawca nie złożył żadnego z wymaganych dokumentów wchodzących w skład pełnego raportu z badań, a podkreślanych przez zamawiającego w przesłanym wezwaniu do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień. Wykonawca powołując się na orzecznictwo KIO wskazał, że zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów powinien dokładnie opisać, dlaczego uzupełniany dokument jest wadliwy i niepełny. Otóż zamawiający zarówno w warunkach postępowania przetargowego jak i przesłanym wezwaniu do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień żądał w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom złożenia pełnego raportu z badań potwierdzającego zgodność z normą EN 12566-3:2005+A1:2009 i EN 12566-1:2004/A1:2006, czyli wszystkich załączników do złożonych protokołów potwierdzających zgodność z normą, obejmujących przede wszystkim podstawowe badania wymagane w/w normami. Tylko te dokumenty stanowią podstawę dla zamawiającego, że zaoferowana oczyszczalnia spełnia jego wymagania i została przebadana przez laboratorium notyfikowane. W przesłanym wezwaniu do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień zamawiający wypisał jedynie wymienione w protokołach załączniki, których brakuje w ofercie. Sytuacja wyglądała podobnie w postępowaniu na budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Strzegowo – Etap II, numer ogłoszenia o zamówieniu: 163622-2013, w którym wykonawca jako uczestnik tego również postępowania otrzymał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 25.06.2013 r.

Kolejną kwestią poruszaną przez wykonawcę jest potwierdzenie parametrów zamawianych urządzeń. Pełny raport z badań służył przede wszystkim sprawdzeniu czy zaoferowana oczyszczalnia spełnia wymagania w zakresie skuteczności oczyszczania, wodoszczelności, wytrzymałości konstrukcji, trwałości. To, że zamawiający dodatkowo oczekiwał, że z pełnego raportu z badań odczyta parametry urządzenia, nie oznacza że taka była jego rola. W

pełnym raporcie z badań powinny być wymienione podstawowe parametry badanego urządzenia i tak też jest w tym przypadku. Producent dostarczył do badania rysunki złożeniowe i dane techniczne; obliczenia statyczne; dane techniczne i własności materiału podstawowego; deklaracje zgodności i certyfikaty komponentów, co potwierdza protokół badawczy numer ewidencyjny 05.623.742 z dnia 05.03.2012, a jednostka która badania przeprowadzała, na ich podstawie wykonywała badania.

Dodatkowo zamiast wymaganych dokumentów wykonawca złożył oświadczenie producenta oczyszczalni i oświadczenie jednostki notyfikowanej wykonującej badania. Producent potwierdził, że jest to pełny raport z badań otrzymany od jednostki certyfikującej, natomiast jednostka notyfikowana wymieniła protokoły z których wynika przedmiot badania. Są to protokół Nr 1017-CPD-05.622.796 z dnia 08.03.2012, protokół inspekcyjny Nr 05.623.741 z dnia 01.03.2012 i Zapis badawczy Nr ZZ12566-3-1 (0360-702), Zapis badawczy Nr ZZ12566-3-3 (0362-702), Zapis badawczy Nr ZZ12566-3-2 (0361-702), Zapis badawczy Nr ZZ12566-3-4 (0363-702). W ofercie i kopercie stanowiącą tajemnicą przedsiębiorstwa zamawiający otrzymał tylko protokół inspekcyjny Nr 05.623.741 z dnia 01.03.2012, , Zapis badawczy Nr ZZ12566-3-3 (0362-702), Zapis badawczy Nr ZZ12566-3-2 (0361-702). Pomimo wezwania do złożenia dokumentów i wyjaśnień zamawiający nie otrzymał Zapisu badawczego Nr ZZ12566-3-1 (0360-702) i Zapisu badawczego Nr ZZ12566-3-4 (0363-702). W swoim oświadczeniu laboratorium notyfikowane nie wymienia złożonego przez wykonawcę protokołu nr ewidencyjny 05.623.742 z dnia 05.03.2012, co potwierdza, że dokumentów było więcej. Laboratorium notyfikowane nie wymienia również załączników do tych protokołów, bo takiego obowiązku nie miało. Laboratorium notyfikowane nie ma również obowiązku przekazania dokumentów złożonych przez producenta jako specyfikacje do badania typu wyrobu: rysunki złożeniowe i dane techniczne; obliczenia statyczne; protokoły z badania ścieków surowych i oczyszczonych; oświadczenie o akredytacji laboratorium Nr. AB 386, patrz załączniki; dane techniczne i własności materiału podstawowego; deklaracje zgodności i certyfikaty komponentów. Jak wynika z 2 strony protokołu badawczego numer ewidencyjny 05.623.742 z dnia 05.03.2012 pierwsza z wykonanych czynności to badanie dokumentów przedłożonych przez producenta. Podobnie sytuacja ma się do protokołu z badania numer ewidencyjny 274/70/10/BT/AO/B z dnia 22.02.2010 w którym również nie złożono dokumentów przedłożonych przez producenta. Wykonawca nie dostarczył również załączników do protokołu inspekcyjnego, nr ewidencyjny 05.623.741 w zakresie wymiarów i wodoszczelności, oraz w zakresie skuteczności oczyszczania.

Brak wymienionych powyżej dokumentów wchodzących w skład pełnych raportów z badań skutkuje faktem, że zamawiający nie może potwierdzić, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom.

Oferta wykonawcy została również odrzucona, ponieważ zgodnie z siwz i udzielonymi wyjaśnieniami do siwz zamawiający nie dopuścił, aby jakiegokolwiek badania były wykonane przez laboratorium akredytowane, a tylko potwierdzone przez laboratorium notyfikowane. W przesłanej „odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień” z dnia 08.08.2013 r. wykonawca powołując się na Rozporządzenie nr 305/2011 dopuszcza wykonanie badań nie przez jednostkę notyfikowaną, ale także przez podwykonawcę lub spółkę zależną. Potwierdza to oświadczenie laboratorium notyfikowanego z dnia 13.06.2013 r. w którym zapisano, że „Polskie laboratorium akredytowane wykonywało tylko pobieranie próbek i ich analizę”. Fakt ten potwierdzają również zapisy 2 strony protokołu badawczego numer ewidencyjny 05.623.742 z dnia 05.03.2012, w którym jako specyfikacje do badania typu wyrobu producent przedłożył m. in.: protokoły z badania ścieków surowych i oczyszczonych; oświadczenie o akredytacji laboratorium Nr. AB 386, patrz załączniki.

Najważniejszym parametrem przydomowej oczyszczalni ścieków jest skuteczność oczyszczania i uzyskanie odpowiednich parametrów ścieków oczyszczonych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie warunków jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego. (Dz. U. nr 137 z 2006 r., poz. 984). Dla zamawiającego gwarancją wypełnienia tego warunku było złożenie pełnego raportu z badań i wykonanie wszystkich badań przez jednostkę notyfikowaną. Zamawiający celowo nie dopuścił potwierdzenia badań wykonanych przez jednostkę akredytowaną (nie uprawnioną do znakowania CE), bo w takim przypadku jednostka notyfikowana potwierdza tylko otrzymane wyniki badań. Jednostka notyfikowana nie musi w takim przypadku sprawdzać miejsca pobierania próbek, ani nawet uprawnień osób pobierających próbki. Wątpliwości zamawiającego budzi również fakt, że pomimo wezwania do złożenia protokołów z badań ścieków surowych i oczyszczonych nie są one dostarczane zamawiającemu.

Odrębna kwestią pozostaje fakt, że w trakcie postępowania na budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Strzegowo – Etap II, numer ogłoszenia o zamówieniu: 163622-2013, Wykonawca Zbigniew D. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usługowo Handlowy inż. Zbigniew D. , ul. Górna 20A, 87 – 600 Lipno dwukrotnie na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień oświadczał, że wszystkie badania dotyczące tych samych oczyszczalni i tych samych protokołów z badań

wykonała jednostka notyfikowana nr 1017 – TUV SUD Czech, pogrubiając przy tym skuteczność oczyszczania. Pozostaje to do głębokiego zastanowienia.

Gmina Strzegowo nie dokonuje badania, czy zgodnie z obowiązującym prawem jednostka notyfikowana może zlecać jednostce akredytowanej badania, za które odpowiada i w żaden sposób nie podważa żadnych certyfikatów. To, że Rozporządzenie Nr 305/2011 dopuszcza taką sytuację, nie oznacza jednak, że zamawiający musi w ten sposób opisywać swoje wymagania. Zamawiający kierując się interesem przyszłych użytkowników oczyszczalni i opisanymi powyżej argumentami nie dopuścił, aby jakiegokolwiek badania były wykonane przez laboratorium akredytowane, a tylko potwierdzone przez laboratorium notyfikowane. W trakcie postępowania przetargowego żaden z wykonawców nie wniósł w tym zakresie zastrzeżeń i nie wystąpił o wyjaśnienie tej kwestii.

Powyższa niezgodność nie kwalifikuje się jako omyłka o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i dlatego zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W dniu 19 sierpnia 2013r. na piśmie wykonawca Krzysztof W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa „Krzyś” Krzysztof W. z siedzibą w Jaranowie 22 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania wpłynęła do zamawiającego w dniu 19 sierpnia 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że naruszył art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy przez wykluczenie odwołującego, który wykazał spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Ponadto nie wskazał warunku udziału w postępowaniu z art. 22 ust 1 ustawy, który nie został spełniony przez odwołującego czym naruszył art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie uzasadnienia swojej decyzji o wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący zarzucił także, że zamawiający naruszył art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty, która odpowiada treści siwz. W ocenie odwołującego, nie jest do końca jasne, czy zdaniem zamawiającego oferowane urządzenia nie spełniają stosownych norm, czy może ich parametry - wykazane w dokumentach przedmiotowych dołączonych do oferty - nie są zgodne z oczekiwaniami zamawiającego wyrażonymi w siwz. Odwołujący podkreślił, że oferta zawiera wszystkie dokumenty wskazane w siwz, które potwierdzają zarówno spełnianie norm EN 12566-3:2005+AI:2009 oraz PN-EN 12566-1:2004/AI 2006, jak też wszystkich parametrów określonych przez zamawiającego w siwz.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
2. uchylecia decyzji o unieważnieniu postępowania,

3. powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kwoty 13.600 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika a także kwoty wynikającej z zestawienia przedłożonego na rozprawie stanowiącej koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę.

Wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania. Jego oferta jest najkorzystniejsza cenowo, a jedynym kryterium oceny ofert w prowadzonym postępowaniu jest cena. Uwzględnienie niniejszego odwołania oznacza dla odwołującego realną szansę uzyskania zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy podniósł, że został wykluczony z postępowania na tej podstawie. Wykluczenie w taki sposób oznacza, iż zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust 1 ustawy oraz siwz.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego - pismem z dn. 2 sierpnia .2013 r. - o uzupełnienie i wyjaśnienie treści niektórych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunku wiedzy i doświadczenia (ten warunek został skonkretyzowany w siwz i ogłoszeniu o zamówieniu). Żądanie zamawiającego zostało spełnione w terminie przez niego określonym. Fakt wpływu „Odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień” potwierdził zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania. W ocenie odwołującego zamawiający nie poinformował odwołującego, z jakich powodów uznał, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu. W związku z tym nie jest możliwa polemika ze stanowiskiem zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że wykazał spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wymogami zamawiającego określonymi w siwz oraz podtrzymać swoje stanowisko wyrażone w przywołanej wyżej „Odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień”.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego z powodu przedłożenia rzekomo niepełnego raportu z badań, odwołujący podniósł, że z treści informacji o unieważnieniu postępowania jasno wynika, iż brak pełnego raportu z badań jest powodem wykluczenia odwołującego z postępowania. Możliwa jest jednak sytuacja, w której Krajowa Izba Odwoławcza przyjmie, iż mimo, że zamawiający napisał, że wykonawcę wykluczył, to w rzeczywistości go nie wykluczył, tylko odrzucił jego ofertę. Odwołujący zauważył, że z lektury wezwania z dn. 2 sierpnia 2013 r. oraz informacji o unieważnieniu postępowania z 14 sierpnia 2013 r. wynika, że „raport badań” służy zamawiającemu do potwierdzenia parametrów zamawianych urządzeń. Tymczasem odwołujący podniósł, iż „pełny raport badań” - jak to określa zamawiający - służy potwierdzeniu, że „dostarczane

produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym”. Wynika to jednoznacznie z § 6 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Parametry zamawianych urządzeń powinny być ujawnione przede wszystkim w „próbkach, opisach lub fotografiach”, o których mowa w § 6 ust 1 pkt 1 przywołanego rozporządzenia. „Autentyczność” tychże powinna być poświadczona „przez wykonawcę” i do tego „na żądanie zamawiającego” (por. w/w przepis).

W ocenie odwołującego zamawiający może opierać się na treści „zaświadczeń niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości” z § 6 ust 1 pkt 2, w celu weryfikacji parametrów technicznych urządzeń, pod warunkiem, że stosowne informacje zostały w tych zaświadczeniach zawarte. Uprawnione jest, zdaniem odwołującego, twierdzenie, iż taki „certyfikat jakości” może być źródłem informacji o produkcie, ale w tym zakresie będzie on pełnił rolę jedynie subsydiarną, podczas gdy podstawowym źródłem wiedzy o produkcie będą „próbki, opisy i fotografie” lub inne dokumenty wskazane w siwz.

Według odwołującego, sam zamawiający zdaje się mieć tego świadomość, skoro na stronie 3 siwz *expressis verbis* wskazuje, że wymaganą normą jest EN 12566-3:2005+AI:2009 (dla oczyszczalni ścieków) oraz PN-EN 12566-1:2004/AI 2006 (dla osadników): „zamawiający wymaga, aby urządzenia oczyszczalni ścieków spełniały wymagania normy (...), co musi być potwierdzone pełnym raportem z badań (...)”. Podobnie formułuje zamawiający swój wymóg na stronie 8 siwz (rozdział IX, ust 5): „pełny raport badań (...) potwierdzający zgodność z normą (...)”.

Oczekiwanie, że „pełny raport badań” będzie wyczerpująco opisywał oferowane urządzenia jest nieporozumieniem co do charakteru i funkcji, jakie ten „raport” pełni w rzeczywistości: raport, którego żądał zamawiający w siwz służy autorytatywnemu potwierdzeniu, że „dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym” (§ 6 ust 1 pkt 2 Rozporządzenia).

W świetle powyższego żądanie „załączników” takich jak np. „dokumentacja rysunkowa osadnika gnilnego”, „instrukcja instalacji i eksploatacji” stoi w rażącej sprzeczności z charakterem i funkcją „raportu”. Opis oferowanych urządzeń został dołączony do oferty i zdaniem odwołującego, nie budzi wątpliwości zamawiającego, skoro ten nie wystąpił z żądaniem uzupełnień lub wyjaśnień odnośnie tej dokumentacji. Poza tym żądanie to nie ma podstaw w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której mowa o „wynikach badań”, które ma zawierać raport. Nie ma tam mowy o opisie urządzeń.

Odwołujący mógłby te „załączniki” przekazać - ich treść całkowicie pokrywa się z opisem oferowanych urządzeń dołączonych do oferty. Problem jednak leży w tym - czego nie jest w stanie przyjąć do wiadomości zamawiający - że te „załączniki” są wewnętrznymi dokumentami jednostki certyfikującej i nie podlegają udostępnieniu.

Zamawiający oczekiwał ponadto uzupełnienia „załączników” rzekomo zawierających wyniki badań. Prima facie, to żądanie wydaje się uzasadnione na gruncie postanowień siwz. Zamawiający pomija jednak fakt, iż załącznik nr 1 do protokołu badawczego numer ewidencyjny 05.623.742 dotyczący badania skuteczności oczyszczania ścieków zawiera szczegółowe wyniki badań dla wszystkich etapów pracy oczyszczalni tj.: obciążenie nominalne, obciążenie nominalne przy braku zasilania, małe obciążenie oraz przeciążenie. Dokument ten został złożony wraz z ofertą w kopercie zatytułowanej „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Nie jest więc jasne, jakich informacji poszukuje zamawiający żądając tych dokumentów. W ocenie odwołującego zamawiający narusza art. 25 ust 1 ustawy, który pozwala zamawiającemu żądać wyłącznie tych dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. „Załączniki”, których żąda zamawiający nie są niezbędne, gdyż wszystkie informacje wynikają z dokumentów, którymi zamawiający już dysponuje.

Ponownie należy podkreślić, że „załączniki”, których wymaga zamawiający, a których nie dołączono do oferty, nie zostały udostępnione przez laboratorium notyfikowane - pozostają w jego wyłącznej dyspozycji. Na marginesie trzeba dodać, iż dokumenty określone jako „załączniki ZZ” nie są załącznikami w powszechnym tego słowa znaczeniu. Nie są one standardowo dołączane do dokumentów wydawanych producentowi certyfikowanych urządzeń. Stanowią raczej dokumenty o charakterze referencyjnym, źródłowym. W pewnym sensie uwiarygadniają one jakość przeprowadzonych badań: w razie kwestionowania jej przed Komisją Europejską lub krajowym organem notyfikującym, ewentualnie sądem, te dokumenty mogą służyć jako dowody w postępowaniu.

Poza tym, skoro dokumenty, które otrzymał zamawiający zawierają wszystkie wymagane wyniki badań, odwołujący nie wie, w jakim celu zamawiający żąda dostarczenia tych dokumentów. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż „bezwzględny obowiązek zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów jest zawsze dokładne opisanie, dlaczego zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny” (por. np. KIO/UZP 1971/09, 1980/09, KIO 1359/10, KIO 679/12, 680/12). Zamawiający jak dotąd nie wyjaśnił, jakich informacji dotyczących spełniania norm wskazanych w siwz brakuje w przedłożonym „pełnym raporcie badań” i dlaczego ich rzekomy brak rodzi wątpliwość w zakresie spełniania tych norm.

Zamawiający oczekiwał wyjaśnień i uzupełnień dotyczących Protokołu z badania zgodności typu wyrobu sporządzonego przez TUV SUD Czech s.r.o. Wbrew pozorom z treści wezwania nie wynikało jednoznacznie, czy zamawiający miał wątpliwości odnośnie zgodności oferowanych oczyszczalni ze wskazanymi w siwz normami i prawa do oznaczania urządzeń znakiem CE, czy może parametry tych urządzeń - zdaniem zamawiającego - nie były zgodne z wymogami określonymi w siwz. Wyraźne wyartykułowanie tych wątpliwości z pewnością

ułatwiłoby ich rozwianie. Ponadto sam zamawiający trafniej sformułowałby swoje oczekiwania żądając bądź dokumentów sporządzonych przez jednostkę certyfikującą - jeżeli te dołączone do oferty nie potwierdzają spełniania określonych w siwz norm, bądź też dokumentów sporządzonych przez producenta - jeżeli te dołączone nie potwierdzają wymagań technicznych określonych w siwz.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający wyciąga negatywne konsekwencje wobec odwołującego wyłącznie z faktu nieuzupełnienia niektórych, niedostępnych odwołującemu i producentowi urządzeń dokumentów związanych z procedurą certyfikacyjną prowadzoną przez laboratorium notyfikowane. Tymczasem ustawa takich konsekwencji nie przewiduje. Jedyne konsekwencje nieuzupełnienia określa art. 46 ust 4a ustawy, który zresztą rodzi wiele problemów praktycznych i często jest błędnie stosowany przez zamawiających. Przepis ten nie stanowi podstawy dla odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy.

Odrzucenie oferty może nastąpić inter alia, w przypadku niezgodności treści oferty z siwz. Taka sytuacja miałaby miejsce w przypadku, gdyby oferowane urządzenia nie spełniały wskazanych w siwz norm, ewentualnie gdyby ich parametry odbiegały od tych określonych w specyfikacji. Zamawiający nie wskazał takich niezgodności. W swojej informacji o unieważnieniu postępowania podał wprawdzie, iż na skutek braku uzupełnienia dokumentów nie jest w stanie zweryfikować, czy oferowane urządzenia spełniają wymagania określone w siwz. Nie jest to jednak prawdą, gdyż wszystkie przedstawione przez odwołującego informacje w zupełności umożliwiają taką weryfikację - dodajmy: weryfikację pozytywną.

Co do czynności odrzucenia oferty z powodu przeprowadzenia niektórych czynności w procedurze certyfikacyjnej przez laboratorium akredytowane

Zamawiający wymagał, by ocenę zgodności ze wskazanymi normami przeprowadziło laboratorium notyfikowane - jest to warunek oznakowywania urządzeń znakiem CE. Ponadto Zamawiający wykluczył możliwość, by „jakiegokolwiek badania były wykonywane przez laboratorium akredytowane, a tylko potwierdzone przez laboratorium notyfikowane.” Zgodnie z normami EN 12566-3:2005+AI:2009 i PN-EN 12566-1:2004/AI 2006 ocenę zgodności może przeprowadzić wyłącznie laboratorium notyfikowane.

Funkcjonowanie takich laboratoriów jest uregulowane w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 ustanawiające zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych. Jest to akt prawa unijnego, który jest bezpośrednio stosowany w porządku krajowym każdego państwa członkowskiego UE.

Jednostka notyfikowana podlega stałemu nadzorowi ze strony państwa, a w szczególności organu notyfikującego, oraz Komisji Europejskiej. W razie zaprzestania spełniania warunków z art. 43 Rozporządzenia 305/2011, dana jednostka może utracić swój status - w takim przypadku Komisja wykreśla jednostkę notyfikowaną ze specjalnego, jawnego rejestru.

Rejestr jest aktualizowany przez Komisję Europejską na bieżąco (art. 49 ust 2 Rozporządzenia nr 305/2011).

Liczne przepisy Rozporządzenia gwarantują jednostce notyfikowanej niezależność i bezstronność. Przejawia się to m.in. w zobowiązaniu jednostki do stworzenia własnych procedur przeprowadzania oceny (art. 43 ust 6 lit. b Rozporządzenia 305/2011). Zgodnie z art. 43 ust 5 omawianego Rozporządzenia Parlamentu i Rady jednostka notyfikowana i jej pracownicy wykonują zadania strony trzeciej w procesie oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych, zachowując najwyższy stopień uczciwości zawodowej i wymaganych technicznych kompetencji w danej dziedzinie oraz muszą być wolni od wszelkich nacisków i bodźców, zwłaszcza finansowych, mogących wpływać na ich opinię lub wyniki oceny i weryfikacji, szczególnie ze strony osób lub grup osób zainteresowanych wynikami tej działalności. ”

W kontekście stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym całość badań musi być wykonana wyłącznie przez „laboratorium notyfikowane” trzeba wskazać na dwa bardzo istotne przepisy Rozporządzenia nr 305/2011. Zgodnie z art. 43 ust. 6 jednostka notyfikowana jest zdolna do wykonywania wszystkich zadań strony trzeciej w procesie oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych, przydzielonych jej zgodnie z załącznikiem V i w odniesieniu do których została notyfikowana, niezależnie od tego, czy dana jednostka notyfikowana wykonuje wspomniane zadania samodzielnie, czy też są one realizowane w jej imieniu i na jej odpowiedzialność. ”

Drugim przepisem jest art. 45 Rozporządzenia nr 305/2011. Ustęp 1 stanowi: „w przypadku gdy jednostka notyfikowana zleca określone zadania związane z wykonywaniem zadań strony trzeciej w procesie oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych lub gdy korzysta z usług spółki zależnej, zapewnia ona spełnienie przez podwykonawcę lub spółkę zależną wymagań określonych w art. 43 oraz powiadamia organ notyfikujący

Z powyższego jednoznacznie wynika, że w przypadku gdy jednostka notyfikowana uzna (w szczególności na podstawie swych wewnętrznych procedur), iż jakąś część zadań podzleci podmiotowi trzeciemu, to podmiot zlecający badania (np. producent) nie ma żadnych możliwości wpłynięcia na jednostkę w celu zmiany tej decyzji. Jest to suwerenna decyzja jednostki notyfikowanej, za którą ponosi ona całkowitą odpowiedzialność.

Żądanie zamawiającego, by ocena zgodności z normą była przeprowadzona z uwzględnieniem proceduralnych oczekiwań zamawiającego jest przejawem braku wiedzy w zakresie uregulowań prawnych działalności jednostek notyfikowanych. Dodamy, iż jest to nie tylko żądanie bezprawne, ale także niczym nieuzasadnione (brak jest jakichkolwiek obiektywnych przesłanek uzasadniających to żądanie) oraz nierealne (żądanie odnosi się do procedur już zakończonych i przeprowadzonych lege artis).

Jak to wynika z oświadczenia przesłanego producentowi, i przekazanego zamawiającemu, „TUV SUD Czech s.r.o. Praga, Republika Czeska, jako jednostka notyfikowana NB 1017, znajdująca się na wykazie Komisji Europejskiej wykonała wstępne badania typu oczyszczalni ścieków typoszeregu EUROMATIC

Badanie na skuteczność oczyszczania zostało przeprowadzone zgodnie z art. B.I normy PN-EN 12566-3+AI:2009, który stanowi: „Oczyszczalnia powinna być badana przez laboratorium. Badanie należy przeprowadzić w pomieszczeniu laboratorium albo w miejscu użytkowania pod kontrolą laboratorium. Wybór miejsca badania należy do producenta ale w uzgodnieniu z laboratorium. Za warunki w miejscu badania odpowiada laboratorium i powinny one spełniać niżej podane wymagania... ”

Dalej w dokumencie TÜV SÜD Czech czytamy: „Polskie laboratorium akredytowane wykonało tylko pobieranie próbek i ich analizę zgodnie z programem TUV SÜD Czech, nie kierowało, ani nie kontrolowało przebiegu badania i nie mogło wpłynąć na wynik badania.””

Z przywołanych na wstępie przepisów Rozporządzenia Parlamentu i Rady nr 305/2011 jednoznacznie wynika, iż laboratorium notyfikowane ma prawo korzystać z podwykonawców (art. 45 Rozporządzenia). Z pisma TÜV SÜD Czech wynika, iż dopuszcza to także art. B.I. normy (badanie może być przeprowadzone poza laboratorium notyfikowanym, ale pod jego kontrolą) oraz wewnętrzne procedury tej jednostki (program TÜV SÜD Czech).

Jeżeli dodamy do tego gwarancje niezależności i bezstronności jednostki notyfikowanej (przywołane wcześniej przepisy Rozporządzenia nr 305/2011), przyjęta procedura certyfikacyjna była suwerenną decyzją TÜV SÜD Czech mieszczącą się w omówionych ramach prawnych i żaden podmiot (w szczególności czeski organ notyfikujący, Komisja Europejska, ani nawet Gmina Strzegowo) nie miał i nie ma podstaw, by pozbawić tę jednostkę dotychczasowego statusu oraz podważać wydane przez nią certyfikaty.

Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania wskazuje, iż celem wymogu, by badania były wykonane samodzielnie przez laboratorium notyfikowane było zagwarantowanie wypełniania norm dotyczących skuteczności oczyszczania określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dn. 24.07.2006r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego.

W przywołanym przez Zamawiającego akcie prawnym nie zawarto wymogu, by oczyszczalnie były certyfikowane przez laboratorium notyfikowane działające samodzielnie, bez udziału innych podmiotów. Rozporządzenie to zresztą całkowicie pomija kwestię badania oczyszczalni ścieków przez jednostki notyfikowane. Poza tym trudno zrozumieć, jaki jest związek pomiędzy udziałem laboratorium akredytowanego w badaniu oczyszczalni na zgodność z normami a skutecznością oczyszczania i uzyskaniem odpowiednich parametrów ścieków oczyszczonych. Jedynym wytłumaczeniem jest subiektywne przekonanie

zamawiającego, że tylko sytuacja, w której badania wykonuje laboratorium notyfikowane działające samodzielnie gwarantuje najwyższą jakość urządzeń. Jest to przekonanie nie znajdujące oparcia w faktach. Warto w tym miejscu przypomnieć orzecznictwo KIO dotyczące zakresu swobody zamawiających przy formułowaniu warunków przedmiotowych postępowania. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiadający jego indywidualnym potrzebom (KIO/UZP 204/08, 20.03.2008). Niemniej jednak jest bezwzględnie zobowiązany do działania w granicach określonych przepisami prawa (KIO/UZP 1372/08, 9.12.2008, por. także SO Gdańsk, 23.1.2009, XII Ga 431/09). Ponadto określenie i opisanie przedmiotu zamówienia powinno następować stosowanie do uzasadnionych obiektywnych potrzeb zamawiającego (KIO/UZP 782/08, 13.8.2008). Wymóg, by procedura certyfikacyjna przebiegała według reguł określonych przez zamawiającego nie może być traktowany jako obiektywna, uzasadniona potrzeba.

Zamawiający powinien mieć świadomość, że tryb badania zgodności wyrobów z określonymi normami jest określony w aktach prawa unijnego, krajowego, oraz wewnętrznych procedurach obowiązujących w jednostkach notyfikowanych (procedury te zresztą również zostały przyjęte w zgodzie i na podstawie obowiązującego prawa). Ani producent, ani wykonawca, ani zamawiający nie mają wpływu na sposób, w jaki te badania są przeprowadzone, na treść wydawanych przez laboratorium notyfikowane dokumentów oraz na działania laboratorium w zakresie udostępniania dokumentacji wewnętrznej. Z pewnością na rynku przydomowych oczyszczalni ścieków, które mogą być opatrywane znakiem CE istnieją różniące się od siebie „protokoły z badań”. Niewykluczone, że niektóre z nich zawierają więcej informacji o urządzeniu, niż raport TUV SUD Czech. Ich wspólnymi cechami są: fakt sporządzenia przez laboratorium certyfikowane oraz potwierdzenie zgodności z określonymi normami. Ważne, że każdy z tych dokumentów musi być uznany za „zaświadczenie niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości”, o którym mowa w Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów (...).

Przyznanie zamawiającemu racji i uznanie, że ma on prawo dopuszczać wyłącznie te urządzenia, które przeszły określoną przez niego ścieżkę badań oznaczałoby w istocie, że może on kwestionować certyfikaty zgodności z określonymi normami wydane w całkowitej zgodzie z normami prawa unijnego, prawa krajowego i wewnętrznymi procedurami jednostek notyfikowanych. W konsekwencji doprowadziłoby to do sytuacji, w której certyfikat zgodności i prawo do używania znaku CE obowiązywałoby w całej Unii Europejskiej z wyłączeniem Gminy Strzegowo.

W dniu 20 sierpnia 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23 sierpnia 2013r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Lider: Agnieszka Ż. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „EKO – BUD” Agnieszka Ż., z siedzibą we Włocławku, ul. Ziółowa 1A, Uczestnik: Andrzej S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowy Zakład Usługowy Andrzej S. z siedzibą we Włocławku, ul. Botaniczna 25A wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłaszający przystąpienie wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania spowoduje wybór oferty odwołującego, a ich pozbawi możliwości uzyskania zamówienia w przyszłości, co w myśl art. 179 ust. 1 ustawy legitymuje do wniesienia przystąpienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 sierpnia 2013r. udzielonego przez obu członków konsorcjum i podpisanego przez obu właścicieli firm. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 23 sierpnia 2013r.

W dniu 26 sierpnia 2013r. odwołujący złożył opozycję wobec przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy, podnosząc, że zgłaszający przystąpienie nie są już wykonawcą w rozumieniu ustawy, gdyż ich oferta została skutecznie odrzucona z postępowania, a czynności tej nie zaskarżyli. Wskazał na orzecznictwo sądów powszechnych i Izby na poparcie swojego stanowiska sygn. akt V Ga 307/09, II Ca 9/11 i KIO 306/12.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz wnioskował o przeprowadzenie dowodów załączonych do tej odpowiedzi.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania : tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowanego do odwołującego, odpowiedzi odwołującego wraz z załącznikami, zakresu akredytacji laboratorium Toruńskich Wodociągów sp. z o.o., zakresu akredytacji Instytutu Techniki Budowlanej, pisma zamawiającego do Toruńskich Wodociągów z dnia 20 sierpnia 2013r., odpowiedzi Toruńskich Wodociągów na pismo zamawiającego, pisma z Polskiego Centrum Akredytacji.

Izba w toku rozprawy ustaliła, że treść rozdziału XI pkt 5 ppkt 1, 2 i 3 nie jest sporna pomiędzy stronami sporne jest natomiast rozumienie pojęć „pełny raport z badań uzyskany przez producenta urządzeń wyników oczyszczania oferowanych urządzeń w notyfikowanym laboratorium potwierdzający zgodność z :

1. normą EN 12566-3:2005+A1:2009 obejmujący skuteczność oczyszczania (zawierające szczegółowe wyniki badań dla wszystkich etapów pracy oczyszczalni: obciążenie nominalne, obciążenie nominalne przy braku zasilania, niskie obciążenie

oraz przeciążenie), wodoszczelność, wytrzymałość konstrukcji i trwałość oraz protokół główny dla całości biologicznych oczyszczalni ścieków

2. normą EN 12566-3:2004+ A1:2006 obejmujący wytrzymałość, wodoszczelność i trwałość na osadniki gnilne lub osobne osadniki wstępne”

oraz „zamawiający nie dopuszcza, aby jakiegokolwiek badania były wykonane przez laboratorium akredytowane, a tylko potwierdzone przez laboratorium notyfikowane”.

W ramach wyjaśnień treści siwz zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców dotyczące postawionych wymagań w zakresie raportów powtórzył treść siwz – odpowiedzi na pytania nr 1, 2 i 3 oraz w odpowiedzi na pytanie nr 6 wskazał, że w przypadku, gdy zdjęcia pokazujące zewnętrzną lub wewnętrzną budowę przydomowej oczyszczalni ścieków są częścią pełnego raportu z badań, o którym mowa w rozdziale XI pkt 5 siwz, to należy je dołączyć do oferty. W innych przypadkach zdjęcia takie nie są wymagane. Jeżeli zdjęcia zawierają dokładny opis wszystkich elementów oczyszczalni i są potwierdzone przez producenta oczyszczalni, to mogą posłużyć wykazaniu równoważności z oczyszczalniami opisanymi w dokumentacji projektowej.

W odpowiedzi na pytanie 9 wskazał, że wymaga, aby cała oczyszczalnia ścieków spełniała wymagania normy EN 12566-3:2005 +A1:2009, co musi być potwierdzone pełnym raportem z badań (skuteczność, wodoszczelność, wytrzymałość konstrukcji i trwałość) wystawionym przez notyfikowane laboratorium.

Z oferty odwołującego wynika, że 47-54 znajduje się specyfikacja techniczna przydomowych oczyszczalni ścieków Euromatic typ Euromatic-St. Na str. 55 – 58 znajduje się opis techniczny proponowanych przydomowych oczyszczalni ścieków typoszereg Euromatic, typ Euromatic-St produkcji Euro-Plast dwuzbiornikowa. Na str. 59-62 znajduje się opis oferowanych osadników gnilnychz częściowym podziałem na komory. Na str. 63 znajduje się karta katalogowa mechaniczno-biologicznych oczyszczalni ścieków typoszereg Euromatic typ Euromatic – St, wersja dwuzbiornikowa.

Na str. 65-70 znajduje się protokół badawczy nr ewidencyjny 05.623.742, gdzie wskazano zleceniodawcę-producenta, nr zamówienia i jego datę, nr zlecenia TUV Cz. s.r.o., nazwę handlową – przydomowa oczyszczalnia ścieków, typoszereg, typy, przeznaczenie, ograniczenia zastosowania, identyfikację wyrobu, system badania zgodności 97/464/EEC system 3, materiał podstawowy, przepływ dobowy zależny od typu oczyszczalni, organiczne obciążenie dobowe zależne od typu oczyszczalni, skuteczność oczyszczalnia przy organicznym obciążeniu dobowym $BZT_5 = 0,27$ kg/dobę dla $CHZT_5$, BZT_5 , Z , N_{kj} , P_{ogul} w % i mgO_2/l lub mg/l , zużycie energii elektrycznej na dobę zależnie od typu oczyszczalni, źródło sprężonego powietrza, sterowanie pracą, wskazano, że jako specyfikacje techniczne do badania typu wyrobu zostały wykorzystane następujące normy EN: EN 12566-3:2005+A1:2009 i poniższe dokumenty rysunki

złożeniowe i dane techniczne, obliczenia statyczne, protokoły z badania ścieków surowych i oczyszczonych, oświadczenie o akredytacji laboratorium nr AB 386 – patrz załączniki, Dane techniczne i właściwości materiału podstawowego, Deklaracje zgodności i certyfikaty komponentów. Wykonano czynności badania dokumentów przedłożonych przez producenta, pobranie próbek wyrobu, wyniki badań, analiza wyników. Wykorzystane przyrządy kontrolne, pomiarowe i badawcze są wymienione w protokołach badawczych

Podczas badania stwierdzono :

1. Badanie dokumentów przedłożonych przez producenta:
 - 1.1. wykonano sprawdzenie dokumentów adekwatnych do wykonywanych badań, tj.:
 - 1.1.1 rysunków technicznych – były właściwe do wykonywanych badań,
 - 1.1.2 przegląd podstawowych materiałów i komponentów – były właściwe do wykonanych badań,
 - 1.1.3 obliczenie stabilności – było przedmiotem badania
 - 1.1.4 instrukcje obsługi – były właściwe do wykonania badań.
2. Pobranie próbek wyrobu:
 - 2.1. Pobieranie próbek do początkowego badania zgodności wyrobu zostało wykonane zgodnie z art. 9.2 powyższej normy:

Dla wymiarów i wodoszczelności pobrano próbki wszystkich typów zbiorników, dla stabilności konstrukcji zbiorniki :OS-PI-3000, OS-PO-3000, OS-PO2-3000, OS-PO3-4000, OS-POF-3000, OS-POT-1,2 -15000, OS-1,6-27000, dla trwałości cały typoszereg euromatic z zastosowaniem uwagi c) art. 9.2, dla skuteczności oczyszczania – euromatic- st 6.

3-4 Ocena i wyniki badań:

3.1 wyniki badań są zamieszczone w Protokołach badawczych i Protokole inspekcyjnym nr ewidencyjny 05.623.741

W tabeli wskazano wymaganie, dokument i ocenę :

Wymiary – IZ.05.623.741 (załączony do części tajnej oferty) i protokoły badawcze – spełnia wymagania

Wodoszczelność - IZ.05.623.741 (załączony do części tajnej oferty) i protokoły badawcze – spełnia wymagania

Stabilność konstrukcji – ZZ 12566-3-3 (0362-702) – Euromatic (załączony do części tajnej oferty) – spełnia wymaganie dla całego typoszeregu Euromatic,

Trwałość - ZZ 12566-3-2 (0361-702) – Euromatic (załączony do części tajnej oferty) – spełnia wymaganie dla całego typoszeregu Euromatic,

Skuteczność oczyszczania – ZZ – 12566-3-4 (0363-702), IZ 05.623.741 (załączony do części tajnej oferty), Przegląd analizy wyników analiz ścieków (załączony jako załącznik nr 1 do tego protokołu i złożony w części tajnej oferty) – Załącznik ZoH 05.623.741 (załączony do części tajnej oferty). Spełnia wymaganie dla całego typoszeregu Euromatic.

W podsumowaniu stwierdzono – przy badaniu nie stwierdzono nieusuwalnych niezgodności. Wyniki procesu badawczego zostaną przekazane organowi certyfikującemu NB 1017 do decyzji z zaleceniem wydania wnioskodawcy Protokołu z badania zgodności typu wyrobu. Podsumowanie obowiązuje bez warunków. Załączniki : załącznik nr 1 analiza wyników analiz (załączony w części tajnej oferty), załącznik nr 2 opis technologii oczyszczania Załącznik ZoH 05.623.741 (załączony do części tajnej oferty).

Na str 71 znajduje się protokół z badania zgodności typu wyrobu nr ewid. 1017-CPD-05.622.796, w którym zawarto informację, że wyniki badań zamieszczone są w protokole badawczym nr ewid. 05.623.741 z dnia 5 marca 2012r., który zawiera 3 strony i jest nieodłączną częścią tego Protokołu badania zgodności typu wyrobu.

Na str.73-78 znajduje się protokół z badania nr ewidencyjny: 1286/70/09/BT/AO/B, gdzie wskazano zleceniodawcę – producenta, nr zlecenia i datę, nr zlecenia TUV Cz. s.r.o. i miejsce produkcji, w zakresie badanego wyrobu podano : nazwę : prefabrykowany osadnik gnilny jedno- i dwukomorowy, typ, wersję, materiał podstawowy, przeznaczenie, ograniczenia zastosowania, identyfikację wyrobu, nr decyzji Komisji/system oceny zgodności : 97/464/EEC system 3, wskazano, że jako specyfikacje techniczne do badania typu wyrobu zostały wykorzystane następujące normy EN: EN 12566-1:2000/A1:2003 i PN-EN 12566-1:2004/A1:2006 i poniższe dokumenty dokumentacja rysunkowa osadnika gnilnego, obliczenia statyczne, dokumenty materiału podstawowego PE instrukcja instalacji i eksploatacji. Wykonano czynności badania dokumentów przedłożonych przez producenta, pobranie próbek wyrobu, wyniki badań, ocena badań. Wykorzystane przyrządy kontrolne, pomiarowe i badawcze patrz zapisy z badań. Podczas badania stwierdzono :

3. Badanie dokumentów przedłożonych przez producenta:

3.1. wykonano sprawdzenie dokumentów adekwatnych do wykonywanych badań, tj.:

1.1.5 rysunków technicznych – były właściwe do wykonywanych badań,

1.1.6 przegląd podstawowych materiałów i komponentów – były właściwe do wykonanych badań,

1.1.7 obliczenie stabilności – było przedmiotem badania

1.1.8 instrukcje i zalecenia – były właściwe do wykonania badań.

4. Pobranie próbek wyrobu:

4.1. Pobieranie próbek do początkowego badania zgodności wyrobu zostało wykonane zgodnie z art. 7.2.1 powyższej normy:

Dla wymiarów, wodoszczelności i pojemności pobrano próbki wszystkich typów zbiorników, dla stabilności konstrukcji zbiorniki :OS-PI-3000, OS-PO3-3000, OS-PO-30000, sprawności hydraulicznej nie badano.

3-4 Ocena i wyniki badań:

3.1 wyniki badań są zamieszczone w Protokołach badawczych i Protokole inspekcyjnym nr ewidencyjny 1208/70/09/BT/IZ/B

W tabeli wskazano wymaganie, dokument i ocenę :

Wymiary wodoszczelność, pojemność, – wskazano dokumenty ZZ dla każdego typu zbiornika oraz IŻ 1285/70/09/BT/IŻ/B i stwierdzono, że są zgodne. Dla Stabilności konstrukcyjnej wskazano dokumenty ZZ dla zbiorników, dla których w tym wymaganiu pobrano próbki i IŻ 1285/70/09/BT/IŻ/B i wskazano zgodna dla wszystkich typów. Co do sprawności hydraulicznej wskazano, że nie ma w Polsce zdefiniowanych wymagań dotyczących sprawności

W podsumowaniu stwierdzono – przy badaniu nie stwierdzono nieusuwalnych niezgodności. Wyniki procesu badawczego zostaną przekazane organowi certyfikującemu NB 1017 do decyzji z zaleceniem wydania wnioskodawcy Protokołu z badania zgodności typu wyrobu. Podsumowanie obowiązuje bez warunków. Załączniki : protokół inspekcyjny.

Na str. 79 znajduje się protokół z badania zgodności typu wyrobu nr ewid. 1017-CPD-01.424.221/10/02/05/0 zawarto informację, że wyniki badań zamieszczone są w protokole z oceny 1286/70/90/BT/AO/B z dnia 18 września 2009 i nr ewid. 274/70/10/BT/AO/B z dnia 22.02.2010, które zawierają 6 stron i są nieodłączną częścią tego Protokołu badania zgodności typu wyrobu

Protokół nr ewid. 274/70/10/BT/AO/B jest załączony w tajnej części oferty. Tam zamieszczono także protokół inspekcyjny nr ewid. 273/70/10/BT/IŻ/B

Na str 81 znajduje się deklaracja zgodności nr 1b/CE/2010 dla osadnika gnilnego, a na str. 83 deklaracja zgodności 1/CE/2010 dla oczyszczalni ścieków.

W dniu 2 sierpnia 2013r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do wyjaśnienia i uzupełnienia złożonych dokumentów wskazując na te same dokumenty, które podał następnie w informacji o wyniku postępowania i w odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 8 sierpnia 2013r. odwołujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego nie załączył żądanych przez zamawiającego dokumentów, ale wyjaśnił, że przedłożył dokumenty, które producent otrzymał od jednostki notyfikującej, że część żądanych dokumentów to wewnętrzne dokumenty jednostki notyfikującej, a co do części stwierdził, że nie wie na podstawie czego zamawiający ustalił, że były one składane jednostce notyfikującej. Wskazał, że pobór próbek i ich analizę wykonywało laboratorium akredytowane, ale badania prowadziła jednostka notyfikująca. Podniósł, że jest to dopuszczalne z mocy rozporządzenia 305/2011/WE. Pytał o cel przedkładania żądanych dokumentów. Załączył pismo z TUV SUD

Czech s. r. o. z którego wynika, że jednostka ta wykonywała wstępne badania typu oczyszczalni (protokół 1017-CPD-05.622.796) przedmiotem były wymiary Protokół inspekcyjny 05.623.741 i zapis badawczy ZZ 12566-3-1, wodoszczelność Protokół inspekcyjny 05.623.741 i zapis badawczy ZZ 12566-3-1, wytrzymałość zapis badawczy ZZ12566-3-3, trwałość ZZ 12566-3-2, skuteczność oczyszczalnia Protokół inspekcyjny 05.623.741 i zapis badawczy ZZ 12566-3-4. Badanie zostało przeprowadzone w miejscu ustalonym przez producenta za zgodą jednostki. Zostało przeprowadzone zgodnie z ustalonym wcześniej programem jednostki i pod kontrolą jednostki. Warunki w miejscu badania odpowiadały przez cały czas trwania badania postanowieniom załącznika B normy, badana była oczyszczalnia ścieków typu Euromatic St6 w technologii hybrydowej (osad czynny wspomagany złożem biologicznym). Polskie laboratorium akredytowane wykonało tylko pobieranie próbek i ich analizę zgodnie z programem jednostki, nie kierowało, ani nie kontrolowało przebiegu badania i nie mogło wpłynąć na wynik badania. Złożono oświadczenie producenta, że dokumenty przedłożone przez odwołującego, to komplet dokumentów jakie producent otrzymał od jednostki notyfikującej. Załączono także rysunek poglądowy techniczny oczyszczalni.. Z pkt. 9.2. normy PN-EN 12566-3:2005+A1:2009 wynika, że wymiary główne, wloty, wyloty i połączenia, możliwość dostępu, wodoszczelność badane są dla każdego modelu z rodziny, wytrzymałość konstrukcji dla modelu o największej objętości, skuteczność oczyszczania dla modelu o najmniejszej objętości, trwałość dla reprezentatywnego modelu. W pkt. 9.3.4. badanie wyrobu gotowego wskazano, że należy opracować plan pobierania próbek, Wyniki badania powinny być zapisywane i udostępniane. W pkt B.2.4. wskazano dane objęte monitorowaniem :

CHTZ, BZT, Z, temperatura (faza płynna), całkowite zużycie energii, dobową przepustowość hydrauliczną, a dodatkowo można monitorować także : wskaźniki azotu i fosfor ogólny. Z tablicy B.2 wynika, że jest 10 etapów, które łącznie trwają $X + 38$ tygodni, w etapie 1, 3 i 5 nie pobiera się próbek, w pozostałych pobiera się próbki w różnej ilości. Tablica nie określa w którym tygodniu danego etapu próbki mają być pobrane. B.3.5. – Laboratorium powinno zbierać i analizować próbki dopływu w celu określenia zgodności z parametrami charakteryzującymi dopływ. Próbki pobierane na odpływie powinny być analizowane w celu określenia wskaźnika skuteczności. Próbki dopływu i odpływu powinny być próbkami zmieszanyymi proporcjonalnie do przepustowości w ciągu 24h zgodnie z tablicą B.2. Próbki powinny być pobierane regularnie.

B.4 Analiza próbki. Parametry określone w B.2.4. należy oznaczać stosując standardowe metody podane w normach wymienionych w tablicy B.5 wskaźnik BTZ, CHZT, Z, Azot amonowy. Azot Kjeldahla, Azotany, Fosfor. Wskazano także w normie, że w raporcie należy podać oddzielnie wartości dla etapu niskie obciążenie 4 wskaźniki skuteczności i etapu przeciążenie 2 wskaźniki skuteczności.

B.5 Raport z badań

Raport powinien zawierać informacje podane poniżej:

- a) Szczegóły dotyczące badanego urządzenia , łącznie z informacją o nominalnym dobowym ładunku substancji organicznych oraz o nominalnej dobowej przepustowości hydraulicznej,
- b) Informację dotyczącą zgodności badanego urządzenia z danymi dostarczonymi przed badaniem,
- c) Dane uzyskane w czasie badania (patrz B2.4.), a szczególnie : średnią wartość wskaźnika skuteczności dla nominalnego obciążenia i oddzielnie wartości dla wskaźników skuteczności dla obciążenia innego niż nominalne,
- d) Informację dotyczącą wszystkich działań związanych z obsługą i naprawami przeprowadzonymi w trakcie badań, łącznie ze szczegółami dotyczącymi częstotliwości usuwania osadów, ich ilości i objętości,
- e) Informację dotyczącą energii elektrycznej zużytej w trakcie badań,
- f) Informację dotyczącą wszystkich problemów, fizycznych lub środowiskowych, jakie wystąpiły w trakcie badań. W tej części powinny być przedstawione wszystkie odstępstwa od instrukcji eksploatacji producenta
- g) Informację dotyczącą wszystkich awarii oczyszczalni. Jakie wystąpiły w okresie badań np. zablokowanie przepływu przez oczyszczalnię, jeśli miało miejsce,
- h) Informację dotyczącą odstępstw od procedury badań,
- i) Zasady zachowania skali zastosowane przez producenta, gwarantujące, że taką samą skuteczność i wytrzymałość konstrukcji mają wszystkie wyroby należące do rodziny.

W dniu 22 lipca 2013r. przedstawiciel producenta oczyszczalni zwrócił się do TUV SUD Czech s. r. o. o wydanie ZZ12566-3-4 (0363-702), ZZ12566-3-1 (0360-702) i ZZ 12566-3-1 (0360-702). W dniu 15 sierpnia 2013r. TUV SUD odpisał... Oryginały ZZ Pani nie otrzyma.

Zdjęcia oczyszczalni nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż nie dotyczą oczyszczalni oferowanych przez odwołującego, Z zakresu akredytacji dla Toruńskich Wodociągów sp. z o.o. w kodzie identyfikacji dziedziny/obiektu badań mieści się pobieranie próbek wody, wody do spożycia i ścieków. Na str. 5 wskazano badane objekty ścieki, badane cechy i metody badawcze m. in pobieranie próbek do badań chemicznych i fizycznych, zawiesiny ogólne, chemiczne zapotrzebowanie tlenu, biochemiczne zapotrzebowanie tlenu, stężenie fosforu ogólnego, stężenie azotu Kjeldahla.

Zakres akredytacji Instytutu Techniki Budowlanej wskazuje, że laboratorium to jest akredytowane do badania obiektów m. in.:

Oczyszczalni ścieków – czynnik starzenia materiału zbiornika PN-EN 12566-3+A1:2009, współczynnik pełzania materiału zbiornika PN-EN 12566-3+A1:2009,, wymiary geometryczne liniowe PN-EN 12566— 1 :2004+A1:2006, wytrzymałość konstrukcji PN-EN 12566-3+A1:2009, PB LL-130/2/02-2009, wytrzymałość PN-EN 12566— 1 :2004+A1:2006

Woda i ścieki: BZT, CHZT, Zawiesiny, Stężenie fosforu ogólnego.

Z pisma Toruńskich Wodociągów sp. z o.o. wynika, że wykonywało ono badania ścieków surowych i ścieków oczyszczonych dla producenta oczyszczalni, zgodnie z przedstawionym przez niego harmonogramem od 2 czerwca 2011 do 16 lutego 2012. Laboratorium wykonywało pobieranie próbek i ich analizę w zakresie wymaganym przez producenta, nie kierowało badaniami i nie kontrolowało ich przebiegu, nie ma informacji czy badania były nadzorowane przez TUV SUD Czech s. r. o. Poboru próbek dokonywało laboratorium badawcze, sprawozdanie przekazywano producentowi, były to sprawozdania wskazane przez zamawiającego. Polskie Centrum Akredytacji, w swoim piśmie kierowanym do zamawiającego stwierdziło, że Toruńskie Wodociągi nie mają akredytacji na badania zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, to samo potwierdziły Toruńskie Wodociągi w piśmie z dnia 27 sierpnia 2013r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego co do zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum: Lider: Agnieszka Ż. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „EKO – BUD” Agnieszka Ż., z siedzibą we Włocławku, ul. Ziółowa 1A, Uczestnik: Andrzej S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wielobranżowy Zakład Usługowy Andrzej S. z siedzibą we Włocławku, ul. Botaniczna 25A. Wykonawcy ci wskazali, że mają interes w uzyskaniu możliwości udziału w nowym postępowaniu zorganizowanym przez zamawiającego. Izba uznała, że taki interes nie jest interesem, o którym mowa w art. 185 ust. 3 ustawy, gdyż dotyczy interesu przyszłego i hipotetycznego, ponadto wykracza poza granice określone interesem dla wniesienia środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Przepis ten wyraźnie wskazuje na konieczność wykazania interesu w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tego zgłaszający nie wykazali, nadto jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący zgłaszający przystąpienie zostali skutecznie wyeliminowani z przedmiotowego postępowania, gdyż zamawiający odrzucił ich ofertę, a oni nie wniesli na tę czynność odwołania. Zatem w dacie wniesienia przystąpienia nie byli już wykonawcą w rozumieniu art. 2 ustawy, zaś zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy prawo do wniesienia przystąpienia przysługuje wykonawcy. W tym stanie rzeczy Izba postanowiła uwzględnić opozycję.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż domaga się przywrócenia swojej oferty do postępowania, a byłaby to jedyna ważna oferta w tym postępowaniu w przypadku jego uwzględnienia. W tej sytuacji odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy przez wykluczenie odwołującego, który wykazał spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu i Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie uzasadnienia swojej decyzji o wykluczeniu z postępowania i nie wskazanie warunku udziału w postępowaniu z art. 22 ust 1 ustawy, który nie został spełniony przez odwołującego

Powyższe zarzuty Izba rozpoznała łącznie. Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Zamawiający rzeczywiście w sposób nieprawidłowy zakwalifikował opisany przez siebie stan faktyczny tj. niezłożenie wszystkich dokumentów składających się na pełne raporty z badań dla oczyszczalni i osadnika gnilnego oferowanych przez odwołującego, jako podstawę uzasadniającą wykluczenie tego wykonawcy z mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Rację ma odwołujący, że dokumenty te były żądane przez zamawiającego na potwierdzenie, że spełnione są wymagania przedmiotowe zamawiającego, zaś art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy dotyczy sytuacji, w której wykonawca nie wykazał spełnienia wymagań podmiotowych zamawiającego. Stąd wskazana podstawa prawna nie była prawidłowa, co potwierdził także pośrednio zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie odnosząc się już wyłącznie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W tej sytuacji zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez jego zastosowanie wobec odwołującego, w sytuacji, gdy odwołujący wykazał spełnienie wymagań podmiotowych zamawiającego. Jednak z mocy art. 192 ust. 2 ustawy Izba uznała, że stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż nie zmienia prawidłowości drugiej czynności zamawiającego tej odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i nie daje odwołującemu szansy na przywrócenie do postępowania i wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty, która odpowiada treści siwz

Zarzut w części zasługuje na uwzględnienie. Izba nie podziela wprowadzonej argumentacji ani stanowiska zamawiającego, co do tego, że pełny raport z badań powinien zawierać dokumentację producenta na podstawie, którego dokonywano badań, czy zapisy badawcze jednostki notyfikowanej, czy sprawozdania z pobrania próbek. Izba uważa, że zakres raportu wyznacza jego treść oraz wymogi poszczególnych norm. Ani z rozporządzenia 305/2011/WE, ani z normy 12566-3+A1:2009 nie wynika, że jednostka badawcza w raporcie ma zamieszczać wszystkie dane jakie zgromadziła w celu przeprowadzenia badań, ani jakie uzyskała prowadząc te badania. Rolą jednostki notyfikowanej jest bowiem wydanie certyfikatu/raportu, w którym potwierdzenie znajduje fakt, że dany wyrób spełnia lub nie wymaga normy. Po to rola ta została powierzona jednostkom notyfikowanym, aby nabywca towaru oznakowanego znakiem CE uzyskiwał gwarancję należytej jakości zbadanej przez niezależny, wyspecjalizowany organ zatrudniający specjalistów niezależnych przede wszystkim finansowo tak od producenta, jak i innych jednostek czy organizacji, które mogłyby mieć interes w tym, aby wpłynąć na wyniki badań. Izba stwierdziła, że zamawiający domagając się rysunków technicznych, instrukcji instalacji i eksploatacji, materiałów podstawowych, czy zapisów badawczych lub sprawozdania z poboru próbek działał niezgodnie zarówno z postanowieniami rozdziału III str. 3 ostatnie zdanie akapitu 1 i ostatnie zdanie akapitu 2, gdzie wyraźnie w odniesieniu do oczyszczalni i osadnika gnilnego postawił wymaganie, że urządzenie ma spełniać wymagania wskazanych przez zamawiającego norm w zakresie przez zamawiającego wskazanym tj. odpowiednio oczyszczalnia : skuteczność oczyszczania, wytrzymałość, wodoszczelność, trwałość i osadnika : wytrzymałość, wodoszczelność, trwałość. A zatem rację ma odwołujący, że zamawiający oczekiwał zgodności z normą, a nie potwierdzenia parametrów technicznych. Potwierdza to również rozdział IX pkt 5 nie ma tam stwierdzenia, że dokumenty mają potwierdzać spełnianie wymagań zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, ale zamawiający posługuje się pojęciem „odpowiadają określonym wymaganiom”. Wymaganie określone przez zamawiającego co do raportu to zgodność z odpowiednią normą, zgodnie z rozdziałem III siwz. W tej sytuacji wadliwe i niedopuszczalne jest formułowanie przez zamawiającego na etapie po złożeniu ofert wymagania, aby żądane dokumenty służyły potwierdzeniu innych wymagań, niż to wynika z siwz. Izba zatem stoi na stanowisku, że raporty pełne powinny potwierdzać zgodność z normą i być pełne tak jak tego wymaga dana norma, czyli zawierać minimum informacji w tej normie określonych oraz być kompletne w tym znaczeniu, że jeśli raport wskazuje na jakiś załącznik, który jest integralną częścią tego raportu to taki dokument powinien być załączony i dodatkowo powinien zawierać wyniki badań w zakresie wymaganym przez zamawiającego. Izba zbadała udostępnioną przez odwołującego normę PN-EN 12566-3+A1:2009 i stwierdza, że wszystkie wymagania tej normy w zakresie pkt B.5 określającego minimalny poziom informacji zostały zawarte. Izba wskazuje, że w lit. a) B.5

nie ma wskazania co czego należy odnosić nominalny dobowy ładunek substancji organicznych, ani nominalną dobową przepustowość hydrauliczną. Nie ma wymogu szczegółowego, że do danego typu, w szczególności typu reprezentatywnego. Co do lit c) B.5 to zamawiający pominął treść pkt B.4 zdanie ostatnie wskazującego na ilości wskaźników dla skuteczności obciążenia innego niż nominalne – nie wymagane jest podanie wszystkich wskaźników z B.2.4. Co do d, f, g i h to skoro odstępstwa od procedur, awarie problemy środowiskowe i fizyczne oraz naprawy nie nastąpiły do jednostka notyfikująca mogła zawrzeć ogólne stwierdzenie o brak niezgodności, zaś co do i) to wskazano w protokole głównym, że nie określa się warunków. W ocenie Izby oba protokoły badawcze tj. 05.623.742 i 1286/70/09/BT/AO/B zawierając wymagane dla raportu informacje. Jednak Izba stwierdziła, że dla pełni raportu i oświadczył tak na rozprawie sam odwołujący konieczne jest, aby były wskazane w tych dokumentach załączniki i tak Izba ustaliła, co następuje:

W protokole 1017-CPD-05.622.796 wymienia się protokół badawczy nr ewid. 05.623.742, zaś w protokole badawczym 05.623.742 załącznik nr 1 analiza wyników analiz i załącznik nr 2 opis technologii oczyszczania to te dokumenty muszą być załączone do oferty i to w przypadku odwołującego miało miejsce. Nadto z uwagi na wymaganie zaprezentowania wyników badań, która są ujawnione w protokole inspekcyjnym 05.623.741, Izba uważa, że on również powinien być załączony do raportu i w przypadku odwołującego tak się stało.

Z kolei w protokole 1017-CPD-01.424.221/10/02/05/0 wymienione są jako integralne załączniki : protokół z oceny nr 1286/70/09/BT/AO/B i protokół nr 274/70/10/BT/AO/B, zaś w protokole nr 1286/70/09/BT/AO/B jako załącznik wymieniony jest protokół inspekcyjny. Protokół inspekcyjny określono w treści protokołu nr 1286/70/09/BT/AO/B jako 1208/70/09/BT/IZ/B. Odwołujący złożył protokół nr 1286/70/09/BT/AO/B i protokół nr 274/70/10/BT/AO/B, nie złożył natomiast protokołu inspekcyjnego 1208/70/09/BT/IZ/B, który nie tylko był załącznikiem do protokołu, ale jak wynika z jego treści zawierał wyniki badań, których oczekiwał zamawiający. Zamawiający w dniu 2 sierpnia 2013r. wzywał odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu na str. 5 zdaniem nad zdaniem pogrubionym. W tej sytuacji rację należało przyznać zamawiającemu, że odwołujący na wezwanie nie załączył dokumentu składającego się na pełny raport z badań (co sam odwołujący przyznał na rozprawie wskazując, jakie załączniki w odniesieniu do protokołu 1017-CPD-05.622.796 i protokołu 05.623.742 uważa za ich integralną część). W tej sytuacji należało uznać, że zamawiający prawidłowo ocenił ofertę odwołującego uznając, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie wykazał wymagań zamawiającego określonych w siwz, co do jakości, gdyż nie przedłożono wymaganego dokumentu na potwierdzenie tej okoliczności. Z tego względu Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego była prawidłowa i zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska zamawiającego co do tego, że raport z badań przedłożony przez odwołującego nie potwierdzał wymagania sporządzenia wszystkich badań związanych z raportem przez jednostkę notyfikowaną. Izba zwraca uwagę, że system oceny zgodności 3 zgodnie z rozporządzeniem 305/2011 zakłada, że próbki do badań pobiera producent, skoro tak, a z pism zarówno TUV SUD s. r. o. jak i Toruńskich Wodociągów wynika, że Toruńskie Wodociągi wykonywały pobranie próbek ścieków i ich analizę na zlecenie producenta, to nie wpływa to na fakt, że badania na skuteczność oczyszczania wykonywała wyłącznie jednostka notyfikowana na podstawie próbek dostarczonych jej przez producenta, których dla ich pozyskania skorzystał z laboratorium akredytowanego. Co do zakresu akredytacji, to Toruńskie Wodociągi mają akredytację na badanie ścieków, co wynika z przedłożonego przez zamawiającego zakresu akredytacji, a nie mają na badanie oczyszczalni i nie muszą mieć bo oczyszczalnię badała wyłącznie jednostka notyfikowana, której uprawnień do przeprowadzania takiego badania zamawiający nie kwestionuje. W tej sytuacji wobec stwierdzenia przez Izbę, że odwołujący nie złożył pełnego raportu z badania osadnika gnilnego, należało uznać, że zamawiający prawidłowo odrzucił jego ofertę.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami uiszczanego wpisu.

Przewodniczący.....