

Sygn. akt: KIO 291/14

Sygn. akt: KIO 295/14

WYROK

z dnia 4 marca 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2014 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 lutego 2014 roku przez wykonawcę **BIO-NOVA Sp. z o.o., ul. Jana Brzechwy 3, 51-141 Wrocław** (sygn. akt KIO 291/14),
- B. w dniu 17 lutego 2014 roku przez wykonawcę **K..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN – PRO K..... M....., ul. Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów** (sygn. akt KIO 295/14)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Kołaki Kościelne, ul. Kościelna 11, 18-315 Kołaki Kościelne**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **A..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „TECHNIKA” A..... B....., ul. Artyleryjska 12, 10-165 Olsztyn**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 291/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy: **A..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „TECHNIKA” A..... B....., ul. Artyleryjska 12, 10-165 Olsztyn** oraz wykonawcy: **BIO-NOVA Sp. z o.o., ul. Jana Brzechwy 3, 51-141 Wrocław**, zgłaszających

przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 295/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

1. kosztami postępowania obciąża: wykonawcę **BIO-NOVA Sp. z o.o., ul. Jana Brzechwy 3, 51-141 Wrocław** (sygn. akt KIO 291/14) oraz wykonawcę **K..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN – PRO K..... M....., ul. Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów** (sygn. akt KIO 295/14) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BIO-NOVA Sp. z o.o., ul. Jana Brzechwy 3, 51-141 Wrocław** (sygn. akt KIO 291/14) oraz wykonawcę: **K..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN – PRO K..... M....., ul. Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów** (sygn. akt KIO 295/14) tytułem wpisów od odwołań,

2. zasądza na rzecz zamawiającego **Gminy Kołaki Kościelne, ul. Kościelna 11, 18-315 Kołaki Kościelne** kwotę **7 200,00 zł** (słownie: **siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy**), w tym:

2.1. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset złotych zero groszy**) **od wykonawcy BIO-NOVA Sp. z o.o., ul. Jana Brzechwy 3, 51-141 Wrocław** (sygn. akt KIO 291/14) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

2.2. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset złotych zero groszy**) **od wykonawcy K..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN – PRO K..... M....., ul. Pstrągi Gniewoty 6, 18-300 Zambrów** (sygn. akt KIO 295/14) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łomży**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

sygn. akt KIO 291/14

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Kołaki Kościelne”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Kołaki Kościelne (dalej „zamawiający”) wykonawca Bio-Nova sp. z o.o. złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), podczas gdy oferta odwołującego w pełni odpowiada dokonaneemu przez zamawiającego opisowi przedmiotu zamówienia, zgodna jest z wymaganiami postawionymi w postępowaniu przez zamawiającego dla przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków spełniających normę PN EN 12566-3+A 1:2009,
2. art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 4, art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie zbadania i oceny złożonych przez odwołującego na wezwania zamawiającego wyjaśnień i dokumentów na potwierdzenie, że oferowane oczyszczalnie spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ i specyfikacji technicznej,
3. art. 91 ust. 1, poprzez niezgodny z ustawą Pzp wybór oferty wykonawcy PPHU „TECHNIKA” A..... B..... (dalej „przystępujący”), który nie złożył najkorzystniejszej oferty w postępowaniu wg. przyjętego w SIWZ kryterium oceny ofert (100% cena).

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego wg. norm przepisanych.

Odwołujący podał, że jako powód odrzucenia oferty jego oferty zamawiający wskazał brak pełnego protokołu badań z jednostki notyfikowanej wymaganego na potwierdzenie tego, że oferowane oczyszczalnie spełniają wymagania określone przez zamawiającego, co doprowadziło do stwierdzenia niezgodności treści złożonej oferty z zapisami zamawiającego określonymi w SIWZ.

Odwołujący podał także, że wymagania jakościowe Przydomowej Biologicznej Oczyszczalni Ścieków („PBOŚ”) zostały opisane w pkt 3.3. SIWZ, zgodnie z którym: „Przydomowa biologiczna oczyszczalnia ścieków (PBOŚ) to urządzenie lub zespół urządzeń, w których na drodze procesów mechanicznych, biologicznych i chemicznych następuje redukcja ładunku zanieczyszczeń w ściekach do wielkości dopuszczalnych określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi, oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego (Dz. U. z 2006 r. Nr 137, poz. 984 ze zm.) jak dla oczyszczalni poniżej 2000 RLM wg Załącznika nr 1 do ww. aktu wykonawczego. Kompletna PBOŚ musi spełniać wytyczne normy zharmonizowanej PN EN 12566-3+A1:2009 - Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50 - Część 3: Kontenerowe i/lub montowane na miejscu przydomowe oczyszczalnie ścieków i być znakowana znakiem CE. Wymaga się, aby oferta zabezpieczona była pełnym raportem z badań PBOŚ tzn. badania: wodoszczelności, trwałości, skuteczności oczyszczania i wytrzymałości, zgodnym z normą PN EN 12566-3+A1:2009, wystawionym przez jednostkę notyfikowaną w Komisji Europejskiej. Zamawiający nie dopuszcza możliwości wykonywania badań przez laboratorium akredytowane, a jedynie potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane. Wszystkie badania na zgodność z normą PN EN 12566-3+A1:2009 muszą być wykonane wyłącznie w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 881 z późn. zm.). Do ofert należy dołączyć Deklarację Właściwości Użytkowych CE wystawioną przez producenta na podstawie dokonanych badań przez jednostkę notyfikowaną sporządzoną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającym zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz. U. Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2011 r. L 88/5) i obowiązującymi przepisami krajowymi.”

Odwołujący podał nadto, że na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają powyższym wymaganiom zamawiający żądał przedstawienia, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp: „SIWZ pkt 7.4 lit. c): pełnego raportu z badań potwierdzającego zgodność ze zharmonizowaną normą europejską PN EN 12566-3+A1:2009 wydanego dla konkretnego typoszeregu urządzeń przez jednostkę notyfikowaną przez Komisję Europejską zawierającego szczegółowe wyniki badań na skuteczność

oczyszczania ścieków, wodoszczelność, trwałość i wytrzymałość (wg opisu w pkt. 1.5 Specyfikacji Technicznej i Odbioru Robót (dalej „STWiOR”); stosownie do zapisu pkt. 1.5. STWiOR - Wymagania techniczne: „Nadzór może dopuścić do użycia tylko materiały, które posiadają deklarację właściwości użytkowych lub certyfikat zgodności z: PN EN 12566-3+A1:2009 lub aprobatę techniczną, w przypadku wyrobów, dla których nie ustanowiono Polskiej Normy. W przypadku materiałów, dla których ww. dokumenty są wymagane przez ST, każda partia dostarczona do robót będzie posiadać te dokumenty, określające w sposób jednoznaczny jej cechy. Produkty przemysłowe muszą posiadać ww. dokumenty wydane przez producenta, a w razie potrzeby poparte wynikami badań wykonanych przez niego.

Wskazał, że dodatkowo należało dołączyć:

- Deklarację właściwości użytkowych proponowanej oczyszczalni przydomowej,
- Kopię raportów z badań oczyszczalni ścieków wykonanych przez laboratorium notyfikowane dla normy PN EN 12566-3+A1:2009, tj.:
 - wodoszczelności dla wszystkich oferowanych oczyszczalni, w tym zakresie zamawiający wymagał dostarczenia raportu wodoszczelności dla oczyszczalni o RLM 6, RLM 9, RLM 12, RLM 15 i RLM 18, wykonanego przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem „A” normy PN EN 12566-3+A1:2009, a w szczególności tablicą „1” przedmiotowej normy,
 - wytrzymałości konstrukcyjnej dla oferowanych oczyszczalni (największy model z rodziny) dla założonych przez projektanta warunków suchych i mokrych; w tym zakresie zamawiający wymagał dostarczenia raportu wytrzymałości konstrukcyjnej wykonanej przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem „C” normy PN EN 12566-3+A1:2009 dla warunków suchych i mokrych lub metodą obliczeniową obejmującą najbardziej niekorzystne warunki pracy urządzenia wykonanej przez laboratorium notyfikowane zgodnie z normą PN EN 12566-3+A1:2009,
 - efektywności oczyszczania dla parametrów: BZT5, ChZT, zawiesina; w badaniach zgodnie z rozporządzeniem trzeba podawać stężenia zanieczyszczeń ścieków surowych i oczyszczonych oraz wartość procentową. Zamawiający wymagał (zgodnie z normą PN EN 12566-3+A1:2009), aby badanie efektywności oczyszczania było wykonane przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem „B” normy PN EN 12566-3+A1:2009 (dla najmniejszego modelu z rodziny),
 - trwałość materiału (badanie materiału) - badanie wykonane zgodnie z rozdziałem 6.5 normy PN EN 12566-3+A1:2009 określające właściwość materiału, z którego wykonana jest oczyszczalnia. Kopie wyników tych badań będą dostarczone przez wykonawcę zamawiającemu.

Odwołujący oświadczył, że załączył do oferty raporty z badań na zgodność z normą PN EN 12566-3:2005+A1:2009 oferowanych oczyszczalni z polietylenu SBR EasyPlast wykonane w laboratorium PIA GmbH - jednostce notyfikowanej Nr. 1739 - o numerach:

- PIA PIA2007-BT-0100p-e,
- PIA2010-ST-PIT-1003-10080p-e,
- PIA2007-02op-e,
- PIA2007-WD0010p.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wymienione raporty z badań spełniają wymagania zamawiającego postawione w pkt. 7.4 lit, c) SIWZ i pkt 1.5 STWiOR, ponieważ są raportami pełnymi dla wykazania wodoszczelności, trwałości, skuteczności oczyszczania i wytrzymałości, zgodnie z normą PN EN 12566-3+A1:2009 i obowiązują dla oczyszczalni wykonanych z polietylenu dla całego oferowanego typoszeregu SBR EasyPlast Typ: 4-6, 6-8, 8-10,10-12.

Wyjaśnił, że badane oczyszczalnie uzyskały pozytywne wyniki badań, dlatego też producent na tej podstawie mógł oznaczyć oczyszczalnie znakiem CE i wystawić Deklaracje właściwości użytkowych.

Podał, że w odpowiedzi na wezwania zamawiającego złożył wyczerpujące wyjaśnienia, oświadczenia i raporty notyfikowanego laboratorium PIA na potwierdzenie prawidłowego przeprowadzenia badań przez notyfikowaną jednostkę PIA GmbH zgodnie z wytycznymi normy PN EN 12566-3:2005+A1:2009.

Odnosząc się do podstawy odrzuceniu oferty z powodu braku badań wytrzymałości konstrukcyjnej dla oferowanych oczyszczalni (największy model z rodziny) dla założonych przez projektanta warunków suchych i mokrych odwołujący podniósł, że złożony przez niego Raport z badania nr PIA2010-ST-PIT-1003-10080p-e z lipca 2012 r. na stronie 4 z 11 podaje w pkt 3.2 *Przedmiot badania* dokładne wymiary badanego zbiornika, tj. $D=1,54m$, $S=1,22m$, $H=1,70m$. Objętość całkowita wynosi w przybliżeniu 2500l.

Odwołujący uznał, że powyższy zapis oznacza, że badania dotyczą zbiornika największego z rodziny o pojemności 2250l, którego objętość całkowita wynosi w przybliżeniu 2500l. Stwierdził, że potwierdzenie tego faktu stanowią przedstawione w raporcie PIA2010-ST-PIT-1003-10080p-e z lipca 2012 r. wymiary badanego zbiornika zarówno w części opisowej strona 4 z 11 pkt 3.2, jak i na rysunku technicznym strona 9 z 11 - wymiary są takie same jak oferowanego zbiornika o pojemności 2250l.

Zaznaczył, że objętość i pojemność zbiornika to nie są tożsame parametry. Podał, że w przypadku badania zgodnie z aneksem C.6 normy 12566-3 („Badanie w wykopie”) oblicza się objętość zbiornika w przybliżeniu (całkowita objętość wodoszczelnego wykopu - objętość

żwiru i wody), natomiast celem obliczenia pojemności zbiornika należy odjąć wszelkie ozebrowania i elementy konstrukcyjne znajdujące się wewnątrz zbiornika.

Podał, że w dokumentach dostarczonych w ramach wezwania do uzupełnienia, tj. schematach technicznych (budowa - elementy składowe PBOŚ SBR Easy Piast) wskazane są wymiary największego zbiornika oferowanej oczyszczalni ścieków (D=1,54m, S=1,22m, H=1,70m) i są one tożsame z wymiarami w przywołanym raporcie. Uznał, że z powyższego wynika, że w badaniu nr PIA2010- ST-PIT-1003-10080p-e z lipca 2012 r. został przebadany największy zbiornik z rodziny o pojemności 2250l (posiadający objętość w przybliżeniu 2500l) metodą w warunkach mokrych.

Odwołujący stwierdził także, że zbiornik o pojemności 2250l, czyli największy model z rodziny został przebadany zgodnie z Raportem Nr PIA2007-BT-0100p-e z czerwca 2007 r. dla wytrzymałości konstrukcyjnej metodą w warunkach suchych.

Podał, że zgodnie z Polską Normą PN EN 12566-3+A1:2009 załącznik „C” (obliczanie i metody badań wytrzymałości konstrukcyjnej, str. 28) do badania wytrzymałości konstrukcyjnej należy zastosować „[...] jedną metodę lub więcej metod opisanych poniżej i wymienionych w tabeli C.P (Str. 28). Podał nadto, że w dalszej części załącznika „C” w punkcie C.3 (str. 31) dotyczącym zbiorników wykonanych z materiału PP lub PE (jak w przypadku oferowanej oczyszczalni ścieków Easyplast) stwierdza się, że *„metoda może być stosowana wyłącznie w warunkach suchych”* Wskazał, że w podsumowaniu w/w raportu, w pkt 4 (str. 7 z 7) widnieje zapis: *”Zbiornik Easyplast firmy Ornplast pomyślnie przeszedł badanie stabilności zgodnie z normą EN 12566 część 3”*. Wobec powyższego stanął na stanowisku, że Raport Nr PIA2007-BT- OIOOp-e z czerwca 2007 r. dla wytrzymałości konstrukcyjnej został wykonany prawidłowo i zgodnie z zapisami normy PN EN 12566-3:2005 oraz, że jest kompletny w przypadku metody w warunkach suchych, podobnie jak Raport Nr PIA2010-ST-PIT-1003-10080p-e z lipca 2012 r. dla wytrzymałości konstrukcyjnej został wykonany prawidłowo i zgodnie z zapisami normy PN EN 12566-3:2005 oraz, że jest kompletny w przypadku metody w warunkach mokrych.

Odnosząc się do podstawy odrzuceniu oferty z powodu nie załączenia raportu z badań skuteczności oczyszczania wykonanego przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem „B” normy PN EN 12566-3+A1:2009 dla najmniejszego modelu z rodziny na urządzeniu nie będącym tym samym wyrobem, co oferowane przez odwołującego podał, że złożony przez niego Raport z badań skuteczności oczyszczania (nr PIA 2007-02op-e z marca 2007) jest raportem kompletnym i pełnym oraz wykonanym przez laboratorium notyfikowane (PIA Pruefinstitut fuer Abwassertechnik GmbH, NB 1739), zgodnie z załącznikiem „B” normy PN EN 12566-3+A1:2009, co – uznał odwołujący – wykazał w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 10 stycznia 2014 r., przekazując pisma

sporządzone przez w/w laboratorium z dnia 8 sierpnia 2013 r. stwierdzające, że: Wszystkie wartości podane w raporcie PIA obowiązują również dla 4 p.e. i 6 p.e. (...). System był testowany pod kątem skuteczności oczyszczania w zbiorniku betonowym, który jest porównywalny z testowanym zbiornikiem polietylenowym, który jest używany w praktyce, tak więc możliwe jest przeniesienie systemu ze zbiornika betonowego do plastikowego.”

Stwierdził, że z przesłanych przez odwołującego, na wezwanie zamawiającego, wyjaśnień w postaci pism laboratorium PIA GmbH z dnia 10 lutego 2014 r. wynika, że raport badań skuteczności (nr PIA 2007-02op-e z marca 2007) odnosi się również do najmniejszego oferowanego modelu, tj. EASYPLAST 4PT, ponieważ cyt: „[...] jest częścią zakresu i spełnia normę EN 12566-3.”. Wyjaśnił, że dzieje się tak, ponieważ norma EN 12566-3 wymaga testowania najmniejszego rozmiaru przy założeniu, że cyt: „[...]ten rozmiar oznacza najgorszą efektywność oczyszczania. W zakresie Easy Piast model reprezentujący najniższą efektywność oczyszczania to model 8 PT i dlatego był testowany jako wstępne badanie typu”.

Podsumował, że zgodnie z powyższymi oświadczeniami laboratorium, raport obowiązuje również dla najmniejszego modelu z rodziny SBR EasyPlast Typ 4-6 RLM i dotyczy również zbiorników wykonanych z polietylenu (a nie tylko z betonu).

Odnosząc się do podstawy odrzuceniu oferty z powodu nie załączenia raportu z badań wodoszczelności dla wszystkich oferowanych oczyszczalni, wykonanego przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem „A ” normy PN EN 12566-3+A1:2009 podał, że zgodnie z normą PN EN 12566-3, pkt 9.2, Tabela 1 (Wymagania dotyczące wstępnych badań typu) należy wykonać badania wodoszczelności na każdym modelu z rodziny. Stwierdził, że załączony przez odwołującego Raport testowy nr PIA2007-WD0010p-e z czerwca 2007 r. w punkcie 5 („Podsumowanie”) potwierdza jednoznacznie pozytywny wynik badań „[...] zbiorników PE firmy Ornplast” dla 2 typów (modułów) zbiorników: o pojemności 2250l i o pojemności 1250l.

Podał, że przedmiotem badania w w/w raporcie są zbiorniki Easyplast 2250l oraz Easyplast 1250l, które są tożsame z oferowanymi przez niego zbiornikami w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazał, że budowa oczyszczalni z polietylenu SBR EasyPlast jest oparta na modułowym zestawieniu przebadanych zbiorników, wszystkie typoszeregi oczyszczalni (tj. wszystkie modele z rodziny) składają się zawsze z 2 typów zbiorników z polietylenu: zbiornika o pojemności 1250l i pojemności 2250l.

Podał, że oba zbiorniki (o pojemności 1250l i pojemności 2250l) zostały przebadane zgodnie z wymogami normy PN EN 12566-3 i uzyskały wynik pozytywny w w/w raporcie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w związku z budową modułową nie ma potrzeby badania tych samych zbiorników kilkakrotnie w różnych konfiguracjach, ponieważ badania są

zgodne dla całego typoszeregu oczyszczalni SBR EasyPlast z polietylenu ze względu na multiplikację przebadanych dwóch (modułów) zbiorników. Na potwierdzenie załączył do odwołania pismo PIA GmbH do Ornplast Sp. z o.o. z dnia 11 lutego 2014 r. dotyczące raportu testowego nr PIA2007-WD0010p-e z czerwca 2007 r.

Na tej podstawie, odwołując się do informacji zawartych w specyfikacjach technicznych (kartach katalogowych) oraz deklaracji właściwości użytkowych (nr 01/SBR/2013) oferowanych urządzeń dla typoszeregu SBR Easy Piast, uznał, że zaoferował oczyszczalnie, które zostały przebadane na wodoszczelność przez notyfikowane laboratorium PIA GmbH.

Podkreślił, że zapis w raporcie PIA2007-WD0010p-e z czerwca 2007 r w punkcie 3 cyt. „Każda z małych oczyszczalni ścieków składa się z 3 sześciennych zbiorników wykonanych z polietylenu” dotyczy opisu oczyszczalni z rysunku technicznego strona 5 ww. raportu i stwierdził, że uwaga ta nie odnosi się do budowy całego typoszeregu.

Wyjaśnił, że wszystkie oczyszczalnie z polietylenu SBR EasyPlast są zbudowane z przebadanych modułów zbiorników o pojemności 1250l i pojemności 2250l, a konfiguracja modułów zbiorników przedstawiona jest szczegółowo w materiałach technicznych producenta. Stał na stanowisku, że badania wodoszczelności dotyczą całego typoszeregu SBR EasyPlast Typ; 4-6, 6-8, 8-10,10-12, wobec czego są kompletne.

Odwołujący oświadczył nadto, że w dniu 26 czerwca 2013 r w siedzibie producenta zaoferowanych oczyszczalni (tj. firmy Ornplast sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi) została przeprowadzona kontrola Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Łodzi - kontroli podlegały wyroby budowlane: "Przydomowe biologiczne oczyszczalnie ścieków SBR Easy Piast" w polietylenie; zostały przebadane wszystkie raporty ww. z badań na zgodność z normą PN EN 12566-3 oraz oświadczenia wystawione przez instytut notyfikowany PIA w Niemczech z wynikiem pozytywnym (Kontrolujący stwierdził że cyt.: „2. deklaracja właściwości użytkowych nr 01/SBR/2013 [jest] zgodna z wymaganiami normy załącznikiem do rozporządzenia (UE) nr 305/2011 3. oświadczenie PIA z którego wynika że badania typu w zakresie skuteczności oczyszczania wykonane na zbiornikach betonowych można przenieść na oczyszczalnie ścieków SBR Easy Piast produkowane w oparciu o zbiorniki polietylenowe”

Podał, że w związku z powyższym oczyszczalnie ścieków SBR Easy Piast są dopuszczone do obrotu w systemie krajowym oraz, że Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego w Łodzi nie ma zastrzeżeń i uwag do raportów z badań na zgodność z normą PN EN 12566-3.

sygn. akt KIO 295/14

W tym samym postępowaniu odwołanie złożył także wykonawca K..... M....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K..... M..... EMKAN-PRO, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo, że jej treść odpowiadała treści SIWZ,
2. art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego o wyjaśnienie dokumentu - pełnego raportu z badań oczyszczalni w zakresie zgodności z normą PN-EN 12566-3+A1:2009,
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
4. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z naruszeniem przepisów ustawy oraz na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, tj. odwołującemu,
5. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
3. dokonania wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący podał, że zamawiający w SIWZ, STWiOR oraz odpowiedzi dotyczących dokumentów przedmiotowych wskazał:

- pkt 7.4. c) SIWZ - pełny raport z badań potwierdzający zgodność ze zharmonizowaną normą europejską PN-EN 12566-3+A1:2009 wydany dla konkretnego typoszeregu urządzeń przez jednostkę notyfikowaną przez Komisję Europejską zawierający szczegółowe wyniki badań na skuteczność oczyszczania ścieków, wodoszczelność, trwałość i wytrzymałość (wg opisu w pkt. 1.5 STWiOR), pkt. 1.5. STWiOR „Wymagania techniczne”:
- pkt 1.5. STWiOR - *„Dodatkowo należy dołączyć (...) Kopie raportów z badań wykonanych przez laboratorium notyfikowane dla normy PN EN 12566-3+A1:2009, tj.: Wodoszczelności dla wszystkich oferowanych oczyszczalni, w tym zakresie wymaga dostarczenia raportu wodoszczelności dla oczyszczalni o RLM 6, RLM 9, RLM12, RLM 15 i RLM 18, wykonanego przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem „A” normy PN EN 12566-3+A1:2009, a w szczególności tablicą „1”*

przedmiotowej normy,

- odpowiedź na pytanie 26: *Na etapie składania ofert Zamawiający wymaga przedłożenia kopii raportów z badań oczyszczalni ścieków wykonanych przez laboratorium notyfikowane dla normy PN EN 12566- 3+A1:2009 na wodoszczelność dla wszystkich oferowanych oczyszczalni; w tym zakresie wymaga dostarczenia raportu wodoszczelności dla oczyszczalni o RLM 6, RLM 9, RLM 12, RLM 15, RLM 18 wykonanych przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem A normy EN 12566- 3+A1:2009, a w szczególności tablicą „1” przedmiotowej normy.*

Odnosząc się do podstaw odrzucenia jego oferty wskazanych przez zamawiającego, tj. że:

- z raportów dołączonych do oferty wynika, że badanie wodoszczelności dla oczyszczalni M-BOŚ SBR wykonano jedynie dla M-BOŚ SBR RLM 4, a więc najmniejszego z typoszeregu,
- dla oczyszczalni M-BOŚ wykonano badanie dla wszystkich zbiorników w zakresie od 4 do 50 RLM, jednak oczyszczalnie te nie są tym samym wyrobem i pracują w innej technologii

odwołujący podał, że złożył raporty z badań nr 753500481/2011 wraz z aneksem, 753500728/2013/1, wykonane przez notyfikowane laboratorium, a nadto w uzupełnieniu z dnia 16 stycznia 2014 r. wskazał:

Ad. 7. Załączamy raport z badań wykonanych przez laboratorium notyfikowane odnoszący się do: wodoszczelności - str. 8 raportu 753500728/2013/1, str. 9 raportu 753500481/2011 oraz aneks AI-753500481/2011; W stosunku do niektórych badań istnieją przywołania do raportu 753500481/2011 dlatego też również ten raport załączamy do oferty. Jest to zgodne z postanowieniami pkt. 9.2 Wstępne badanie typu Normy PN EN 12566-3 + A1.

Odwołujący wskazał, że pkt 9.2 normy PN EN 12566-3 +A1:2009 mówi „... mogą być brane pod uwagę badania wykonane wcześniej zgodnie z postanowieniami niniejszej Normy Europejskiej” oraz „Jeśli opracowano nowy wyrób (nie należący do tej samej rodziny) to (...) dodatkowo należy przeprowadzić odpowiednie wstępne badanie typu”, zaś norma PN EN 12566-3 +A1:2009 definiuje rodziną jako „ grupa wyrobów dla której wybrana(-e), w celu dokonania oceny, właściwość (-ci) jest (są) podobna (-e) dla wszystkich wyrobów w grupie”

Odwołujący stanął na stanowisku, że oczyszczalnie M-BOŚ oraz M-BOŚ SBR należą do tej samej rodziny, toteż zamawiający niesłusznie stwierdził, że jest to inny wyrób i pracuje w innej technologii. Zdaniem odwołującego oczyszczalnie różnią się tylko sposobem prowadzenia procesu oczyszczania, obydwie pracują w oparciu o technologię osadu czynnego, zbudowane są na bazie tych samych zbiorników, co oznacza, że dla oceny

wodoszczelności różnice w prowadzeniu procesu oczyszczania nie mają znaczenia. Podniósł, że w oryginałach raportów (strony 3) znajdują się zdjęcia, z których łatwo można wywnioskować, że są to te same zbiorniki o identycznych właściwościach.

Odwołujący podał także, że wymagania zamawiającego w zakresie testu wytrzymałości określone zostały w SIWZ, STWiOR i odpowiedziach:

1. pkt 7.4. c) SIWZ - pełny raport z badań potwierdzający zgodność ze zharmonizowaną normą europejską PN-EN 12566-3+A1:2009 wydany dla konkretnego typoszeregu urządzeń przez jednostkę notyfikowaną przez Komisję Europejską zawierający szczegółowe wyniki badań na skuteczność oczyszczania ścieków, wodoszczelność, trwałość i wytrzymałość (wg opisu w pkt. 1.5 STWiOR),
2. pkt. 1.5. STWiOR „Wymagania techniczne”: *„Dodatkowo należy dołączyć: Kopie raportów badań wykonanych przez laboratorium notyfikowane dla normy PN EN 12566-3+A1:2009, tj.: wytrzymałości konstrukcyjnej dla oferowanych oczyszczalni (największy model z rodziny), dla założonych przez projektanta warunków suchych i mokrych; w tym zakresie Zamawiający wymaga dostarczenia raportu wytrzymałości konstrukcyjnej wykonanej przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem „C” normy PN EN 12566-3+A1:2009 dla warunków suchych i mokrych, lub metodą obliczeniową obejmującą najbardziej niekorzystne warunki pracy urządzenia wykonanej przez laboratorium notyfikowane zgodnie z normą PN EN 12566-3+A1:2009,*
3. odpowiedź na pytanie 27: *Na etapie składania ofert Zamawiający wymaga przedłożenia kopii raportów z badań oczyszczalni ścieków wykonanych przez laboratorium notyfikowane dla normy PN EN 12566-3+A1:2009 na wytrzymałość konstrukcyjną dla oferowanych oczyszczalni (największy model z rodziny); dla założonych przez projektanta warunków suchych i mokrych; w tym zakresie Zamawiający wymaga dostarczenia raportu wytrzymałości konstrukcyjnej wykonanej przez laboratorium notyfikowane zgodnie z załącznikiem C normy EN 12566-3+A1:2009,*
4. odpowiedź na pytanie 36: *Zgodnie z zapisami STWiOR Zamawiający nie dopuszcza możliwości wykonywania badań przez laboratorium akredytowane, a jedynie potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane.*

Odnosząc się do podstaw odrzucenia jego oferty wskazanych przez zamawiającego, tj.

- z raportów dołączonych do oferty wynika, że badanie wytrzymałości dla oczyszczalni M-BOŚ SBR wykonano jedynie dla M-BOŚ SBR RLM 4, a więc najmniejszego z typoszeregu,
- w pkt. 2.9 raportu nie ma dodatkowych zapisów dotyczących wielkości badanego modelu,

- dla oczyszczalni M-BOŚ wykonano badanie wytrzymałości, poprzez sprawdzenie obliczeń statycznych wykonanych przez producenta,
- wyniki odpowiadają obciążeniu w warunkach suchych jak i wilgotnych, jednak oczyszczalnie te nie są jednak tym samym wyrobem i pracują w innej technologii,
- badania zostały przeprowadzone przez osobę prywatną, a nie laboratorium notyfikowane.

Odwołujący podał, że złożył wraz z ofertą raporty z badań nr 753500481/2011 wraz z aneksem 753500728/2013/1, wykonane przez notyfikowane laboratorium, zaś w uzupełnieniu z dnia 16 stycznia 2014 r. wskazał:

Ad. 7. Załączamy raport z badań wykonanych przez laboratorium notyfikowane odnoszący się do: wytrzymałości konstrukcji - str. 4 raportu 753500728/2013/1, str. 4 raportu 753500481/2011 oraz aneks A1-753500481/2011; W stosunku do niektórych badań istnieją przywołania do raportu 753500481/2011 dlatego też również ten raport załączamy do oferty. Jest to zgodne z postanowieniami pkt. 9.2 Wstępne badanie typu Normy PN EN 12566-3+ A1.

Odwołujący wskazał, że pkt 9.2 normy PN EN 12566-3+A1:2009 mówi, że mogą być brane pod uwagę badania wykonane wcześniej zgodnie z postanowieniami niniejszej Normy Europejskiej." oraz Jeśli opracowano nowy wyrób (nie należący do tej samej rodziny) to dodatkowo należy przeprowadzić odpowiednie wstępne badanie typu", zaś norma PN EN 12566-3 +A1:2009 definiuje rodziną jako „ grupa wyrobów dla której wybrana (-e), w celu dokonania oceny, właściwość (-ci) jest (są) podobna (-e) dla wszystkich wyrobów w grupie"

Odwołujący stanął na stanowisku, że oczyszczalnie M-BOŚ oraz M-BOŚ SBR należą do tej samej rodziny, toteż zamawiający niesłusznie stwierdził, że jest to inny wyrób i pracuje w innej technologii. Zdaniem odwołującego oczyszczalnie różnią się tylko sposobem prowadzenia procesu oczyszczania, obydwie pracują w oparciu o technologię osadu czynnego, zbudowane są na bazie tych samych zbiorników, co oznacza, że dla oceny wytrzymałości różnice w prowadzeniu procesu oczyszczania nie mają znaczenia. Podniósł, że w oryginałach raportów (strony 3) znajdują się zdjęcia, z których łatwo można wywnioskować, że są to te same zbiorniki o identycznych właściwościach.

Podał, że norma PN EN 12566-3+A1:2009 nakazuje wykonać badanie wytrzymałości na największym modelu z rodziny, na stronie 2 raportu pkt. 2.1. wskazano, że badania wykonano zgodnie z zharmonizowaną normą EN 12566-3+A1:2013. oraz określono w pkt. 1. specyfikację produktu M-BOŚ SBR RLM 4-50 a więc całego typoszeregu, nie zaś jednej wielkości. Stwierdził, że wnioski zawarte na ostatniej stronie raportu również jednoznacznie potwierdzają, że badania wykonano zgodnie z zharmonizowaną specyfikacją techniczną

EN 12566-3+A1:2009.

Podał, że aneks do raportu 753500481/2011 wskazuje, że badania wykonano metodą obliczeniową (dopuszczoną przez zamawiającego), a wyniki odpowiadają obciążeniu w warunkach suchych jak i wilgotnych, a więc zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Uznał, że badanie wytrzymałości konstrukcji oczyszczalni dla warunków suchych oraz wilgotnych, w przypadku zaproponowanych oczyszczalni M-BOŚ SBR, wykonane zostało przez laboratorium notyfikowane nr 1023 (ITC w Zlinie), poprzez sprawdzenie obliczeń producenta (inż. dypl. D..... O) oraz zgodności wyrobu z przedstawionymi obliczeniami, co jest zgodne z normą PN EN 12566-3+A1:2009 oraz wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego zamawiający mylnie zinterpretował zapisy w raportach z badań, uznając, że obliczenia wykonane przez producenta (inż. dypl. D..... O B.....) zastępują badania, które wykonuje laboratorium notyfikowane. Stwierdził, że jednostka notyfikowana nr 1023 ITC w Zlinie wykonała badania wytrzymałości strukturalnej oczyszczalni z rodziny M-BOŚ, sprawdzając obliczenia producenta oraz potwierdziła zgodność wyrobu z normą PN EN 12566-3+A1:2009, zarówno dla warunków suchych jak wilgotnych (aneks nr 1 do raportu 753500481/2011).

Przypominał, że zamawiający uszczegółowił swoje stanowisko w zakresie wymagań odpowiedzią na pytanie 36, wskazując że nie dopuszcza badań wykonanych przez laboratorium akredytowane i zauważył, że inż. dypl. D..... O B..... nie jest laboratorium akredytowanym, tak więc wykonane przez niego obliczenia spełniają wymagania zamawiającego zawarte w dokumentacji przetargowej.

Podał, że zgodnie z pkt. 2.2. raportów z badań pn. *Specyfikacja własności w świetle wymogów zasadniczych Zgodność małych systemów oczyszczania ścieków z wymogami zasadniczymi zawartymi w: Annex ZA, the EN 12566-3+A1 została oceniona w drodze ewaluacji następujących własności (zadanie dla jednostki notyfikowanej): Test zachowania strukturalnego lub sprawdzenie obliczeń statycznych dokonanych przez producenta, Test wydajności oczyszczania, Test na wodoszczelność, Trwałość.*

Wskazał, że skoro test zachowania strukturalnego dotyczy wytrzymałości badanych oczyszczalni to należy stwierdzić, że odwołujący spełnił wymogi stawiane w SIWZ dotyczące przedstawienia pełnego raportu z badań oczyszczalni z wymaganą przez zamawiającego normą PN-EN 12566-3+A1:2009.

Wskazał, że zarówno w zakresie badań wytrzymałości jak i wodoszczelności zamawiający uznał, że badania wykonane wcześniej (raport 753500431/2011 wraz z aneksem nr 1) dotyczą innego wyrobu, natomiast w zakresie trwałości materiału

zamawiający nie zakwestionował wykonanych badań uznając, że badania wykonane wcześniej (raport 753500481/2011) i przeniesione do raportu 753500728/2013/1 spełniają wymagania Zamawiającego. Stwierdził, że zamawiający w tym przypadku uznał, że to ta sama rodzina produktów. Jako niezrozumiałe uznał takie działanie zamawiającego, ponieważ badania wytrzymałości, wodoszczelności oraz trwałości przeprowadzono tą sama metodą.

Odnosząc się do wątpliwości zamawiającego co do zapisu we wnioskach końcowych wskazującego inną oczyszczalnię (M-BOŚ PLUS) oświadczył, że jest to oczywista omyłka pisarska (powinno być M-BOŚ SBR). Wyjaśnił, że w tym samym czasie odwołujący badał w tym laboratorium również oczyszczalnię M-BOŚ PLUS - wyniki badań są zawarte w raporcie 753500728/2013/2.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu w odniesieniu do raportu wskazał w kilku miejscach, że „należy domniemywać..., należy uznać, dodatkowe wątpliwości budzi...” – uznał, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1, względnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. polegający na zaniechaniu wyjaśnień wobec oferty odwołującego.

Stanął na stanowisku, że gdyby uznać, że raport z badań oczyszczalni przedłożony przez odwołującego budzi wątpliwości zamawiającego w zakresie zgodności oferowanych oczyszczalni z normą PN EN 12566-3+A1:2009, to zamawiający miał obowiązek wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących tego dokumentu.

Uznał, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, odpowiadającą treści SIWZ, naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów w tym z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego z dnia 28 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 291/14, odpowiedzi zamawiającego z dnia 27 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 295/14, pisma odwołującego z dnia 28 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 295/14, pisma przystępującego A..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PPHU „TECHNIKA” A..... B..... z dnia 28 lutego 2014 r. w sprawach o sygn. akt KIO 291/14 i KIO 295/14, pisma przystępującego BIO-Nova Sp. z o.o. z dnia 28 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 295/14, a także stanowisk stron i przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że obu odwołującym przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu

zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia przez każdego z nich szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniach czynności i zaniechań zamawiającego.

Izba ustaliła, iż odwołujący Bio-Nova sp. z o.o. złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z drugą w kolejności ceną, jednak biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, zaś oferta wykonawcy, który zaoferował najniższą cenę (wg pkt 15.1. SIWZ: cena – znaczenie 100%) została odrzucona (nadto odwołujący przystąpił do postępowania, wywołanego odwołaniem tego wykonawcy, po stronie zamawiającego) oznacza, że uwzględnienie odwołania (przy jednoczesnym oddaleniu odwołania wykonawcy, który zaoferował drugą w kolejności cenę) doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu i ocenie zgodnie z przyjętym kryterium, co dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Odwołujący K..... M....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO K..... M..... złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą ceną, co biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu i ocenie zgodnie z przyjętym kryterium, co dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”) w tym Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (dalej nadal „STWiOR”).
2. Ogłoszenia o zmianie ogłoszenia z dnia 13 grudnia 2013 r.
3. Wyjaśnień SIWZ z dnia 13 grudnia 2013 r.
4. Oferty wykonawcy Bio-Nova sp. z o.o.
5. Wezwania wykonawcy Bio-Nova sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów z dnia 10 stycznia 2014 r.
6. Odpowiedzi wykonawcy Bio-Nova sp. z o.o. na ww. wezwanie.
7. Dokumentów załączonych do pisma z dnia 4 lutego 2014 r. (Bio-Nova do zamawiającego)
8. Oferty wykonawcy K..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO K..... M.....
9. Wezwania wykonawcy K..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO K..... M..... do uzupełnienia dokumentów z dnia

10 stycznia 2014 r.

10. Odpowiedzi wykonawcy K..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO K..... M..... na ww. wezwanie.
11. Ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2014 r.
12. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN) [dalej „Protokół”], a nadto:
 - Potwierdzenia dodatkowego PIA GmbH z Niemiec z dnia 27 lutego 2014 r., złożonego na rozprawie przez odwołującego Bio-Nova sp. z o.o. (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski).
 - Pisma PIA GmbH z Niemiec dotyczącego Certyfikatu: Warunki badań zgodnie z normą PN EN 12566-3:2005+A2:2013, załącznik B z dnia 10 lutego 2014 r. złożonego na rozprawie przez odwołującego Bio-Nova sp. z o.o. (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski).
 - Oświadczenia D..... O B..... z dnia 24 kwietnia 2013 r., złożonego na rozprawie przez zamawiającego (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski).

Sygn. akt KIO 291/14

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku w ofercie oraz dokumentach przedmiotowych złożonych na wezwanie zamawiającego (zaniechania przez zamawiającego zbadania i oceny złożonych na wezwanie wyjaśnień i dokumentów) pełnego Raportu z badań, tj. braku badań wytrzymałości konstrukcyjnej dla oferowanych oczyszczalni (największy model z rodziny) dla założonych przez projektanta warunków suchych i mokrych zasługuje na uwzględnienie.

Poza sporem był fakt, że przedłożony przez odwołującego Raport z badania PIA2010-ST-PIT-1003-1008Op-e z lipca 2012 roku został wydany po przeprowadzeniu badania zbiornika polietylenowego (zbiornik Easyplast z polietylenu wzmocnionego wewnętrzną stalową ramą obwodową firmy Ornplast o objętości całkowitej wynoszącej w przybliżeniu 2500l – pkt 3.2.) w warunkach mokrych, jak też że przedłożony przez odwołującego Raport z badania PIA2007-BT-010Op-e z czerwca 2007 roku został wydany po przeprowadzeniu badania zbiornika polietylenowego (zbiornik polietylenowy firmy Ornplast o pojemności 2250l – pkt 3.2.) w warunkach suchych.

Sporny był natomiast fakt, czy przedłożony Raport z badania PIA2010-ST-PIT-1003-1008Op-e z lipca 2012 roku został wydany po badaniu największego modelu z rodziny

oferowanych oczyszczalni – w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2014 r., zamawiający wskazał, że Raport ten został wydany po przeprowadzeniu badania na wytrzymałość konstrukcyjną oczyszczalni dla zbiornika o pojemności w przybliżeniu 2500l, tj. zbiornika większego niż największy z oferowanych przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, tj. zbiornika o pojemności 2250l.

Na rozprawie zamawiający uznał wadliwość swojego stanowiska, przyznając rację odwołującemu co do tego, że w Raporcie PIA2010-ST-PIT-1003-1008Op-e z lipca 2012 roku mowa była nie o pojemności, ale o objętości zbiornika wynoszącej w przybliżeniu 2500l, co oznacza, po odjęciu od objętości zbiornika wszelkiego ozebrowania i elementów konstrukcyjnych znajdujących się wewnątrz zbiornika, że badanie wykonano dla zbiornika o pojemności 2250l, tj. dla największego modelu z rodziny oferowanych oczyszczalni.

Skład orzekający Izby uznał, że przyznany przez zamawiającego fakt (pojemność 2250l = w przybliżeniu objętość 2500l) nie budzi wątpliwości.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał także, że przedłożony przez odwołującego Raport PIA2007-BT-010Op-e z czerwca 2007 roku potwierdza wytrzymałość konstrukcyjną zbiornika polietylenowego o właściwej pojemności – 2250l, ale jedynie dla warunków suchych.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że skoro jednak zamawiający już pierwotnie (ogłoszenie z dnia 12 lutego 2014 r.) uznał potwierdzenie wytrzymałości konstrukcyjnej dla oferowanych oczyszczalni (największy model z rodziny) dla warunków suchych, to przyznając na rozprawie, że Raport z badania (warunki mokre) także dotyczy największego modelu z rodziny oferowanych oczyszczalni, przyjąć należy, że odwołujący potwierdził, zgodnie z żądaniem zamawiającego, poprzez złożenie ww. Raportów wytrzymałość konstrukcyjną dla oferowanych oczyszczalni (największy model z rodziny) dla założonych przez projektanta warunków suchych (PIA2007-BT-010Op-e z czerwca 2007), jak i mokrych (PIA2010-ST-PIT-1003-1008Op-e z lipca 2012).

Skład orzekający Izby wskazuje przy tym, że zamawiający nie kwestionował jakoby ww. dwa Raporty nie dotyczyły oczyszczalni, ale zbiorników (nawiązując do pkt 4, str. 3 pisma przystępującego z dnia 28 lutego 2014 r.) – nie stało się to podstawą odrzucenia oferty odwołującego, tym samym nie zostało to objęte zarzutem odwołania, a w konsekwencji nie może zostać rozpoznane przez Izbę (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Z powyższych względów skład orzekający Izby zarzut uwzględnił.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku w ofercie oraz dokumentach przedmiotowych złożonych na wezwanie zamawiającego (zaniechania przez zamawiającego zbadania i oceny złożonych na wezwanie wyjaśnień i dokumentów) pełnego Raportu z badań, tj. braku badań skuteczności oczyszczania dla oferowanych oczyszczalni (najmniejszy model z rodziny) nie zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2014 r., zamawiający wskazał, że Raport PIA 2007-02op-e z marca 2007 roku zawiera informacje świadczące, iż badanie, na podstawie którego został wydany ten Raport, zostało wykonane dla oczyszczalni w betonowym zbiorniku 8 PT (dla 8-10 RLM), który to model oczyszczalni nie jest najmniejszym z rodziny oferowanych przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu oczyszczalni SBR Easy Plast (najmniejszym modelem jest 4-6 RLM). Zamawiający zakwestionował także fakt, że badanie wykonano dla oczyszczalni zbudowanej z betonowego zbiornika, a nie dla oczyszczalni zbudowanej z oferowanego przez odwołującego zbiornika z polietylenu, uznając na tej podstawie że badanie wykonano na urządzeniu nie będącym tym samym wyrobem, co urządzenie oferowane.

Podnieść należy, za odwołującym, że norma EN 12566-3:2005+A1:2009 (pkt. 9.2., legenda pod tabelą 1 Wymagania dotyczące wstępnych badań typu) przewiduje, w przypadku badania skuteczności oczyszczania, że zwykle do badań reprezentatywnym modelem z rodziny będzie model o najmniejszej objętości, jednak przy założeniu, że tej wielkości odpowiada najmniejsza skuteczność oczyszczania. Innymi słowy norma przewiduje badanie tego modelu z rodziny (niezależnie od objętości modelu), co do którego przewiduje się, że jego skuteczność oczyszczania jest najmniejsza.

W ocenie składu orzekającego Izby, skoro zamawiający żądał w zakresie efektywności oczyszczania przedłożenia Raportu z badań wykonanych zgodnie z ww. normą, to w sytuacji, gdy „odstępstwo” od badania najmniejszego modelu z rodziny wynika wprost z tejże normy, to uznać należy, że przedłożony przez odwołującego Raport odnoszący się do modelu (systemu) 8 PT, tj. modelu o najmniejszej skuteczności oczyszczania odpowiada opisanym przez zamawiającego wymogom.

Treść postanowienia pkt. 1.5 STWiOR, tj. dokumentu opracowanego przez zamawiającego jest co najmniej niespójna z ww. normą, stąd wątpliwości nie mogą obarczać odwołującego się wykonawcy.

Dodatkowo wskazać należy, że laboratorium notyfikowane potwierdziło, że „W zakresie EASY PLAST model reprezentujący najniższą efektywność oczyszczania to model 8 PT i dlatego był testowany jako wstępne badanie typu” (pismo z dnia

10 lutego 2014 r.).

Jednocześnie jednak skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że brak jest, wynikających w szczególności z normy PN EN 12566-3+A1:2009, podstaw do uznania, jak twierdził odwołujący, że Raport PIA 2007-02op-e z marca 2007 roku, można również odnieść do zbiorników wykonanych z polietylenu – nie wskazuje na to ani treść samego Raportu, ani normy zgodnie, z którą efektywność oczyszczania miała zostać zbadana.

Skład orzekający przyznaje rację odwołującemu co do tego, że pismo laboratorium notyfikowanego z dnia 8 sierpnia 2013 r. złożone na skutek uzupełnień oferty stało się integralną częścią oferty (oferty sensu largo), jednak przypomnienia wymaga, że żądaniem zamawiającego (zgodnym z obowiązującymi przepisami o zamówieniach publicznych) było potwierdzenie efektywności oczyszczania nie w dowolny sposób, ale wyłącznie poprzez treść złożonych Raportów. O ile same Raporty stanowią integralną część oferty to pismo laboratorium notyfikowanego z dnia 8 sierpnia 2013 r. nie stanowi integralnej części Raportu PIA 2007-02op-e z marca 2007 roku.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Izby wyrażone w przywołanym przez przystępującego wyroku z dnia 30 września 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2228/13, uznając że pismo podmiotu wydającego raport nie może zastępować samego raportu (częściowo albo całkowicie).

Skład orzekający Izby nie podziela nadto poglądu, że pismo to stanowi jedynie wyjaśnienie treści przedmiotowego Raportu, ponieważ sam Raport o kwestii zbiornika/zbiorników z innego materiału/materiałów niż poddawany testom zbiornik betonowy nawet nie wspomina. Praktyka, na którą powoływał się odwołujący na rozprawie nie może, przy braku rozstrzygnięcia tej kwestii w normie, czy SIWZ, stanowić podstawy do przenoszenia ze względu na porównywalność materiałów wyników badań zbiornika wykonanego z jednego materiału (betonowy) na zbiornik z innego materiału (polietylen).

Skład orzekający Izby nie neguje prawdziwości twierdzenia laboratorium notyfikowanego, iż „możliwe jest przeniesienie systemu ze zbiornika betonowego do plastikowego”, ale wskazuje na niezgodny ze wskazanym przez zamawiającego sposób potwierdzenia przez odwołującego wymogu w zakresie efektywności oczyszczania.

Z powyższych względów skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutu.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku w ofercie oraz dokumentach przedmiotowych złożonych na wezwanie zamawiającego (zaniechania przez zamawiającego zbadania i oceny złożonych na wezwanie wyjaśnień i dokumentów) pełnego Raportu z badań, tj. braku badań wodoszczelności dla wszystkich oferowanych oczyszczalni nie zasługuje na uwzględnienie.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2014 r., zamawiający wskazał, że z Raportu PIA2007-WD001Op-e z czerwca 2007 roku można wywnioskować, że badanie wykonano dla poszczególnych zbiorników o pojemności 1250l i 2250l, a nie dla całych (kompletnych) oczyszczalni dla wszystkich oferowanych modeli z danej rodziny.

Odwołujący w złożonym odwołaniu potwierdził, że „Przedmiotem badania w w/w raporcie są zbiorniki Easyplast 2250l oraz Easyplast 1250l”, ale utrzymywał, że jest to wystarczające, ponieważ budowa oczyszczalni SBR EasyPlast jest oparta na modułowym zestawieniu przebadanych zbiorników (o pojemności 1250l i 2250l) i nie ma potrzeby badania tych samych zbiorników kilkakrotnie w różnych konfiguracjach.

Ze względu na jednoznaczny wymóg zamawiającego (znajdujący swoje źródło w normie PN-EN 12566-3:2005+A1:2009 – „Badanie wodoszczelności należy przeprowadzić na kompletnej oczyszczalni, produkowanej fabrycznie lub montowanej z elementów prefabrykowanych”) odnoszący się do zbadania wodoszczelności oferowanych oczyszczalni, a nie jedynie zbiorników, które nań mogą się składać, a nadto ze względu na brak jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że różne niż przebadana konfiguracje zbiorników nie mają wpływu na wodoszczelność oczyszczalni, które „tworzą” – odwołujący tego nie wykazał – skład orzekający Izby stanowiska odwołującego nie podzielił.

Przypomnienia wymaga, że to obowiązkiem wykonawcy było wykazać, poprzez dopuszczone przez zamawiającego dokumenty przedmiotowe (Raport laboratorium notyfikowanego), że oferowane oczyszczalnie pozytywnie przeszły, zgodnie z odpowiednią normą, testy w zakresie wodoszczelności, wytrzymałości konstrukcyjnej, efektywności oczyszczania i trwałości materiału, co stanowić miało podstawę do uznania zaoferowania przedmioty zgodnego z wymaganiami zamawiającego (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie oferty i dokumentów przedmiotowych złożonych na wezwanie zamawiającego, a w konsekwencji skład orzekający Izby za niezasadny uznał także zarzut wyboru oferty przystępującego z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ zarzut ten odwołujący wiązał jedynie z niezasadnym odrzuceniem złożonej przez niego oferty.

Zarzuty bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku Raportu z badań oczyszczalni ścieków dla normy PN EN 12566-3+A1:2009 w zakresie wodoszczelności i wytrzymałości konstrukcyjnej nie zasługują na uwzględnienie.

Kwestią kluczową dla rozpoznania zarzutu co do wodoszczelności jest rozstrzygnięcie, czy oczyszczalnie M-BOŚ, pracujące w technologii osadu czynnego przepływowego należą do tej samej rodziny co oczyszczalnie M-BOŚ SBR, pracujące w technologii SBR, ponieważ pozwoliłoby to uznać, że Raport 753500481/2011 z października 2011 roku wraz z aneksem nr 1 do tego Raportu z czerwca 2013 roku potwierdzający wodoszczelność wszystkich oczyszczalni M-BOŚ RLM 4-50 można także odnieść w pełnym zakresie (RLM 4-50) do zaoferowanych przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu oczyszczalni M-BOŚ SBR.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że oczyszczalnie M-BOŚ oraz oczyszczalnie M-BOŚ SBR nie należą do tej samej rodziny, ponieważ oczyszczalnie te różni co najmniej wyposażenie oraz warunki użytkowania.

Jak podnosili obaj przystępujący, odwołując się do uwagi 1 dotyczącej pkt. 3.4. normy PN EN 12566-3+A1:2009 – czego odwołujący nie kwestionował: „W definicji rodziny brane są pod uwagę co najmniej podobny kształt, wyposażenie, materiały i warunki użytkowania, a także zapewniona jest minimalna przepustowość hydrauliczna i minimalna wytrzymałość wszystkich wyrobów należących do rodziny”.

Skład orzekający Izby za logiczne i wiarygodne uznał oświadczenie przystępującego A..... B....., iż w przypadku dwóch różnych technologii stosowane jest inne wyposażenie, na które w przypadku oczyszczalni M-BOŚ składa się dyfuzor napowietrzający oraz pompa mamutowa recyrkulacyjna, zaś w przypadku oczyszczalni M-BOŚ SBR dodatkowo (obok dyfuzora napowietrzającego oraz pompy mamutowej recyrkulacyjnej) pompa mamutowa dozująca i pompa mamutowa odprowadzająca.

Na rozprawie do kwestii różnicującego oba rodzaje oczyszczalni wyposażenia odwołujący w ogóle się nie odniósł, nie kwestionując jednocześnie różnic w wyposażeniu wskazanych przez przystępującego (załącznik do pisma przystępującego – zestawienie tabelaryczne).

W ocenie składu orzekającego Izby konsekwencją odmiennej technologii i wyposażenia są także odmienne warunki użytkowania obu rodzajów oczyszczalni.

Kwestiami wymagającymi rozpoznania zarzutu co do wytrzymałości konstrukcyjnej jest rozstrzygnięcie, czy oczyszczalnie M-BOŚ, pracujące w technologii osadu czynnego

przepływowego należą do tej samej rodziny co oczyszczalnie M-BOŚ SBR, pracujące w technologii SBR, a nadto rozstrzygnięcie, czy w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dopuścił wykonanie badania w tym zakresie, poprzez sprawdzenie przez laboratorium notyfikowane obliczeń (wykonanych przez osobę fizyczną), ponieważ pozwoliłoby to uznać, że Raport 753500481/2011 z października 2011 roku wraz z aneksem nr 1 do tego Raportu z czerwca 2013 roku potwierdzający wytrzymałość konstrukcyjną (test zachowania strukturalnego) wszystkich oczyszczalni M-BOŚ RLM 4-50 można także odnieść w pełnym zakresie (RLM 4-50) do zaoferowanych przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu oczyszczalni M-BOŚ SBR.

Odnosnie do przynależności wskazanych dwóch rodzajów oczyszczalni do tej samej rodziny skład orzekający Izby podtrzymuje argumentację zaprezentowaną wcześniej w odniesieniu do wodoszczelności.

Skład orzekający Izby stanął nadto na stanowisku, że na podstawie postanowień SIWZ (w tym STWiOR) i udzielonych wyjaśnień treści SIWZ nie można uznać, że zamawiający dopuścił wykonanie badań przez laboratorium notyfikowane, poprzez potwierdzenie (sprawdzenie) obliczeń wykonanych przez osobę fizyczną.

Jak wynika z treści pytania nr 36 (Wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 13 grudnia 2013 r.), zgodnie z normą PN EN 12566-3+A2:2013, co nie było sporne, badania muszą być wykonane przez laboratorium notyfikowane.

Przypomnienia wymaga, że odpowiedź o treści „Zgodnie z zapisami STWiOR Zamawiający nie dopuszcza możliwości wykonywania badań przez laboratorium akredytowane, a jedynie potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane” została udzielona na pytanie o treści: „Badania określone normą PN EN 12566-3+A2:2013 muszą być (zgodnie z normą) fizycznie wykonane przez laboratorium notyfikowane. Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie badań określonych normą (wodoszczelność, wytrzymałość konstrukcyjna dla warunków suchych i dla warunków mokrych oraz efektywność oczyszczania) przez osobę prywatną lub laboratorium akredytowane, a jedynie potwierdzonych przez laboratorium notyfikowane?”

W ocenie składu orzekającego Izby, z zestawienia odpowiedzi z pytaniem wywieść należy, że zamawiający uchylił się od udzielenia odpowiedzi na pytanie w części odnoszącej się do wykonania badań przez osobę prywatną (skoro odniósł się jedynie do badań wykonanych przez laboratorium akredytowane), co implikuje wniosek, że w ramach odpowiedzi na pytanie nr 36 nie doszło do żadnego odstępstwa od wymagań wskazanych uprzednio w SIWZ (w tym STWiOR), tj. nie doszło do żadnej modyfikacji treści SIWZ (przyjęcie, że do takiej modyfikacji doszło milcząco, jest – biorąc pod uwagę formalizm i

pisemność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie do przyjęcia), a tym samym, że zamawiający żądał wykonania badań (obliczeń) wyłącznie przez laboratorium notyfikowane.

Z tego względu skład orzekający Izby uznał, że wskazane w aneksie nr 1 z czerwca 2013 roku wykonanie przez laboratorium notyfikowane w Zlinie testu zachowania strukturalnego przez sprawdzenie obliczeń statycznych dostarczonych przez inż. dypl. D..... O B..... – jak wskazał odwołujący na str. 9 odwołania – nie spełnia wymagań ww. normy, od której odstępstw zamawiający nie dopuścił.

Zarzut zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Ekspozowane przez odwołującego w odwołaniu wątpliwości zamawiającego co do złożonych przez odwołującego dokumentów przedmiotowych (sygnalizowane w Ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2014 r.) nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty odwołującego, toteż ich wyjaśnienie pozostaje bez znaczenia dla statusu oferty odwołującego.

Z tego względu skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut przeprowadzenia postępowania z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy oraz zarzut zaniechania udzielenia zamówienia odwołującemu, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 3 i 91 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji uznania bezzasadności wcześniejszych zarzutów skład orzekający Izby uznał także ten zarzut za niezasadny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: