

**WYROK**

**z dnia 30 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2016 r. przez wykonawcę

**P. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKOFIRMA P. G. ul. Boksycka 153A, 27-415 Kunów**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Gminę Wieprz ul. Centralna 5, 34-122 Wieprz**

przy udziale wykonawcy **Z. Ć. i K. Ć. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć., K. Ć. s.c. Biszczka 292B, 23-425 Biszczka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Wieprz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wieprz i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez P. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKOFIRMA P. G. tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Gminy Wieprz na rzecz P. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKOFIRMA P. G. kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący: .....**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Gmina Wieprz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę i montaż przydomowych oczyszczalni ścieków dla Gminy Wieprz” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 11 marca 2016 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 55414-2016. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – P. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKOFIRMA P. G. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego: odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Z. Ć. i K. Ć. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Hydrauliczno-Budowlanych Z. Ć., K. Ć. s.c. oraz zaniechania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego, co narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej oceny złożonych ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający podał, że Odwołujący, wbrew żądaniom Zamawiającego, nie złożył wraz z ofertą kompletu badań potwierdzających zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 wykonanych przez laboratorium notyfikowane.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pkt II.1.14, dla zadań nr 1 i nr 2 Zamawiający wymagał kompletu raportów z badań potwierdzających zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 wykonanych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską oraz raportów z badań wykonanych przez inne podmioty (zgodnie z Tabelą ZA.3 normy PN-EN 12566-3+A2:2013). Zamawiający dopuścił raporty z badań wodoszczelności i trwałości (identycznych dla normy PN-EN 12566-3+A2:2013 i PN-EN

12566- 3+A1:2009) odpowiadające warunkom normy PN-EN 12566-3+A2:2013 wykonanym dla wykazania spełniania normy PN-EN 12566-3+A1:2009. Zgodnie z punktem II.1.14 Zamawiający wymagał, aby oczyszczalnie zostały przebadane przez laboratorium notyfikowane oraz inne podmioty (zgodnie z Tabelą ZA.3 normy PN-EN 12566-3+A2:2013) zgodnie z treścią normy PN-EN 12566-3+A2:2013 w całości jako kompletne rozwiązanie. W punkcie II.3.7 Zamawiający wymagał, aby wszystkie oferowane urządzenia zapewniały zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A2:2013

Udzielając odpowiedzi co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w odpowiedzi na pytanie 16. z 29 marca 2016 r. Zamawiający oświadczył, że badania wytrzymałości konstrukcyjnej dla warunków suchych lub dla warunków wilgotnych nie mogą być wykonane przez laboratorium akredytowane lub osobę fizyczną i potwierdzone przez laboratorium notyfikowane.

Odwołujący załączył do swojej oferty protokół z oceny właściwości wyrobu wystawiony przez jednostkę notyfikowaną tj. TÜV SUD Czech s.r.o. Do protokołu zostały dołączone dokumenty źródłowe, na podstawie których jednostka notyfikowana uznała, że przedstawiony przez Odwołującego wyrób budowlany, tj. mała oczyszczalnia ścieków do 50 LM spełnia wymogi normy PN-EN 12566-3+A2:2013 w zakresie parametrów określonych w przedmiotowym protokole.

Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów żądając od Odwołującego złożenia raportu z badań wytrzymałości konstrukcyjnej wykonanych zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 przez laboratorium notyfikowane. Zamawiający stwierdził, że dołączona do oferty analiza, będąca dokumentem źródłowym dla jednostki notyfikowanej, jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie wiadomo, kto jest jej autorem.

W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 6.2.1 normy PN-EN 12566-3+A2:2013 badania dopuszczalnego obciążenia zbiornika oczyszczalni powinny być ustalone: za pomocą obliczeń wg metod podanych w punkcie 6.2.2 normy, wykorzystując dane dotyczące materiału i występujących obciążeń, albo za pomocą badań wg punktu 6.2.3 i załącznika C normy. W zależności od zastosowanej metody badania, dostosowanej do materiału zbiornika, w normie podano wzory, według których oblicza się obciążenia badawcze. Sposób badania opisany w punkcie 6.2.2 polega na oparciu się przez jednostkę notyfikowaną na obliczeniach i parametrach materiałów wykonanych m.in. przez producenta i sprawdzeniem ich pod kątem zgodności z normą. Natomiast sposób opisany w punkcie 6.2.3 polega na dokonaniu badania po posadowieniu zbiornika w gruncie. Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku jego oczyszczalni jednostka notyfikowana dokonała badań wytrzymałości konstrukcji korzystając z obliczeń i parametrów zastosowanego materiału, czyli zgodnie z wytycznymi i zaleceniami dla sposobu badania określonego w punkcie 6.2.2 normy.

Jednak w opinii Zamawiającego oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść tej oferty jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Jako uzasadnienie Zamawiający podał, że badanie wytrzymałości konstrukcyjnej nie zostało wykonane przez laboratorium notyfikowane, a jedynie laboratorium to sprawdziło wyniki badań.

Zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Zatem ta część oferty złożonej w postępowaniu przetargowym, która zawiera w sobie podstawowe, istotne warunki przyszłej umowy, jest treścią tej oferty.

Zamawiający żądał, aby każdy wykonawca dołączył do oferty m.in. komplet badań przeprowadzonych przez uprawnioną do tego jednostkę, aby poprzez analizę dokumentów mieć pewność, że oceniane będą tylko te oferty wykonawców, którzy zaoferowali oczyszczalnie zgodne z normą PN-EN 12566-3+A2:2013.

Odwołujący dołączył do oferty m.in. Protokół z oceny właściwości wyrobu wystawiony przez jednostkę notyfikowaną TÜV SUD Czech s.r.o. Protokół jest podstawowym dokumentem stwierdzającym zgodność wyrobów zaoferowanych przez Odwołującego z wymaganą normą i stanowi podsumowanie wszystkich przeprowadzonych badań. Z przedstawionego protokołu wynika, że badaniu poddane zostały oczyszczalnie produkowane przez firmę METRIA-Y. A.. Z punktu 3. protokołu wynika, że do badania skuteczności oczyszczania, wodoszczelności, wytrzymałości na ściskanie oraz trwałości pobrane zostały próbki. Z punktu 4.2 protokołu wynika zaś, że do badania trwałości – stabilności konstrukcji, posłużyły raporty z analizy FEM zbiornika wykonanego z PE w technologii formowania rotacyjnego o pojemności 3000 i 6000 L. Z przytoczonych zapisów protokołu należy wnioskować, że w zakresie trwałości zbiornika sama czynność badania polegała na sprawdzeniu wykonanych przez producenta obliczeń i analiz. Należy więc stwierdzić, że Zamawiający błędnie przyjął, iż badania zostały wykonane przez podmiot do tego nieuprawniony. Dołączony przez Odwołującego raport z analizy, będący dokumentem źródłowym dla jednostki notyfikującej, zawierał opisy zastosowanych materiałów oraz obliczenia i analizę danych. Końcowego badania dokonała jednostka notyfikowana TÜV SUD Czech s.r.o. poprzez sprawdzenie analiz przedstawionych przez producenta oraz zgodności wyrobu z przedstawionymi obliczeniami. Potwierdzeniem opisanej sytuacji jest również pkt 4.2 protokołu, w którym jednostka notyfikowana stwierdza, że dokonała oceny właściwości na podstawie obliczeń. Jednostka ta powołuje się na obliczenia, a nie na badania czy raporty z badań przeprowadzonych przez inne laboratorium. Samego badania i oceny zgodności z normą dokonała jednostka notyfikowana. Taki sposób postępowania jest zgodny z normą PN-EN 12566-3:2005+A2:2013, czyli wymaganiami określonymi przez zamawiającego w tym postępowaniu.

Skonstruowanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania składania wszystkich pełnych raportów z badań przeprowadzonych tylko przez jednostkę notyfikowaną, nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Zgodnie z art. 45 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG jednostka notyfikowana może zlecać określone zadania w trakcie trwania procesu badania zgodności podmiotom trzecim, w takim przypadku jednostka notyfikowana ponosi pełną odpowiedzialność za zakres prac wykonanych przez te podmioty. Skoro więc przywołany akt prawny wprost dopuszcza możliwość korzystania przez jednostki notyfikowane z podwykonawców, to postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia ograniczające taką możliwość są sprzeczne z przepisami powszechnie obowiązującymi i nie można dawać im pierwszeństwa przez przepisami prawa.

Odwołujący złożył ofertę zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami, a Zamawiający, dokonując czynności niezgodnych z ustawy Prawo zamówień publicznych i wbrew specyfikacji istotnych warunków zamówienia naruszył art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

## II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał kompletu raportów z badań wystawionych przez laboratorium notyfikowane, które mogły być prowadzone metodą badawczą (empiryczną) lub obliczeniową. W pytaniu 14. z 29 marca wskazał, że dopuszcza metodę badawczą, zatem wykluczył metodę obliczeniową. Jak wyjaśnił Odwołujący, w spornym raporcie obliczenia zostały wykonane przez producenta, co oznacza, że nie jest to sytuacja, w której laboratorium notyfikowane skorzystałoby z możliwości powołania podwykonawcy badań.

## III Ustalenia Izby

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty oraz wyjaśnień tej oferty) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Nie było sporne pomiędzy Stronami, że, w spornym zakresie, zgodnie z treścią specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymagał kompletu raportów z badań potwierdzających zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 wykonanych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską oraz raportów z badań wykonanych przez inne podmioty (zgodnie z Tabelą ZA.3 normy PN-EN 12566-3+A2:2013).

Na wstępie Izba wskazuje, że przedmiotowe dokumenty odnoszą się bezpośrednio do właściwości i parametrów przedmiotu zamówienia (przedmiotu oferty) i stanowią treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Należy uznać tu, że wszystkie wymogi Zamawiającego w tym zakresie noszą przymiot istotnych dla przyszłej umowy, wskazany w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego.

Jak wskazano podczas rozprawy, spornym dokumentem będącym podstawą odrzucenia oferty jest „Raport z analizy FEM zbiornika wykonanego z PE w technologii formowania rotacyjnego o pojemności nominalnej 3000 litrów, badanie według normy PN-EN 12566-3+A2”, na którym brak było loga czy pieczęci wskazujących na pochodzenie od jednostki notyfikowanej TÜV SUD.

W trakcie postępowania Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty poprzez złożenie raportu z badań wytrzymałości konstrukcyjnej wykonanych zgodnie z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 załącznik C (badania wytrzymałości) dla materiału PE (materiał oczyszczalni PEHD) według metody badania C3 lub C6 wykonanych przez laboratorium notyfikowane. Zamawiający wskazał, że w załączonym do oferty ww. raporcie brak jest informacji, kto wykonał analizę (badanie powinno być wykonane przez laboratorium notyfikowane), poza tym norma PN-EN 12566-3+A2:2013 dla badań wytrzymałości dla PE rozdział C nakazuje badania według metod C3 lub C6.

Odwołujący nie przedstawił nowych dokumentów, lecz wskazał, że zgodnie z punktem 6.2.1 ww. normy dopuszczalnego obciążenia zbiornika oczyszczalni powinny być ustalone: albo za pomocą obliczeń wg metod podanych w punkcie 6.2.2 normy, wykorzystując dane dotyczące materiału i występujących obciążeń, albo za pomocą badań według punktu 6.2.3 i załącznika C normy. W zależności od zastosowanej metody badania, dostosowanej do materiału zbiornika, w normie podano wzory, według których oblicza się obciążenia badawcze.

Badanie wytrzymałości konstrukcji oczyszczalni zostało dokonane przez laboratorium TÜV SUD Czech s.r.o. poprzez sprawdzenie obliczeń producenta oraz zgodności wyrobu z przedstawionymi obliczeniami, co jest zgodne z normą, a więc i wymaganiami Zamawiającego. Potwierdzeniem tej zgodności jest „Protokół z oceny właściwości wyrobu” wydany przez TÜV SUD Czech s.r.o., a punkt 4.2. tego protokołu jest podsumowaniem przedmiotowego raportu.

Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający wskazał, że, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wymagał kompletu raportów z badań potwierdzających zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 wykonanych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską oraz raportów z badań wykonanych przez inne podmioty, zgodnie z Tabelą ZA.3 tej normy. Powołał się też na odpowiedź na pytanie 16. z 29 marca 2016 r.

Z wyjaśnień Odwołującego wynika zaś, że badanie wytrzymałości konstrukcyjnej nie zostało wykonane przez laboratorium notyfikowane, a laboratorium to jedynie sprawdziło wyniki badań.

W wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający kilkakrotnie odpowiadał na zapytania wykonawców dotyczące badań potwierdzających zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A2:2013.

Zamawiający powołał się na odpowiedź na pytanie nr 16, w której na pytanie, czy badania wytrzymałości konstrukcyjnej określonej normą PN-EN 12566-3+A2:2013 muszą być, zgodnie z normą, wykonane przez laboratorium notyfikowane; czy zamawiający dopuszcza wykonanie badań wytrzymałości konstrukcyjnej dla warunków suchych lub dla warunków wilgotnych przez osobę prywatną lub laboratorium akredytowane, a jedynie potwierdzone przez laboratorium notyfikowane, wskazał, że nie.

Należy jednak wskazać, że, o ile pierwotna treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia najczęściej zawiera dość kompleksowe wymogi zamawiającego, to zadawane przez wykonawców pytania najczęściej dotyczą konkretnych kwestii, które interesują danego wykonawcę lub wykonawców i niekoniecznie obejmują całokształt zagadnienia. Powoduje to, że odpowiedzi zamawiającego, które odnoszą się do zadanych pytań, często oderwane są od pierwotnego kontekstu i dotyczą bezpośrednio zadanych pytań, a nie wszystkich opcji, z którymi zamawiający czy wykonawcy mogą mieć do czynienia. Z tego powodu w praktyce to właśnie odpowiedzi na pytania są najczęstszym przedmiotem sporów z zakresie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.



Podobnie w przedmiotowej sytuacji – wykonawcy kilkakrotnie zadawali pytania dotyczące raportów z badań co do wytrzymałości konstrukcyjnej obejmującej badania empiryczne, na które to pytania Zamawiający odpowiadał, lecz żaden z wykonawców nie zadał pytania dotyczącego możliwości albo zakazu zastosowania metody dotyczącej obliczeń. Ze swojej strony Zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w odpowiedzi na pytania takiego zakazu nie ustanowił.

Nie było sporne, że obie owe metody – obliczeniowa oraz empiryczna, są zgodne z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 i dany producent zleca wykonanie badań według wybranej metody. Tym samym, zdaniem Izby, jeśli Zamawiający żądał przeprowadzenia badań według konkretnej, wyłącznie jednej z dwóch metod, powinien wskazać to wyraźnie w swoich wymaganiach – najlepiej już od samego początku w specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo też, jeśli zapomniał lub zmienił zdanie w trakcie udzielania wyjaśnień – wyraźnie zaznaczyć to w odpowiedziach.

Tymczasem pierwotne wymaganie Zamawiającego, dotyczące dostarczenia kompletu raportów z badań potwierdzających zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 wykonanych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską, nie zmieniło się w trakcie postępowania.

Trudno w takiej sytuacji wymagać od wykonawców, aby *a priori* wiedzieli, jakie zamierzenia będzie miał Zamawiający i jaką decyzję podejmie podczas oceny ofert w przypadku, gdy nie ujawnił tego przed składaniem ofert. Należy zwrócić uwagę, że dany wykonawca (i producent) powinni zostać poinformowani jednoznacznie i wprost, że muszą zlecić dodatkowe badania, która to czynność zajmuje dodatkowy czas i koszty albo też wybrać takie produkty, które zostały przebadane właśnie metodą empiryczną.

Co do zastosowanej metody (obliczeniowej) – należy założyć, że TÜV SUD Czech s.r.o. jako podmiot profesjonalny w tym zakresie wykonał badania zgodne z normą PN-EN 12566-3+A2:2013 – zresztą Zamawiający nie wskazał, że załączone do oferty dokumenty odnoszące się do badań wykonanych przez TÜV SUD Czech s.r.o. są niezgodne z wymaganymi normą, niekompletne czy w jakiś sposób nieprawidłowe (w zakresie tej normy). Jeśli w świetle wymogów normy PN-EN 12566-3+A2:2013 zawierają one jakieś braki, Zamawiający może wezwać Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów (jest to inny zakres wezwania, niż określony w pierwszym wezwaniu Zamawiającego).

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt

1, § 3 i § 5 ust. 2 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).

**Przewodniczący:** .....