

Sygn. akt: KIO 320/23

WYROK

z dnia 24 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 20 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 lutego 2023 roku przez odwołującego Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Centroplast” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mazurach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto i Gminę Ostrzeszów, przy udziale wykonawcy Michała Gojżewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą, kwotę 215 zł 60 gr (słownie: dwieście piętnaście złotych sześćdziesiąt groszy) poniesioną przez

Zamawiającego z tytułu dojazdu, kwotę 554 zł 40 gr (słownie: pięćset pięćdziesiąt cztery złotych czterdzieści groszy) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu noclegu oraz kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu opłaty od pełnomocnictwa.

- 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 404 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta cztery złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą, z tytułu dojazdu, z tytułu noclegu oraz z tytułu opłaty od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 320/23

UZASADNIENIE

Miasto i Gmina Ostrzeszów, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Zaprojektowanie, dostawa, budowa i uruchomienie Przydomowych Biologicznych Oczyszczalni Ścieków w miejscowości Rogaszyce, gmina Ostrzeszów”, nr postępowania: IDR.271.7.2022.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 22 czerwca 2022 r. nr 2022/BZP 00219471.

W postępowaniu tym Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe „Centroplast” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mazurach (dalej: „Odwołujący”) 6 lutego 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań podjętych przez Zamawiającego w zadaniach nr 1, 2, 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej

treść jest zgodna z warunkami zamówienia, gdyż:

- a) Odwołujący wskazał w formularzu ofertowym oferowany model oczyszczalni;
- b) Odwołujący w złożonych dokumentach przedmiotowych podał wskaźniki skuteczności oczyszczania (BZT5, ChZTCr, Z, N-NH₄, P) w sposób zgodny z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (Dz. U. 2019 poz. 1311 a złożona przez niego wraz z ofertą deklaracja właściwości użytkowych została wydana na podstawie pełnych raportów i jest zgodna z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 305/2011;
- c) złożone przez Odwołującego pełne raporty z badań zasadniczych charakterystyk wymienionych w normie PN EN 12566-3:2005+A2:2013 zostały wydane przez

laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie <http://ec.europa.eu/>;

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty, pomimo iż została ona sporządzona w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzenia oferty określonymi przez Zamawiającego, gdyż Odwołujący wskazał w formularzu ofertowym oferowany model oczyszczalni;

ewentualnie naruszenie:

- 3) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty dotyczących oferowanego modelu oczyszczalni;
- 4) art. 107 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w postaci Deklaracji Właściwości Użytkowych wydanej przez producenta na podstawie pełnych raportów i zgodnej z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. oraz pełnych raportów z badań zasadniczych charakterystyk wymienionych w normie PN EN 125663:2005+A2:2013 lub równoważnej, wydanych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie <http://ec.europa.eu/>;
5. art. 107 ust. 4 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp

przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego dokumentów przedmiotowych.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania nr 1, 2, 3:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualnie:
- 4) wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych,
- 5) wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty dotyczących oferowanego modelu oczyszczalni.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest uczestnikiem postępowania. Odwołujący wyjaśnił, że jak wynika z opublikowanej przez Zamawiającego informacji z otwarcia ofert, oferta złożona przez Odwołującego plasuje się na pierwszym miejscu rankingu ofert pod kątem ceny w zakresie zadania nr 1, nr 2 i nr 3. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta złożona przez Odwołującego, nie zostałaby odrzucona, a zatem Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym, nie może budzić wątpliwości fakt, że w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań Zamawiającego Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

Następnie Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 6 ustawy Pzp, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wskazał w formularzu ofertowym modelu urządzenia, co powoduje, że złożona przez niego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz nie została sporządzona w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania ofert określonymi przez Zamawiającego. Odwołujący z takim stanowiskiem się nie zgadza. Odwołujący wyjaśnił, że w pkt 13.4 SWZ wskazano: „Oferta musi być sporządzona według wzoru formularza oferty stanowiącego załącznik do SWZ.” Z kolei zgodnie z pkt 13.3 SWZ „oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być zgodna z

wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia". Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób jasny i niebudzący żadnych wątpliwości wskazał, że zakres żądanych przez niego informacji dotyczących przedmiotu świadczenia został zakreślony w treści formularza ofertowego, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest wypełnienie tego formularza zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik do SWZ. Brak jest jednocześnie w dokumentach zamówienia innych postanowień, które regulowałyby w jaki sposób wykonawca zobowiązany jest podać oznaczenie oferowanych oczyszczalni. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z wzorem Formularza ofertowego (Załącznik nr 6 do SWZ), w kolumnie 4 wykonawcy zobowiązani byli podać wyłącznie „producenta i model POS”. Odwołujący uważa, że uczynił zadość wymaganiom i podał w formularzu ofertowym wszystkie żądane przez Zamawiającego informacje, gdyż w kolumnie 4 tabeli wskazał: „Centroplast Bioekocent”. Przy czym „Centroplast” to oznaczenie Odwołującego będącego jednocześnie producentem oczyszczalni, a „Bioekocent” to oznaczenie oferowanego modelu przydomowych oczyszczalni ścieków. Fakt, że Odwołujący stosuje takie oznaczenie dla swoich wyrobów znajduje potwierdzenie chociażby w złożonej wraz z ofertą Deklaracji Właściwości Użytkowych Nr 011 C.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wymagał podania w formularzu ofertowym bardziej szczegółowych informacji określających np. typoszeręg oferowanej oczyszczalni. Na

rynku przydomowych oczyszczalni ścieków powszechnym jest, że producenci oznaczają swoje wyroby poprzez podanie modelu/typu (tutaj Bioekocent) oraz jeśli jest to wymagane, typoszeręgu oferowanej oczyszczalni (np. 3300). Powyższe wynika z faktu, że model/typ jest zazwyczaj powiązany z metodą oczyszczania (np. mechaniczno-biologiczna), z kolei typoszeręg z liczbą osób dla obsługi, której przeznaczona jest dana oczyszczalnia (RL.M). Odwołujący argumentował, że jeżeli intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy w formularzu ofertowym oprócz producenta i modelu podali również oznaczenie typoszeręgu oferowanych oczyszczalni to żądanie to powinno w sposób jasny i niebudzący wątpliwości znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach zamówienia, przede wszystkim w opracowanym przez Zamawiającego wzorze formularza oferty. Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 26 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1553/19, KIO 1558/19, zgodnie z którym „Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Odwołujący uważa, że w tej sytuacji Odwołujący nie może na obecnym etapie postępowania ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji Zamawiającego w formułowaniu postanowień SWZ. Ponadto Odwołujący wskazał, że jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości związane ze zweryfikowaniem oferowanego przez Odwołującego modelu oczyszczalni to w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert, przed odrzuceniem oferty Odwołującego powinien był skorzystać z dyspozycji przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Odwołujący podkreślił, że uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przereadza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (tak w wyroku KIO z dnia 12 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 856/22). Gdyby Zamawiający skorzystał z instytucji wezwania do złożenia wyjaśnień, to uzyskałby informacje, że Odwołujący dla wszystkich lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia zaoferował ten sam typoszeręg oczyszczalni tj. 3300 (producent: Centroplast model: Bioekocent, typoszeręg: 3300), stąd ta sama cena za dostawę i montaż przydomowych oczyszczalni ścieków w całym formularzu ofertowym. Zaniechanie dokonania przez Zamawiającego powyższej

czynności powoduje w ocenie Odwołującego, że odrzucenie oferty Odwołującego było działaniem przedwczesnym i nieuzasadnionym.

W dalszej części uzasadnienia odwołania, Odwołujący odniósł się do części uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zgodnie z którym:

- a) „Wykonawca wskazał wskaźniki skuteczności oczyszczalni (BZT5, ChZTCr, Z, N-NH₄, P) w sposób niezgodny z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (Dz. U. 2019 poz. 1311).”
- b) „Wykonawca nie spełnił warunków w zakresie zgodności wskaźników skuteczności oczyszczania (BZT5, ChZTCr, Z, N-NH₄, P) z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r., gdyż Wykonawca przedstawił dokumentację, w której w ramach deklaracji wskazał podane wyżej wskaźniki w sposób procentowy, nie zaś zgodnie z rozporządzeniem czyli w postaci najwyższej dopuszczalnej wartości substancji zanieczyszczających podanych w jednostkach mg/l”. Tym samym nie został spełniony wymóg określony w pkt. 1.1. załącznika nr. 4 do SWZ - PFU.”

Odwołujący stoi na stanowisku, że w formularzu ofertowym, podał wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje, wobec czego w ocenie Odwołującego brak było podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący uważa, że na gruncie niniejszej sprawy brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w oparciu o przytoczone powyżej okoliczności. Zgodnie z pkt 3.12.1 lit. b) SWZ, Zamawiający wymagał od wykonawcy złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych - w zakresie oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków wskazanych w formularzu ofertowym, w tym „Deklaracji Właściwości Użytkowych wydanej przez producenta na podstawie pełnych raportów i zgodną z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r.” Złożona przez Odwołującego wraz z ofertą deklaracja właściwości użytkowych spełnia powyższe wymagania, gdyż została sporządzona na podstawie pełnych raportów z badań i jest zgodna z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 305/2011.

Odwołujący uważa, że spełnił wymóg określony w pkt 1.1 załącznika nr 4 do SWZ -PFU, gdyż wskaźniki skuteczności oczyszczania (BZT5, ChZTCr, Z, N-NH4, P) w sposób zgodny z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglug Śródlądowej z dnia 12

lipca 2019 r. zostały podane w złożonych przez niego wraz z ofertą dokumentach przedmiotowych tj. w Protokole z oceny właściwości wyrobu nr ewidencyjny 1017-CPR-05.784.465, rewizja nr 5 na str. 1 (Odwołujący wskazał, że informacje zawarte w protokole stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego). Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w dokumentach zamówienia nie zawarł wymogu podania w/w wskaźników w sposób określony w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglug Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. konkretnie w treści deklaracji właściwości użytkowych. Taki wymóg nie wynika również z przepisów Rozporządzenia Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglug Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. Z tych względów, zdaniem Odwołującego, odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp było działaniem nieuzasadnionym.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3.12.3 SWZ, Zamawiający wezwie wykonawcę, który nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przez niego przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Tym samym, Zamawiający skorzystał w tym postępowaniu z dyspozycji przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i przewidział w dokumentach zamówienia możliwość wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Wobec tego, zdaniem Odwołującego, nawet gdyby uznać, że Odwołujący zobowiązany był do podania wskaźników skuteczności oczyszczania w jednostkach mg/l w treści deklaracji właściwości użytkowych to biorąc pod uwagę, że zostały one podane w prawidłowy sposób w innym złożonym przez Odwołującego dokumencie przedmiotowym, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia deklaracji na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp lub do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych przedmiotowych środków dowodowych. Zaniechanie dokonania przez Zamawiającego powyższych czynności stanowi naruszenie szeregu przepisów Pzp.

Odwołujący odnosząc się do czynności odrzucenia jego oferty w zakresie uzasadnienia, zgodnie z którym: w ramach przedmiotowych środków dowodowych Odwołujący przedstawił badania wykonane przez podmiot, który nie był laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską, w tym „Wykonawca nie spełnił warunków w sposobu przeprowadzenia badań w zakresie zgodności z normą PN EN 12566-3:+A2:2013, wskazanych w załączniku nr. 4 do SWZ, ale też chociażby w pkt. 3.4. i 3.12. SWZ. Załączony do oferty dokument przedmiotowy tj. protokół z badań został wydany przez podmiot, który nie spełnia wymogu określonego w 3. 12. 1. lit. c SWZ, to jest przeprowadzenia badania przez „laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie <http://ec.europa.eu/>”. Podmiot przeprowadzający badanie utracił w 2019 roku

notyfikację do przeprowadzania badań w zakresie przydomowych oczyszczalni objętych normą PN EN 12566-3:+A2:2013. Tym samym wskazane protokoły z badań nie spełniają wymogów określonych w dokumentacji postępowania i nie wskazują na spełnienie przez Wykonawcę warunków postawionych w załączniku nr. 4 do SWZ”, wskazał że argumentacja ta jest bezpodstawna.

Odwołujący wskazał, że zasady dokonywania notyfikacji laboratoriów zostały uregulowane w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiające zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylające dyrektywę rady 89/106/ EWG z dnia 9 marca 2011 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 88, str. 5 z późn. zm.), dalej: „Rozporządzenie nr 305/2011”.

- a) Zgodnie z art. 39 Rozporządzenia nr 305/2011, „Państwa członkowskie notyfikują Komisji i pozostałym państwom członkowskim jednostki upoważnione do wykonywania zadań strony trzeciej w procesie oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych na podstawie niniejszego rozporządzenia (zwane dalej „jednostkami notyfikowanymi”).
- b) W art. 40 ust. 1 Rozporządzenia nr 305/2011 wskazano, że państwa członkowskie wyznaczają organ notyfikujący, który odpowiada za opracowanie i stosowanie procedur koniecznych do oceny i notyfikacji jednostek, które mają być upoważnione do wykonywania zadań strony trzeciej w procesie oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych do celów niniejszego rozporządzenia, oraz do monitorowania jednostek notyfikowanych, w tym ich zgodności z art. 43.
- c) Z przytoczonych powyżej przepisów rozporządzenia w sposób jednoznaczny wynika, że notyfikacja dokonywana jest przez organ notyfikujący państwa członkowskiego, który decyduje również o zakresie notyfikacji.
- d) Powyższe znajduje potwierdzenie w informacjach publikowanych na stronie Komisji Europejskiej, w tym na stronie systemu NANDO dostępnego pod adresem: . Zgodnie z informacją opublikowaną na tej stronie internetowej, przetłumaczoną na język polski: „System informacyjny Nando (New Approach Notified and Designated Organisations) Notyfikacja jest aktem, poprzez który państwo członkowskie informuje Komisję i inne państwa członkowskie, że jednostka, która spełnia odpowiednie wymagania, została wyznaczona do

przeprowadzania oceny zgodności zgodnie z dyrektywą. Za notyfikację jednostek notyfikowanych i ich wycofanie odpowiedzialne jest notyfikujące państwo członkowskie.

Państwa członkowskie, kraje EFTA (członkowie EOG) i inne kraje, z którymi UE zawarła umowy o wzajemnym uznawaniu (MRA) i protokoły do Układów Europejskich o ocenie zgodności i akceptacji wyrobów przemysłowych (PECA), wyznaczyły

jednostki notyfikowane, ustanowione zgodnie z dyrektywą. Listy jednostek notyfikowanych można znaleźć na stronie internetowej NANDO. Wykazy zawierają numer identyfikacyjny każdej jednostki notyfikowanej oraz zadania, dla których została ona notyfikowana, i podlegają regularnej aktualizacji.

Uwaga: Wykazy jednostek notyfikowanych podano wyłącznie w celach

informacyjnych i są one ważne w podanym terminie. Informacje są udostępniane zgodnie z informacjami dostarczającymi przez organy wyznaczające państw członkowskich. Wszelkie uwagi dotyczące informacji zawartych w wykazach powinny być kierowane przez same jednostki notyfikowane bezpośrednio do odpowiednich właściwych organów w państwach członkowskich, które są odpowiedzialne za wyznaczenie jednostek."

e) Z przytoczonej informacji jednoznacznie wynika, że wykaz jednostek notyfikowanych publikowany jest na stronach Komisji Europejskiej wyłącznie w celach informacyjnych, a decydujące znaczenie ma notyfikacja dokonana przez państwo członkowskie.

f) Zgodnie z art. 48 ust. 5 Rozporządzenia nr 305/2011, dana jednostka może prowadzić działalność jednostki notyfikowanej wyłącznie pod warunkiem, że Komisja ani pozostałe państwa członkowskie nie zgłosiły zastrzeżeń w terminie dwóch tygodni od notyfikacji, w przypadku korzystania z certyfikatu akredytacji, lub w terminie dwóch miesięcy od notyfikacji, w przypadku gdy certyfikat akredytacji nie jest stosowany. Wyłącznie taką jednostkę uznaje się za jednostkę notyfikowaną do celów niniejszego rozporządzenia.

g) Procedura kwestionowania kompetencji jednostek notyfikowanych została uregulowana w art. 51 wspomnianego Rozporządzenia zgodnie z którym: „1. Komisja bada wszystkie przypadki, w których ma wątpliwości lub otrzymuje informacje o wątpliwościach co do kompetencji jednostki notyfikowanej lub ciągłości wywiązywania się przez jednostkę notyfikowaną z nałożonych na nią wymagań i obowiązków.

Na wniosek Komisji notyfikujące państwo członkowskie udziela jej wszelkich informacji dotyczących podstaw notyfikacji lub utrzymania kompetencji danej jednostki.

Komisja zapewnia poufność wszystkich informacji wrażliwych uzyskanych w trakcie dochodzenia.

Jeżeli Komisja stwierdzi, że jednostka notyfikowana nie spełnia wymagań notyfikacji lub przestała je spełniać, informuje o tym odpowiednio notyfikujące państwo członkowskie i zwraca się do niego o podjęcie koniecznych środków naprawczych, łącznie z wycofaniem notyfikacji, jeśli zachodzi taka potrzeba."

W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty było nieuzasadnione, gdyż TUV SOD Czech s.r.o. z siedzibą w Praga, Czechy, czyli laboratorium, które wydało złożony przez Odwołującego dokument przedmiotowy - protokół z badań, stanowi laboratorium notyfikowane, któremu Komisja Europejska nadała numer NB 1017 i które widnieje w wykazie dostępnym na stronie Komisji Europejskiej (system NANDO).

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z dokumentem PDF zamieszczonym w systemie NANDO Designation of a Notified Body pursuant to the Construction Products Regulation (tłumaczenie: Wyznaczenie jednostki notyfikowanej zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wyrobów budowlanych) organ notyfikujący Czech Office for Standards, Metrology and Testing Biskupský dvůr 1148/5 110 00 Praha 1, Czech Republic dokonała notyfikacji TOV SOD Czech s. r. o. z siedzibą w Praga, Czechy do Komisji Europejskiej wskazując jako zakres akredytacji:

„The body is formally accredited against:

EN ISO/IEC 17025 - Testing and calibration laboratories

EN ISO/IEC 17065 - Product certification

Name of National Accreditation Body (NAB) : CAI (Czech Accreditation Institute)" Tłumaczenie na język polski:

„Jednostka posiada formalną akredytację w zakresie:

EN ISO/IEC 17025 - Laboratoria badawcze i wzorcowe

EN ISO/IEC 17065 - Certyfikacja wyrobów

Nazwa krajowej jednostki akredytującej (NAB): CAI (Czeski Instytut Akredytacji) "

Odwołujący wskazał, że jak wynika, z informacji podanych w omawianym dokumencie ostatnia aktualizacja miała miejsce w dniu 12 marca 2021 r. Tym samym, zgodnie z informacjami podanymi w notyfikacji, co najmniej od marca 2021 r. TOV SOD Czech s. r. o. z siedzibą w Praga, Czechy stanowi laboratorium notyfikowane w rozumieniu przepisów

Rozporządzenia nr 305/2011.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie wyjaśnił na jakiej podstawie uznał, że TÜV SÜD Czech s. r. o. z siedzibą w Praga, Czechy utraciło w 2019 r. notyfikację do przeprowadzenia badań w zakresie przydomowych oczyszczalni objętych normą PN EN 125663+A2:2013. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że zarówno państwa członkowskie jak i Komisja Europejska nie zgłosiły zastrzeżeń co do notyfikacji TÜV SÜD Czech s. r. o., jak również Komisja Europejska nie prowadziła w odniesieniu do tego laboratorium procedury kwestionowania kompetencji jednostki notyfikowanej uregulowanej w art. 51 rozporządzenia nr 305/2011 w zakresie przydomowych oczyszczalni ścieków. Zdaniem Odwołującego, można jedynie przypuszczać, że taki wniosek został przez Zamawiającego wyciągnięty z opublikowanego w systemie NANDO dokumentu „Tasks performed by the Body” (tłumaczenie: Zadania wykonywane przez podmiot), w którym w

czwartym wierszu w odniesieniu do normy EN 12566-3+A2:2013 w kolumnie AVCP system wskazano „Calculation body (System 3)”. „Calculation body” może być tłumaczone jako organ/laboratorium obliczeniowe. Jak wynika z treści tego dokumentu jego ostatnia data akceptacji to 19 marca 2019 r.

Odwołujący przekonywał, że fakt, iż w dokumencie tym posłużono się sformułowaniem „Calculation body (System 3)”, które może być tłumaczone jako organ/laboratorium obliczeniowe nie świadczy w żaden sposób o tym, że TÜV SÜD Czech s. r. o. utraciło w 2019 r. notyfikację do przeprowadzenia badań w zakresie przydomowych oczyszczalni objętych normą PN EN 12566-3+A2:2013. Jak już bowiem wyżej wskazywano zgodnie z dokonaną notyfikacją ma ono status laboratorium badawczego i wzorcowego. Odwołujący wyjaśnił, że sformułowanie „Calculation body (System 3)”, którym posłużono się w kolumnie AVCP System odnosi się wyłącznie do systemu oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych (systemy AVCP) uregulowanego w załączniku V Ocena i weryfikacja stałości właściwości użytkowych do Rozporządzenia nr 305/2011. Zgodnie z pkt 1 ppkt 1.4 tego Załącznika, w Systemie 3 „Deklaracja właściwości użytkowych zasadniczych charakterystyk wyrobu budowlanego, dokonywana przez producenta na podstawie następujących danych:

- a) producent przeprowadza zakładową kontrolę produkcji;
- b) notyfikowane laboratorium badawcze dokonuje ustalenia typu wyrobu na podstawie badań typu (w oparciu o próbki pobrane do badań przez producenta), obliczeń typu, tabelarycznych wartości lub opisowej dokumentacji wyrobu.”

Odwołujący podkreślił, że sformułowanie „calculation body” odnosi się wyłącznie do zadań wykonywanych przez laboratorium notyfikowane w danym Systemie AVCP, a nie do jego statusu (funkcji) jako jednostki notyfikowanej.

Odwołujący wskazał, że powyższe znajduje potwierdzenie w pkt 2 Załącznika V do Rozporządzenia nr 305/2011 w którym wskazano, że w zależności od funkcji jednostek notyfikowanych biorących udział w ocenie i weryfikacji stałości właściwości użytkowych dla wyrobów budowlanych rozróżnia się:

- 1) jednostkę certyfikującą wyrób: rządowa lub pozarządowa jednostka notyfikowana, posiadająca niezbędne kompetencje do przeprowadzania leżącej w jej obowiązkach certyfikacji wyrobu zgodnie z określonymi zasadami procedury i zarządzania;
- 2) jednostkę certyfikującą zakładową kontrolę produkcji: jednostka notyfikowana, rządowa lub pozarządowa, posiadająca niezbędne kompetencje do przeprowadzania leżącej w jej obowiązkach certyfikacji zakładowej kontroli produkcji zgodnie z określonymi zasadami procedury i zarządzania;
- 3) laboratorium badawcze: notyfikowane laboratorium, które mierzy, sprawdza, bada, kalibruje lub w inny sposób określa charakterystyki lub właściwości użytkowe materiałów lub wyrobów budowlanych.

Odwołujący wyjaśnił, że poszczególne nazwy tych jednostek w angielskiej wersji omawianego Rozporządzenia nr 305/2011 tłumaczone są jako (1) product certification body, (2) factory production control certification body (3) testing laboratory. Odwołujący wskazał, że Załącznik V do Rozporządzenia nie posługuje się sformułowaniem „calculation body” dla określenia funkcji jednostki notyfikowanej.

Z tych względów, zdaniem Odwołującego, TÜV SÜD Czech s. r. o. z siedzibą w Praga, Czechy, czyli laboratorium, które wydało złożony przez Odwołującego dokument przedmiotowy tj. protokół z badań, stanowi laboratorium notyfikowane, któremu Komisja Europejska nadała numer NB 1017 i które widnieje w wykazie dostępnym na stronie Komisji Europejskiej (system NANDO), a zatem odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp również w tym zakresie było bezpodstawne i nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do złożonego przez Odwołującego raportu z badań to powinien był wezwać go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 107 ust. 4 ustawy Pzp. Z kolei biorąc pod uwagę, że Zamawiający przewidział w SWZ możliwość skorzystania z dyspozycji przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i nie stosował go uprzednio w odniesieniu do Odwołującego to zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu prowadzi do naruszenia przepisów Pzp i powoduje, że odrzucenie było przedwczesne i nieuzasadnione.

W złożonej pismem z 16 lutego 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W zakresie zarzutu pierwszego, Zamawiający powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie tego, jak należy rozumieć określenie model, wyrażone w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. KIO 45/22. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący jako profesjonalista był zobowiązany tak wskazać w formularzu ofertowym oferowane przez siebie urządzenia, że Zamawiający nie miałby wątpliwości jakie konkretnie przydomowe oczyszczalnie są mu oferowane. Zamawiający zaznaczył, że było to konieczne choćby aby Zamawiający mógł na przykład potwierdzić, iż oferowane mu urządzenia spełniają wymogi wskazane w dokumentach zamówienia.

Co do zarzutu drugiego, Zamawiający argumentował, że Odwołujący wskazuje, że w części przekazanych dokumentów przedmiotowych wskazuje prawidłowe tj. zgodne ze wskazanym wyżej rozporządzeniem wartości. W ocenie Zamawiającego, sam Odwołujący wyraźnie wskazuje, iż część z przekazanych dokumentów przedmiotowych nie potwierdza

zgodności z obowiązującym Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. W sytuacji kiedy dokumenty przedmiotowe wskazują zarówno na spełnianie i niespełnianie warunków wskazanych w dokumentacji zamówienia, Zamawiający nie mógł w żadnym przypadku uznać, iż oferta Odwołującego spełnia wszystkie warunki.

W zakresie zarzutu trzeciego, Zamawiający podniósł, że twierdzenia Odwołującego nie są zgodne z treścią Rozporządzenia 305/2011. Zamawiający, odwołując się do postanowień SWZ w zakresie przedmiotowych środków dowodowych podkreślił, że wymagał aby badania były przeprowadzone przez laboratorium wskazane w wykazie, nie zaś tylko przez laboratorium notyfikowane. Tym samym dopuszczenie laboratorium nie znajdującego się we wskazanym wykazie, ale notyfikowanego mogłoby być traktowane jako nierówne traktowanie wykonawców, gdyż byłoby niezgodne z brzmieniem SWZ. Zamawiający wyjaśnił, że wpis dla numeru identyfikacyjnego 1017, różni się od wersji historycznych wpisu przez usunięcie dla pozycji związanych z normą 12566-3:2005+A2:2013 określenia „Testing laboratory” i zastąpieniem określeniem „Calculation body”.

W piśmie procesowym z 20 lutego 2023 r., złożonym przez wykonawcę M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Wykonawca ten wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. G. Ekodren – Naturalne Systemy Oczyszczania (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontryktoryjności

postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie Formularza ofertowego w wersji z dnia 9 listopada 2022 r., Izba ustaliła że wykonawcy mieli wypełnić w zakresie wszystkich trzech zadań tabelę, w której należało podać m.in.: „Producent i model POŚ”.

Na podstawie treści formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego ustalono, że w miejscu tym, we wszystkich trzech zadaniach, konsekwentnie wskazał on „Centroplast Bioekocent”.

Jak wynika natomiast z treści SWZ w wersji z dnia 9 listopada 2022 r., pkt 3.12 „Przedmiotowe środki dowodowe”, Zamawiający wymagał: „3.12.1. Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych – w zakresie oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków wskazanych w formularzu ofertowym:

- a) Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) lub dokumentacji technicznej celem potwierdzenia, iż oferowane przydomowe oczyszczalnie ścieków spełniają parametry techniczne wskazane w dokumentacji postępowania i PFU; jeśli w dokumentacji wskazanej powyżej nie ma rysunków konstrukcyjnych, poglądowych, etc. które wskazują na wszystkie wymagane parametry, wykonawca może oprócz wskazanej dokumentacji przedstawić rzeczywiste zdjęcia produktów zaoferowanych w zamówieniu.
- b) Deklaracji Właściwości Użytkowych wydanej przez producenta na podstawie pełnych raportów i zgodną z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r.

c) pełnych raportów z badań zasadniczych charakterystyk wymienionych w normie PN EN 12566-3:2005+A2:2013 lub równoważnej, wydanych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie :

- 1) raport wodoszczelności
- 2) raport wytrzymałości konstrukcyjnej
- 3) raport efektywności oczyszczania
- 4) raport trwałości materiału (badanie materiału)

d) aktualnych dokumentów wynikające z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień.

Zamawiający akceptuje odpowiednie przedmiotowe środki dowodowe, inne niż te, wskazane wyżej, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do raportów z badań, o których mowa wyżej, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że oferowane przez niego przydomowe oczyszczalnie ścieków spełniają wymagania, cechy lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, dokumentach zamówienia i PFU, lub wymagania związane z realizacją zamówienia

3.12.2. Zamawiający zastrzega sobie możliwość wystąpienia do laboratorium

notyfikowanego o udostępnienie kopii dokumentów złożonych przez producenta PBOŚ do procedury badawczej zgodności z normą PN-EN 12566-3 w celu potwierdzenia

autentyczności złożonych załączników.

3.12.3. Zamawiający wezwie wykonawcę, który nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przez niego przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie."

Natomiast jak wynika z pkt 3.1.8.2. SWZ: „Wymaga się, aby oczyszczalnie posiadały: a) pełne raporty z badań wystawionych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie według procedur określonych w normie PN EN 12566-3+A2:2013:

- b) dokumenty wynikające z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień
- c) Deklarację Właściwości Użytkowych,
- d) Dokumentację Techniczno-Ruchową, e) udokumentowane oznakowanie CE."

Ponadto w załączniku do SWZ, tj. w Programie Funkcjonalno – Użytkowym (dalej: „PFU”) aktualnym na 28 września 2022 r., w pkt 1.1. Zamawiający wskazał:

„Wymaga się, aby oferta zabezpieczona była raportem z badań PBOŚ, zgodnym z normą PN-EN 12566-3:2016-10, załącznik B – procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawionym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską (KE), wydawaną dla konkretnego typoszeregu urządzeń. Jako uprawnione do przeprowadzania tego typu badań Zamawiający za spełniające uzna wyłącznie te jednostki, które zostały wymienione w wykazie dostępnym na stronie KE . Raporty z badań muszą odnosić się do zasadniczych charakterystyk wymienionych w normie

PN EN 12566-3:2005+A2:2013 lub równoważnych norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie” oraz „Stopień oczyszczania ścieków w zaproponowanej oczyszczalni musi spełniać warunki określone w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 roku w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych.(Dz.U.2019.1311 wraz z późn. zm.). Ścieki oczyszczone nie mogą przekraczać najwyższych dopuszczalnych wartości wskaźników zanieczyszczeń określonych dla RLM < 2000”.

W opublikowanej 1 lutego 2023 r. „Informacji o wyborze ofert, odrzuceniu ofert”, Zamawiający wskazał że w zakresie zadań 1-3 jako najkorzystniejsze wybrał oferty złożone przez Przystępującego, a także poinformował o ofertach odrzuconych, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego. Uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego było następujące: „2) P.P.H. „CENTROPLAST” Sp. z o.o. – w zakresie zadania 1, 2 i 3

Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty:

Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne:

Wykonawca nie wskazał w formularzu ofertowym oferowanego modelu urządzenia.

Wykonawca wskazał wskaźniki skuteczności oczyszczalni (BZT5, ChZTCr, Z, N-NH₄, P) w sposób niezgodny z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (Dz. U. 2019 poz. 1311).

Wykonawca w ramach przedmiotowych środków dowodowych przedstawił badania wykonane przez podmiot, który nie był laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską.

Wykonawca w formularzu ofertowym podał tylko producenta przydomowych oczyszczalni, nie podając dokładnego modelu oczyszczalni, mimo iż w dokumentach przedmiotowych wyraźnie wskazano różne modele oczyszczalni. Tym samym brak wskazania konkretnego oferowanego modelu, w sytuacji kiedy z oferty Wykonawcy nie można stwierdzić iż oferuje on tylko jedną oczyszczalnię, uniemożliwia także potwierdzenie zgodności oferty z warunkami zamówienia.

Wykonawca nie spełnił warunków w zakresie zgodności wskaźników skuteczności oczyszczania (BZT5, ChZTCr, Z, N-NH₄, P) z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r., gdyż Wykonawca przedstawił dokumentację, w której w ramach deklaracji wskazał podane wyżej wskaźniki w sposób procentowy, nie zaś zgodnie z rozporządzeniem czyli w postaci najwyższej dopuszczalnej wartości substancji zanieczyszczających podanych w jednostkach mg/l. Tym samym nie został spełniony wymóg określony w pkt. 1.1. załącznika nr. 4 do SWZ – PFU.

Wykonawca nie spełnił warunków w sposobu przeprowadzenia badań w zakresie zgodności z normą PN EN 12566-3:+A2:2013, wskazanych w załączniku nr. 4 do SWZ, ale też chociażby w pkt. 3.4. i 3.12. SWZ. Załączony do oferty dokument przedmiotowy tj. protokół z badań został wydany przez podmiot, który nie spełnia wymogu określonego w 3.12.1. lit. c SWZ, to jest przeprowadzenia badania przez „laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie”. Podmiot przeprowadzający badanie utracił w 2019 roku notyfikację do przeprowadzania badań w zakresie przydomowych oczyszczalni objętych normą PN EN 12566-3:+A2:2013. Tym samym wskazane protokoły z badań nie spełniają wymogów określonych w dokumentacji postępowania i nie wskazują na spełnienie przez Wykonawcę warunków postawionych w załączniku nr. 4 do SWZ.

Powyższe uzasadniało odrzucenie oferty Wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty:

Oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 Ustawy to jest ze względu na to iż nie została sporządzona w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania ofert określonymi przez zamawiającego.

Uzasadnienie faktyczne:

Wykonawca nie wskazał w formularzu ofertowym oferowanego modelu urządzenia.

Wykonawca w formularzu ofertowym podał tylko producenta przydomowych oczyszczalni, nie podając dokładnego modelu oczyszczalni, mimo iż w dokumentach przedmiotowych wyraźnie wskazano różne modele oczyszczalni.

Tym samym brak wskazania konkretnego oferowanego modelu, w sytuacji kiedy z oferty wykonawcy nie można stwierdzić iż oferuje on tylko jedną oczyszczalnię, jest wypełnieniem formularza ofertowego niezgodnie z SWZ (a w szczególności pkt. 13.3. i 13.4.).

Powyższe uzasadniało odrzucenie oferty Wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 6 Ustawy.”

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

art. 226 ust. 1 pkt 5) i 6) ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- 6) nie została sporządzona lub przekazana w sposób zgodny z wymaganiami technicznymi oraz organizacyjnymi sporządzania lub przekazywania ofert przy użyciu środków komunikacji elektronicznej określonymi przez zamawiającego;

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia, gdyż Odwołujący wskazał w formularzu ofertowym oferowany przez Odwołującego model (Zamawiający twierdzi, że model w ogóle nie został przez Odwołującego wskazany, zdaniem Odwołującego model został wskazany i oznaczeniem tym jest „Bioekocent”) oraz skonkretyzowania tym samym przedmiotu oferty (zdaniem Zamawiającego przez zaniechanie wskazania modelu przedmiot oferty nie jest dostatecznie skonkretyzowany, w ocenie Odwołującego kwestia ta podlega wyjaśnieniu na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp).

Jest między stronami okolicznością sporną, czy Odwołujący prawidłowo wypełnił kolumnę Formularza ofertowego, w które należało podać producenta i model oferowanego urządzenia. Spór dotyczy w szczególności kwestii wskazania przez Odwołującego modelu (Zamawiający twierdzi, że model w ogóle nie został przez Odwołującego wskazany, zdaniem Odwołującego model został wskazany i oznaczeniem tym jest „Bioekocent”) oraz skonkretyzowania tym samym przedmiotu oferty (zdaniem Zamawiającego przez zaniechanie wskazania modelu przedmiot oferty nie jest dostatecznie skonkretyzowany, w ocenie Odwołującego kwestia ta podlega wyjaśnieniu na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp).

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przedmiot oferty powinien być sprecyzowany i nie budzić wątpliwości. Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest skonkretyzowanie przedmiotu oferty, tak aby Zamawiający miał pewność co jest przedmiotem świadczenia. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje, że taka oferta jest niezgodna z SWZ. Podkreślenia wymaga, że nie jest w tym zakresie wystarczające oparcie się wyłącznie na ogólnym oświadczeniu wykonawcy, zbędny byłby wówczas etap badania zgodności oferty z SWZ, czy analiza prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym, oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na brak jednoznacznego określenia, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, co stanowi przedmiot jego oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny określił sposób sprecyzowania oferowanych urządzeń w treści oferty. Brak sprecyzowania przedmiotu świadczenia pozbawia Zamawiającego możliwości zweryfikowania na etapie badania złożonych ofert, czy jest on zgodny z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Sprecyzowanie przedmiotu świadczenia na rzecz Zamawiającego dopiero na etapie wyjaśnień treści oferty uznać należy za niedopuszczalne uzupełnienie złożonej oferty. Z tego względu nie można przypisać Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jak w zarzucie ewentualnym domaga się Odwołujący. Należy podkreślić, iż wykonawca określa przedmiot swojego świadczenia w ofercie. Na etapie realizacji zamówienia świadczy to, co określa w ofercie. Przyjęcie odmiennego stanowiska za zasadne prowadziłoby do sytuacji, w której zamawiający świadomie wybiera ofertę niezgodną z SWZ. Taki sposób rozstrzygania postępowań przetargowych uznać należy za niedopuszczalny. Nie tylko pomija on etap weryfikacji zgodności złożonych ofert przed wyborem oferty najkorzystniejszej, ale prowadzi do patowych sytuacji w zakresie przedmiotu świadczenia jakie ma być wykonany w ramach zamówienia. Dodatkowo postępowanie takie narusza zasady wyrażone w treści art. 16 ustawy Pzp (vide wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 40/22 i KIO 1115/22).

Odnosząc się do zawistego między stronami sporu co do znaczenia słowa „model”, w ocenie Izby brak zdefiniowania tego pojęcia w treści dokumentów zamówienia nie jest okolicznością przemawiającą za uwzględnieniem odwołania w omawianym w tym miejscu zakresie. Strony nie wykazywały w toku sporu, aby na gruncie języka specjalistycznego, właściwego branży, słowo to miało przypisane określone znaczenie. Natomiast w treści zarzutu Odwołujący przekonywał, że w Formularzu ofertowym prawidłowo wypełnił kolumnę, w której Zamawiający wymagał podania producenta i modelu. Odwołujący wskazał bowiem, że na producenta wskazuje słowo „Centroplast”, a na model słowo „Bioekocent”. Odwołujący, powołując się na załączoną do oferty Deklarację Właściwości Użytkowych Nr 011 C, wykazywał, że takie właśnie oznaczenie stosuje dla swoich wyrobów i że ta

deklaracja to potwierdza. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w treści Formularza ofertowego nie wymagał podania bardziej szczegółowych informacji określających np. typoszereg oferowanej oczyszczalni, a właśnie to oznaczenie wskazuje konkretny produkt. Odwołujący wyjaśnił, że praktyka w branży związanej z przydomowymi oczyszczalniami ścieków jest taka, że producenci oznaczają swoje wyroby przez podanie modelu/typu – wskazuje na metodę oczyszczania, a następnie typoszeregu, który związany jest z liczbą osób, dla obsługi której przeznaczona jest dana oczyszczalnia (RLM). Z tego powodu zdaniem Odwołującego, jeśli intencją Zamawiającego było podanie w Formularzu ofertowym typoszeregu, to żądanie to powinno być jednoznacznie być oznaczone w dokumentach zamówienia, w tym wynikać z treści Formularza ofertowego.

Z powyższym stanowiskiem skład orzekający się nie zgadza, z następujących powodów. Jak wskazano wcześniej, w części dotyczącej rozważań ogólnych, przedmiot oferty powinien być skonkretyzowany w taki sposób, aby nie było wątpliwości co jest przedmiotem świadczenia. W tej sprawie Odwołujący w Formularzu ofertowym nie wskazał jednego, konkretnego przedmiotu świadczenia. Jest to okoliczność bezsporna. Oznaczenie „Bioekocent” nie wskazuje bowiem na jeden produkt, lecz na rodzinę produktów, składającą się z 16 produktów (jak wynika chociażby z ilości typoszeregów podanych w Deklaracji Właściwości Użytkowych Nr 011 C, załączonej do oferty w pliku oznaczonym jako „załącznik jawny” na str. 1 i 2 tego pliku). Natomiast z treści dokumentów zamówienia, w tym w szczególności z Formularza oferty wynika, że Zamawiający przez żądanie wskazania mu producenta i modelu wymagał od wykonawców zaoferowania mu konkretnego, jednego urządzenia (dla każdej lokalizacji). Złożony przez Odwołującego Dowód nr 1, potwierdza jedynie, że istnieje różna praktyka wśród zamawiających, co do żądania w zakresie sposobu wskazania przedmiotu oferty i nie

jest to praktyka jednolita. Ze złożonych dowodów wynika bowiem, że zdarza się, że zamawiający wymagają podania producenta i modelu oczyszczalni oraz wersji, jeśli dany model występuje w wielu wersjach - zatem tu też nie ma żądania wskazania typoszeregu; producenta, modelu, typu i technologii – tutaj również nie ma wskazania na typoszereg, a sam Odwołujący pojęcia „model” oraz „typ” stosuje zamiennie, co wynika z uzasadnienia omawianego zarzutu; typ, model, nazwa producenta – analogicznie jak powyżej. I choć ma rację Odwołujący, że w tych przykładach Zamawiający dążyli to bardziej szczegółowego sprecyzowania przedmiotu oferty, to używana przez nich nomenklatura nie potwierdza słuszności argumentacji Odwołującego wskazanej w pkt VII. 4, 5 i 6 uzasadnienia odwołania, ponieważ żaden z tych zamawiających nie wymagał konkretnie podania typoszeregu. Natomiast powszechnym jest w ocenie Izby, że jak zamawiający wymagają w formularzach ofertowych wskazania producenta i modelu oferowanego przedmiotu zamówienia to chcą w ten sposób uzyskać informację, na temat konkretnego, jednego produktu jaki jest przedmiotem oferty, a nie na temat rodziny

produktów. W tej sprawie bowiem podkreślić należy, że spośród wskazanej w ofercie rodziny produktów „Bioekocent” więcej niż jeden produkt spełnia wymagania Zamawiającego, co zostało przyznane przez Odwołującego. Przystępujący podniósł, że produkt Bioekocent 2800 nie spełnia wymagań SWZ, do czego Odwołujący się nie odniósł. W tym miejscu, Izba zauważa, że złożony przez Zamawiającego i Przystępującego dowód w postaci katalogu produktów Odwołującego wskazuje na to, iż sam Odwołujący w zależności od okoliczności i celu, sam ma luźne podejście do stosowanej przez siebie nomenklatury, w tym, w celu identyfikacji konkretnego produktu, sam stosuje wyrażenie „model”, np. Bioekocent3300, czy Bioekocent 4400 itd. (vide część katalogu oznaczonego jako Dowód nr 4, poświęcona linii produktów Bioekocent). Ma to jednak znaczenie marginalne dla rozstrzygnięcia tej sprawy, bowiem w ocenie składu orzekającego wymagania Zamawiającego co do podania w Formularzu oferty producenta i modelu w okolicznościach tej sprawy było wystarczające aby uznać, że celem Zamawiającego było zaoferowanie mu jednego konkretnego urządzenia, a nie rodziny urządzeń. Skład orzekający podziela stanowisko izby wyrażone w wyroku z dnia 25 stycznia 2022 r., sygn. KIO 45/22.

W tym miejscu Izba wskazuje, że stanowisko Odwołującego z rozprawy, zgodnie z którym myślał, że z uwagi na formułę prowadzonego postępowania, tj. „zaprojektuj i wybuduj” nie musiał wskazywać na etapie składania ofert konkretnego urządzenia jest stanowiskiem nowym wobec zaprezentowanego w odwołaniu i jako takie zostało pominięte. Podkreślić należy, że wobec tak istotnych wątpliwości zasadnym było złożenie do Zamawiającego wniosku o doprecyzowanie czy wyjaśnienie postanowień SWZ w przewidzianym do tego terminie, co nie miało miejsca.

Odnosząc się natomiast do uzasadnienia zarzutu, gdzie w pkt VII.8 Odwołujący argumentował, że Zamawiający mógł wezwać go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wówczas uzyskałby informację, że dla wszystkich lokalizacji został zaoferowany ten sam produkt, tj. Centroplast, Bioekocent 3300, Izba wskazuje, że ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić. Jak już zostało wskazane w części rozważań ogólnych, sprecyzowanie przedmiotu oferty dopiero na etapie wyjaśnień jej treści jest niedopuszczalne, ponieważ stanowi uzupełnienie oferty o treść, która się w niej pierwotnie nie znalazła. Natomiast jak stanowi art. 223 ust. 1 ustawy Pzp W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Oznacza to, że wyjaśnieniu podlega istniejąca treść oferty, a wyjaśnienia nie mogą stanowić negocjacji. Innymi słowy, jeśli dana treść w ofercie nie istnieje, nie ma czego wyjaśniać. Ponadto, w tym miejscu Izba zwraca uwagę na chwiejność

stanowiska Odwołującego, który podczas rozprawy przekonywał, że jest możliwe ustalenie przedmiotu świadczenia na podstawie treści oferty, tj. na podstawie pliku oznaczonego „załącznik jawny”, i znajdującego się tam od str. 3 Dokumentacji Techniczno- Ruchowej Bioekocent, gdzie na str. 6 dokumentacji (odpowiednio str. 8 pliku), wskazano schemat oczyszczalni Bioekocent 3300, a także na str. 21 pliku. Po pierwsze, stanowisko to jest nowe i nie zostało zawarte w odwołaniu, po drugie słusznie zripostował Przystępujący, że na str. 23 pliku znajduje się schemat oczyszczalni Bioekocent 4400. Dodatkowo przypomnieć należy, że rolą przedmiotowych środków dowodowych jest potwierdzenie zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganymi cechami (vide art. 104 ust.1 ustawy Pzp), potwierdzenie zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub kryteriami oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (vide art. 105 ust. 1 ustawy Pzp), a także potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria (vide art. 106 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem na podstawie powyższego można wywieść ogólną zasadę, według której przedmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać zgodność oferowanego przedmiotu z warunkami zamówienia, nie stanowią tym samym oświadczenia na temat tego co jest oferowane. Oświadczenie to powinno znajdować się w Formularzu ofertowym i tak też było ukształtowane to postępowanie.

Z tych względów zarzut podlegał oddaleniu.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia, gdyż Odwołujący w złożonych dokumentach przedmiotowych podał wskaźniki skuteczności oczyszczania (BZT5, ChZTCr, Z, N-NH4, P) w sposób zgodny z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r. w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego oraz warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu do wód lub do ziemi ścieków, a także przy odprowadzaniu wód opadowych lub roztopowych do wód lub do urządzeń wodnych (Dz. U. 2019 poz. 1311 a złożona przez niego wraz z ofertą deklaracja właściwości użytkowych została wydana na podstawie pełnych raportów i jest zgodna z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej nr 305/2011.

W świetle brzmienia uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o tą podstawę faktyczną zarzut jest zasadny, ale z uwagi na brak spełnienia przesłanki z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, nie skutkowało to uwzględnieniem odwołania.

Jak wynika z treści pkt 3.12. SWZ, Zamawiający żądał przedstawienia wraz z ofertą m.in. Deklaracji Właściwości Użytkowych wydanej przez producenta na podstawie pełnych

raportów (vide pkt 3.12. lit. b) SWZ) oraz pełnych raportów z badań zasadniczych charakterystyk (vide pkt 3.12 lit c) SWZ). Nie jest dla Izby jasne dlaczego weryfikując spełnienie wymagania, co do zgodności wskaźników skuteczności oczyszczania z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki Morskiej i Żeglugi Śródlądowej z dnia 12 lipca 2019 r., Zamawiający oparł się jedynie na złożonej deklaracji, podczas gdy jak wskazał w treści uzasadnienia zarzutu Odwołujący, dane wyrażone w sposób pożądaný przez Zamawiającego, zostały przez Odwołującego przedstawione w raporcie. W szczególności nie znajduje oparcia w dokumentach zamówienia stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie w pkt B.3 i w czasie rozprawy, o rzekomej sprzeczności danych zawartych w deklaracji i protokole. W ocenie Izby, co najwyżej można tu mówić o braku spójności tych dwóch dokumentów w zakresie sposobu prezentacji spornych danych. Ponadto ze wskazanej przez Zamawiającego oceny ekspertów w zakresie oferty Odwołującego nie wynika aby odbyła się ona również na podstawie załączonego przez Odwołującego raportu z badań (vide pkt 5 tabeli w folderze „ocena ekspertów”, plik „oferta Centroplast”). Okoliczności sprawy, w tym przede wszystkim treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, w ramach omawianej podstawy faktycznej, wskazują na to, że ocena ta odbyła się jedynie w oparciu o złożoną deklarację. Natomiast argumenty wskazane w odpowiedzi na odwołanie w pkt B.3 oraz B.4 nie zostały ujawnione w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Być może powodem pominięcia danych zawartych w raporcie była okoliczność, że nie spełniał on wymagań wskazanych w SWZ, o czym mowa szerzej będzie w dalszej części uzasadnienia, (co też sprawia, że zarzut ma jedynie formalne znaczenie). Jednak okoliczność ta nie znalazła odzwierciedlenia w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w omawianym zakresie.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia, gdyż złożone przez Odwołującego pełne raporty z badań zasadniczych charakterystyk wymienionych w normie PN EN 12566-3:2005+A2:2013 zostały wydane przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie <http://ec.europa.eu/>.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów.

Słusznie podniósł Zamawiający, że w treści dokumentów zamówienia zostało jednoznacznie wskazane, że Zamawiający wymaga złożenia:

> „pełnych raportów z badań zasadniczych charakterystyk wymienionych w normie PN EN 12566-3:2005+A2:2013 lub równoważnej, wydanych przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie

:

- 1) raport wodoszczelności
- 2) raport wytrzymałości konstrukcyjnej
- 3) raport efektywności oczyszczania
- 4) raport trwałości materiału (badanie materiału)

d) aktualnych dokumentów wynikające z przepisów Normy PN-EN 12566-3:2005+A2:2013 w zakresie reakcji na ogień.” (vide pkt. 3.12 lit c) SWZ)

> „Wymaga się, aby oferta zabezpieczona była raportem z badań PBOŚ, zgodnym z normą PN-EN 12566-3:2016-10, załącznik B – procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawionym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską (KE), wydawaną dla konkretnego typoszeregu urządzeń. Jako uprawnione do przeprowadzania tego typu badań Zamawiający za spełniające uzna wyłącznie te jednostki, które zostały wymienione w wykazie dostępnym na stronie KE. Raporty z badań muszą odnosić się do zasadniczych charakterystyk wymienionych w normie PN EN 12566-3:2005+A2:2013 lub równoważnych norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie” (vide pkt 1.1 PFU).

Wraz z ofertą Odwołujący złożył protokół z 19 września 2022 r., wydany przez TÜV SÜD z siedzibą w Pradze, Czechy. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w tym zakresie było ustalenie poczynione przez Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący przedstawił badania wykonane przez podmiot, który nie był laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu odwołania, w ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślić bowiem należy, że powyższy wymóg przedstawienia badań w postaci raportu, czy też protokołu był Odwołującemu znany od momentu opublikowania treści SWZ. Wymóg ten nie został w odpowiednim terminie zakwestionowany przez wniesienie odwołania albo chociażby przez zadanie pytania zmierzającego do ustalenia czy Zamawiający dopuści inną formę wykazania, że raport został wystawiony przez notyfikowane laboratorium niż tylko

na podstawie informacji zawartych na wskazanej w dokumentach zamówienia stronie internetowej albo czy dopuści możliwość posłużenia się raportem wydanym przez laboratorium notyfikowane, które nie zostało ujawnione na stronie Komisji Europejskiej. Podkreślenia przy tym wymaga, że przedmiotem rozpoznania przez Izbę w tych konkretnych okolicznościach tej sprawy nie jest ustalenie, czy TÜV SÜD obiektywnie posiada notyfikację jako laboratorium, lecz przedmiotem tej sprawy jest zbadanie, czy w okolicznościach zachodzących na gruncie tej sprawy odwoławczej, z uwzględnieniem brzmienia dokumentów zamówienia, decyzja Zamawiającego polegająca na

odrzuconiu oferty Odwołującego w oparciu o ocenianą podstawę faktyczną i prawną była prawidłowa.

W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że nie został spełniony wymóg z pkt 3.12 lit c) SWZ powtórzony następnie w pkt 1.1. PFU.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego wskazanego w uzasadnieniu odwołania w zakresie omawianego zarzutu, Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że bez znaczenia jest twierdzenie wskazane w pkt IX.1. lit. e) jakoby wykaz jednostek na stronach Komisji Europejskiej publikowany był wyłącznie w celach informacyjnych i wyniki na tym tle spór z Zamawiającym. Przesądzające bowiem znaczenie w tej sprawie ma fakt, że Zamawiający w SWZ oraz w PFU odwołał się do tego wykazu i wyraźnie wskazał, że uzna raport/protokół wydany wyłącznie przez laboratoria notyfikowane, które zostały wymienione w wykazie dostępnym na wskazanej stronie Komisji Europejskiej. W zakresie stanowiska wskazanego w pkt IX.3 uzasadnienia odwołania, Izba wskazuje, że okoliczność ta w świetle brzmienia wymogu również jest bez znaczenia, ponieważ informacje wynikające z dokumentu dotyczącego notyfikacji (vide Dowód nr 2 w zbiorczym zestawieniu dowodów oznaczonym jako Dowód 3A) nie znajdują odzwierciedlenia w treści wykazu na stronie Komisji Europejskiej a to ten wykaz był podstawą weryfikacji przez Zamawiającego wypełnienia wymagania z pkt 3.12 lit c) SWZ oraz pkt 1.1. PFU. Okoliczność ta jest również potwierdzona przez Dowód nr 4 i Dowód nr 5 w zbiorczym zestawieniu dowodów oznaczonym jako Dowód 3A, które także potwierdzają, że TÜV SÜD z siedzibą w Pradze, Czechy (niezależnie od przyczyny) nie figuruje na stronie Komisji Europejskiej jako laboratorium w zakresie normy 12566-3:2005+A2:2013, co stało się powodem dla podjęcia odpowiednich kroków administracyjnych celem usunięcia zaistniałej sytuacji. W tych okolicznościach sprawy słuszne jest stanowisko Zamawiającego wskazane w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym „Zamawiający wymagał aby badania były przeprowadzone przez laboratorium wskazane w wykazie, nie zaś tylko przez laboratorium notyfikowane” (vide lit C) odpowiedzi na odwołanie).

Z uwagi na stan faktyczny zaistniały w tej sprawie odwoławczej, Izba oddaliła wniosek Odwołującego o odroczenie rozprawy do czasu uzyskania przez skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 213/23 odpowiedzi na zadane Czech Office for Standards, Metrology and Testing pytanie, czym tamten skład orzekający zmierza do ustalenia, czy TÜV SÜD Czech s.r.o. z siedzibą w Pradze był notyfikowanym laboratorium w zakresie normy EN 12566-3 na dzień 28 listopada 2022 r. W ocenie składu orzekającego informacja w tym zakresie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy odwoławczej, gdyż jak wskazano wcześniej zasadnicze znaczenie w tej sprawie ma okoliczność, czy TÜV SÜD zostało ujawnione na

stronach Komisji Europejskiej jako laboratorium notyfikowane, a nie jedynie czy obiektywnie taką notyfikację posiada.

Odnosnie ewentualnego zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, a także art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, zarzut podlegał oddaleniu jako bezzasadny. Zarzut jest lakoniczny i nie jest dla Izby jasne, z czego w okolicznościach tej sprawy Odwołujący wywodzi, że powinien być zostać wezwany do wyjaśnienia czy uzupełnienia spornego dokumentu. Innymi słowy, Odwołujący nie wykazał, że zaszyły przesłanki do wezwania go do wyjaśnienia bądź też uzupełnienia spornego środka dowodowego. Istotą sporu jest bowiem to, że środek ten nie spełnia wymagań Zamawiającego wskazanych w dokumentach zamówienia, tj. podmiot który wydał dokument nie został ujęty w wykazie, do którego odwołał się Zamawiający. Natomiast jak stanowi art. 107 ust. 2 ustawy Pzp Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W okolicznościach tej sprawy sporny dokument został złożony lecz nie odpowiadał wymaganiom Zamawiającego ponieważ nie został wydany przez podmiot będący ujawniony w wykazie, a tym samym złożony środek dowodowy nie potwierdza zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. Przypomnieć należy, że Zamawiający w dokumentach zamówienia wskazał: „Wymaga się, aby oferta zabezpieczona była raportem z badań PBOŚ, zgodnym z normą PN-EN 12566-3:2016-10, załącznik B – procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawionym przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską (KE), wydawaną dla konkretnego typoszeregu urządzeń. Jako uprawnione do przeprowadzania tego typu badań Zamawiający za spełniające uzna wyłącznie te jednostki, które zostały wymienione w wykazie dostępnym na stronie KE . Raporty z badań muszą odnosić się do zasadniczych charakterystyk wymienionych w normie PN EN 12566-3:2005+A2:2013 lub równoważnych norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie”. Ponadto, nawet jeśli by uznać, że w okolicznościach tej sprawy mogło by dojść do uzupełnienia tego dokumentu, to przypomnieć należy, że jak wynika z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, nie ma obowiązku wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego jeśli mimo jego złożenia oferta podlega odrzuceniu, co ma miejsce w tym postępowaniu z uwagi na potwierdzenie się zarzutu nr 1.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz.

1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 2 pkt 1 oraz §5 pkt 1) i 2) lit. a), b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: