

Sygn. akt: KIO 991/12, KIO 1003/12

WYROK
z dnia 5 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 maja 2012 r. przez wykonawcę **Michała Borcucha, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Michał Borcuch, P.P.H.U. Maxbud w Ostrowcu Świętokrzyskim** (sygn. akt KIO 991/12),
B. w dniu 18 maja 2012 r. przez wykonawcę **Krzysztofa Bobrowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krzysztof Bobrowski, KB-Instalacje w Łodzi** (sygn. akt KIO 1003/12),

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Aleksandrów w Aleksandrowie**

przy udziale wykonawcy **Michała Borcucha, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Michał Borcuch, P.P.H.U. Maxbud w Ostrowcu Świętokrzyskim** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1003/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala oba odwołania,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Michała Borcucha, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Michał Borcuch, P.P.H.U. Maxbud w Ostrowcu Świętokrzyskim** i wykonawcę **Krzysztofa Bobrowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krzysztof Bobrowski, KB-Instalacje w Łodzi** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Michała Borcucha, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Michał Borcuch, P.P.H.U. Maxbud w Ostrowcu Świętokrzyskim** i wykonawcę **Krzysztofa Bobrowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod**

1

nazwą Krzysztof Bobrowski, KB-Instalacje w Łodzi tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Michała Borcucha, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Michał Borcuch, P.P.H.U. Maxbud w Ostrowcu Świętokrzyskim** i wykonawcy **Krzysztofa Bobrowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krzysztof Bobrowski, KB-Instalacje w Łodzi** na rzecz **Gminy Aleksandrów** kwotę **7.200 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy dwustu złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych) od wykonawcy **Michała Borcucha, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Michał Borcuch, P.P.H.U. Maxbud w Ostrowcu Świętokrzyskim** oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych) od wykonawcy **Krzysztofa Bobrowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krzysztof Bobrowski, KB-Instalacje w Łodzi**.

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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 991/12, KIO 1003/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Aleksandrów w Aleksandrowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Kanalizacja Gminy Aleksandrów - Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Aleksandrów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2012 r., poz. 81388. W dniu 14 maja 2012 r. zamawiający za pośrednictwem faksu zawiadomił wykonawcę Michała Borcucha, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Michał Borcuch, P.P.H.U. Maxbud w Ostrowcu Świętokrzyskim, jak również wykonawcę Krzysztofa Bobrowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Krzysztof Bobrowski, KB-Instalacje w Łodzi o odrzuceniu złożonych przez nich ofert, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Bio-Nova sp. z o.o. we Wrocławiu.

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty a także wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawca Michał Borcuch wniósł w dniu 17 maja 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W dniu 18 maja 2012 r. odwołanie wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty a także wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wniósł wykonawca Krzysztof Bobrowski.

Odwołujący Michał Borcuch zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Michał Borcuch argumentował, że nie zgadza się z czynnością zamawiającego polegającą na odrzuceniu złożonej przez siebie oferty. W pierwszej kolejności kwestionował ustalenie zamawiającego, który uznał że odwołujący Michał Borcuch nie złożył certyfikatu/świadectwa/atestu głównego, o którym mowa w pkt 5.3.1. SIWZ. Wywodził, że jednostki notyfikowane działające w zakresie normy PN EN 12566-3:2005+A 1:2009 nie wystawiają świadectw ani atestów głównych. Wystawiają jedynie certyfikaty zgodności z normą. Podnosił, że nie wiadomo czy zamawiający wymagał dokumentu wystawionego przez jednostkę notyfikowaną, czy może przez inną jednostkę, czy też może zamawiającemu nie chodziło o certyfikat zgodności z normą, ale o każdy inny

3

dokument potwierdzający zapisy deklaracji zgodności wystawionej przez producenta? Zdaniem odwołującego Michała Borcucha zamawiający pomylił dokumenty, jakie stanowią podstawę do wystawienia przez producenta deklaracji zgodności z normą, pomylił także dokumenty, jakie może wystawić laboratorium notyfikowane lub jednostka notyfikowana. Laboratorium notyfikowane nie wystawia certyfikatów z badań, lecz wystawia raporty z badań. Certyfikaty wystawiają jednostki notyfikowane, w strukturach których funkcjonują laboratoria notyfikowane. Producent albo występuje do jednostki notyfikowanej o wydanie certyfikatu zgodności wyrobu z normą albo do laboratorium notyfikowanego o zgodne z normą przebadanie wyrobu i wydanie raportów z badań. Producent, który uzyskał certyfikat zgodności z normą nie musi wystawiać już deklaracji zgodności z normą, bowiem on zapewnia prawną możliwość wprowadzenia wyrobu do obrotu. Producent, który zlecił zbadanie wyrobu przez laboratorium notyfikowane i uzyskał raporty z pozytywnymi wynikami badań, sam wystawia na ich podstawie deklarację zgodności wyrobu z normą. Taki producent, aby wprowadzić wyrób do obrotu nie musi już uzyskiwać certyfikatu zgodności z normą. Te dwa dokumenty wymiennie spełniają tę samą rolę, umożliwiają producentowi wprowadzenie wyrobu do obrotu. Dokumenty ze względu na cel ich wystawienia, różnią się wyłącznie podmiotem, który je wystawił. Przywołał postanowienia załącznika Nr III do Dyrektywy Rady nr 89/106/EWG. Wskazywał, że producent zaoferowanych przez niego przydomowych oczyszczalni ścieków skorzystał, zgodnie z ust. 9 normy PN EN 12566-

3:2005+A 1:2009, z drugiej możliwości określonej w pkt (ii) ust. 2 załącznika Nr III do Dyrektywy Rady nr 89/106/EWG i wydał deklarację zgodności z normą PN EN 12566-3:2005+A 1:2009 w oparciu o określone tą normą wstępne badania oczyszczalni (badania typu) przeprowadzone przez laboratorium notyfikowane oraz o fabryczną kontrolę produkcji łącznie z badaniem wyrobu gotowego.

Odwołujący Michał Borcuch nie zgodził się również z decyzją zamawiającego, który uznał, że nie złożył on wyników badań odnoszących się do wytrzymałości i trwałości. Podniósł, że złożył raport z badań na wytrzymałość przydomowych oczyszczalni ścieków typu BIOTIC przeprowadzonych na wybranym z rodziny największym modelu BIOTIC 40. Wywodził, że zgodnie z ust. 9.2 normy PN EN 12566-3:2005+A 1:2009, zbadanie tego właśnie modelu było reprezentatywne dla potwierdzenia wytrzymałości całego typu BIOTIC. Odnośnie wyniku badań odnoszących się do trwałości odwołujący wskazał, że norma PN EN 12566-3:2005+A 1:2009 określa, że nie potrzeba przeprowadzać wstępnego badania typu na trwałość, jeżeli producent stosuje materiały, których właściwości już są potwierdzone (np. przez dostawcę). Tak stanowi poz. 5 Tablicy 1 ust. 9.2 normy PN EN 12566-3:2005+A 1:2009. AQUATECH sp. z o.o. jako producent zaoferowanych przez niego oczyszczalni do wytworzenia korpusu oczyszczalni stosuje materiał dostarczany przez dostawcę SIMONA Polska sp. z o.o. z potwierdzonymi właściwościami wymaganymi normą. Zatem AQUATECH

4

sp. z o.o. nie musiał dodatkowo zlecać badań laboratorium notyfikowanemu i uzyskiwać raportu badań na trwałość korpusu oczyszczalni BIOTIC dla możliwości wystawienia deklaracji zgodności z normą, dlatego też odwołujący nie załączył do oferty, ani także w ramach uzupełnienia raportu z takich badań.

Odwołujący Michał Borcuch nie zgodził się również z decyzją zamawiającego, który uznał, że zaoferowano mu oczyszczalnie, których przepustowość jest niezgodna z wymaganą w SIWZ. Wywodził, że nie zaoferował zamawiającemu oczyszczalni Biotic 4 i Biotic 40, lecz oczyszczalnie Biotic 6, Biotic 10 i Biotic 20, które spełniają wymogi SIWZ w zakresie przepustowości. Utrzymywał, że w błąd zamawiającego wprowadziły przedstawione przez odwołującego raporty z badań laboratorium notyfikowanego dla oczyszczalni model Biotic 4 w zakresie skuteczności oczyszczania i dla oczyszczalni model Biotic 40 w zakresie wytrzymałości.

Odwołujący Michał Borcuch nie zgodził się nadto z decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty z powodu zaoferowania oczyszczalni, których bioreaktor wykonany jest z polietylenu zamiast z żywicy poliestrowej wzmocnionej włóknem szklanym lub równoważny z żywic. Wywodził, że z pkt 2.5 STWiOR wynikało jedynie zalecenie aby bioreaktor oczyszczalni ścieków był wykonany z żywicy poliestrowej wzmocnionej włóknem szklanym lub równoważny z żywic. Niewykonanie zalecenia nie może być podstawą do uznania oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odwołujący Michał Borcuch nie zgodził się również z kolejnym powodem odrzucenia jego oferty podanym przez zamawiającego. Wywodził, że nie zaoferował zamawiającemu elementów sterujących pracą oczyszczalni i nie naruszył w konsekwencji zakazu zastosowania automatyki i urządzeń sterujących pracą oczyszczalni, wynikającego z pkt 2.5 STWiOR. Złożył zamawiającemu opis technologiczny przygotowany przez producenta obejmujący także elementy sterowania oczyszczalnią, bowiem w normalnym wydaniu oczyszczalnie produkowane przez AQUATECH Sp. z o.o. takie elementy posiadają. Jednak na potrzeby przedmiotowego postępowania elementy sterowania oczyszczalnią nie zostały przewidziane i nie zostały wycenione. Oczyszczalnie Biotic pracują skutecznie także bez automatyki. Odwołujący przedstawił zamawiającemu opis technologiczny przygotowany przez producenta i obejmujący także elementy sterowania oczyszczalnią, bowiem w normalnym wydaniu oczyszczalnie produkowane przez AQUATECH sp. z o.o. takie elementy posiadają. Jednak na potrzeby przedmiotowego postępowania elementy sterowania oczyszczalnią nie zostały przewidziane i nie zostały wycenione. Oczyszczalnie Biotic pracują skutecznie także bez automatyki. Gdyby zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie treści SIWZ, to odwołujący mógłby tę kwestię wyjaśnić.

5

7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący Krzysztof Bobrowski wywodził, że wskazane w uzasadnieniu rozstrzygnięcia postępowania przetargowego okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia złożonej oferty są niezasadne i niezrozumiałe.

Nie zgodził się z decyzją zamawiającego, który uznał, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z powodu niezłożenia kopii certyfikatu/świadectwa/atestu głównego oraz braku kopii wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do skuteczności oczyszczania i trwałości. Wskazał, że złożona przez niego oferta wraz z uzupełnieniem dokumentów i wyjaśnieniami dokonany w oparciu o wezwanie zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest kompletna, zawiera wszelkie wymagane i żądane dokumenty oraz jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokumenty przekazane przez jednostkę notyfikowaną TUS SUD Czechy s.r.o w postaci raportów z badań zostały wystawione i przekazane mu w języku polskim. Podniósł, iż złożone przez niego dokumenty w postaci deklaracji zgodności nr 04/12/2012 wraz z wymaganymi raportami i protokołami w sposób jednoznaczny potwierdzają zgodność oferowanej oczyszczalni z normą PN EN 12566-3:2005+A1:2009. Wywodził, że złożone przez niego dokumenty w szczególności odpowiadają wymaganiom wynikającym z pkt 3.3., 3.4. i 3.8. SIWZ, których treść przywołał.

Odwołujący Krzysztof Bobrowski nie zgodził się również z decyzją zamawiającego, który odrzucił ofertę z powodu zaoferowania oczyszczalni ścieków z wysokozagęszczonego polietylenu. Wywodził, że zamawiający w pkt 2.5 STWiOR jedynie zalecał, a nie wymagał wykonania bioreaktora oczyszczalni z żywicy poliestrowej wzmocnionej włóknem szklanym. Argumentował, że na str. 8 w treści STWiOR, zamawiający użył sformułowania: „Proponowane części składowe reaktora: - zbiornik poliestrowy (lub podobny z poliestru) kompaktowy; (...)”. Zarówno pojęcie „zaleca się”, jak i „proponuje” nie można utożsamiać z pojęciem „wymaga wykonania”, „żąda wykonania”. Wskazane zapisy oznaczają wyłącznie propozycję, a nie definitywne wymagania zamawiającego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z 30 maja 2012 r., w której wniósł o oddalenie obu odwołań jako niezasadnych.

Zamawiający podniósł, iż odwołujący Michał Borcuch nie złożył, pomimo wezwania do uzupełnienia, żadanego w pkt 5.3.1. SIWZ certyfikatu/świadectwa/atestu głównego. Wskazuje na to również treść odwołania. Wywodził, że wymóg złożenia dokumentu był bezwzględny i nie zależał od woli wykonawcy. Odnosząc się do kwestii nazewnictwa

6

dokumentu wskazał, że nie wszystkie jednostki notyfikowane posługują się nazwą certyfikat. Wystarczy porównać jednostki niemieckie (dwie nazwy), czeskie (dwie nazwy), fińskie, belgijskie czy francuskie. Wywodził, że istotna jest nie nazwa, a treść żadanego dokumentu. Wywodził, że żaden z wykonawców, w tym odwołujący Michał Borcuch nie kwestionował faktu żądania tego dokumentu w drodze środków ochrony prawnej, poprzez zadawanie pytań lub zgłaszanie wniosków o modyfikację SIWZ. Wykonawcy Bio-Nova sp. z o.o., Przemysław Gruszka home&service, PPHU Technika Andrzej Banaszek jednoznacznie rozumieli wymaganie, czego dowodem jest złożenie kompletu dokumentów. Zamawiający wywodził, że żądanie tego dokumentu było uzasadnione, gdyż certyfikat daje gwarancję prawidłowo wystawionej przez producenta deklaracji zgodności, a tym samym zapewnia zamawiającego o satysfakcjonującym poziomie wyrobu. Certyfikaty są bowiem wystawiane przez jednostki notyfikowane, natomiast deklarację przez producenta. Celem żądania dokumentu nie było potwierdzenie możliwości wprowadzenia wyrobu do obrotu, ale potwierdzenie wymagań zamawiającego.

Odnosząc się do badania trwałości wywodził, że deklaracja zgodności potwierdzała, że badania na trwałość zostały przeprowadzone przez Aquatech sp. z o.o., a nie Simona Polska sp. z o.o. W ofercie brak było ww. wyników badań, ponadto Aquatech sp. z o.o. nie jest jednostką notyfikowaną uprawnioną do przeprowadzania badań w zakresie zgodności z normą PN EN 12566-3:2005+A1:2009. W konsekwencji brak jest wyników badań odnoszących się do trwałości. Odnosząc się do pkt 5 tabeli 1 w ust. 9.2 normy wywodził, że nie ma konieczności przeprowadzania badań w zakresie trwałości, jeśli producent stosuje materiały, których właściwości są już potwierdzone (np. przez dostawcę). Atest został

wydany dla Ekobud Wojciech Babiński, zaś materiał przebadano według normy DIN EN 10204 dla płyt o grubości 8 i 10 mm, a nie według normy dla oczyszczalni ścieków. Ponadto czwarty dokument – parametry materiałów wskazuje na takie parametry materiałów jak: wydłużenie przy granicy plastyczności i wydłużenie przy zerwaniu, które są niezbędne w normie co do trwałości (s. 14 normy), a nie znajdują one potwierdzenia w załączonym atście wystawionym przez Simona Polska sp. z o.o.

Odnosnie niezgodności oferty Michała Borcucha z pkt 3.2. SIWZ i pkt 2.5 STWiOR co do przepustowości przydomowych oczyszczalni ścieków zamawiający wywodził, że odwołujący zaoferował oczyszczalnie ścieków typ Biotic 4 i Biotic 40, których nominalna przepustowość dobową wynosi odpowiednio 0,6 m³ i 4,65 – 6,0 m³, co jest niezgodne z SIWZ. Przywołał postanowienie pkt 5.3.2. SIWZ i wywodził, że złożony przez odwołującego opis proponowanej przydomowej oczyszczalni był bardzo ogólny i nie zawierał informacji na temat przepustowości pozostałych typów oczyszczalni Biotic (oprócz informacji powziętych z raportów badań Biotic 4 i Biotic 40). Wskazanie na etapie odwołania przepustowości i typów oferowanych oczyszczalni jest działaniem spóźnionym. Z dokumentów złożonych przez

7

odwołującego nie wynikało iż oferuje on Biotic 6, Biotic 10 i Biotic 20. Zwrócił uwagę, że składany opis miał dotyczyć oferowanych zamawiającemu oczyszczalni, a nie oczyszczalni, które ma w swojej ofercie handlowej producent. Wskazał, że tylko raz mógł skorzystać z procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu dotyczącego materiału z którego wykonany jest bioreaktor oferowanej oczyszczalni przywołał postanowienie pkt 2.5. STWiOR. W oparciu o nie wywodził, że zamawiający wymagał, aby bioreaktor wykonany był z żywicy poliestrowej wzmocnionej włóknem szklanym lub z żywic. Słowo „zalecać” według słownika języka polskiego oznacza doradzać wykonanie czegoś, radzić w sposób autorytatywny, polecać. Ponieważ odwołujący zaoferował bioreaktor wykonany z polietylenu, to ofertę należało odrzucić. Z ostrożności wywodził, że odwołujący nie wykazał równoważności oferowanych przez siebie oczyszczalni. Przywołał postanowienia pkt 3.8. SIWZ i art. 30 ust. 5 ustawy Pzp. Załączył do odpowiedzi opinie celem wykazania, że polietylen nie jest materiałem równoważnym żywicy poliestrowej wzmocnionej włóknem szklanym lub z żywic.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu dotyczącego elementów automatyki i urządzeń sterujących wywodził, że nie sposób uznać za zgodną z SIWZ ofertę wyłącznie na podstawie ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym. Przywołał wynikający z pkt 5.3.2. SIWZ wymóg złożenia specyfikacji technicznej (opisu) proponowanej oczyszczalni i konieczność potwierdzenia wymagań SIWZ w tym dokumencie. Dokument ten miał dotyczyć proponowanych, a nie jakichkolwiek oczyszczalni. Z załączonego przez odwołującego opisu wynikało, że oczyszczalnie zawierają elementy sterujące ich pracą, co oznaczało niezgodność oferty z SIWZ. Zamawiający nie skorzystał z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, bo oferta odwołującego była jasna, zaś próba wyjaśnień prowadziłaby wyłącznie do niedozwolonej zmiany treści oferty.

Zamawiający odpowiadając na odwołanie Krzysztofa Bobrowskiego wskazał, iż wykonawca ten nie złożył wymaganego certyfikatu/świadectwa/atestu głównego wystawionego przez jednostkę notyfikowaną oraz brak jest kopii wyników badań odnoszących się do skuteczności oczyszczania i trwałości. Wskazał, że z treści odwołania wynika, że odwołujący nie dysponuje certyfikatem/świadectwem/atestem głównym.

Odnosnie zarzutu dotyczącego materiału z którego wykonany jest bioreaktor oferowanej oczyszczalni przywołał postanowienie pkt 2.5. STWiOR i powtórzył argumentację jaką przedstawił odpowiadając w tym zakresie na odwołanie wykonawcy Michała Borcucha.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, oferty złożone przez

8

odwołujących, wezwania do uzupełnienia dokumentów kierowane do obydwu odwołujących, pisma składane przez obydwu odwołujących w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, pisma zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania

kierowane do odwołujących, odwołania, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia obu odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie ofert wykonawców, w sytuacji gdy oferta wybrana przez zamawiającego na podstawie kryterium oceny ofert jest ofertą od nich mniej korzystną prowadzi do powstania szkody po stronie odwołujących w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił oferty z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania unieważnienia jednej lub obu czynności odrzucenia i tym samym oferta jednego z odwołujących mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołań stwierdziła, że nie zasługują one na uwzględnienie.

1. Zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty z powodu niezłożenia kopii certyfikatu/świadectwa/atestu głównego (KIO 991/12 i KIO 1003/12)

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranym w sprawie materiale dowodowym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

9

Zamawiający w pkt 3.4 SIWZ zastrzegł, iż *oczyszczalnie muszą posiadać udokumentowaną przez laboratorium notyfikowane zgodność z normą PN EN 12566-3:2005+A 1:2009. Zamawiający żąda potwierdzenia udokumentowania jakości urządzenia w postaci certyfikatu uzyskanego przez producenta w jednostce notyfikowanej po badaniach nakazanych w odpowiedniej normie. Na tej podstawie producent wystawia Deklarację Zgodności oferowanego produktu z normą potwierdzoną tymi badaniami. Wykaz dotyczący jednostek notyfikowanych dot. certyfikacji normy PN EN 12566-3:2005+A 1:2009 jest umieszczony na stronie Komisji Europejskiej http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/hando/index.cfm?fuseaction=cpd.nb_hs&hs_id=138327 (pkt 3.4. SIWZ)*

Nadto, stosownie do pkt 3.5. SIWZ zamawiający żądał przedłożenia w ofercie do Deklaracji zgodności (wraz z kopiami certyfikatu/świadectwa/atestu głównego i kopii wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do niżej wymienionych w normie badań:

- wodoszczelność; -
- wytrzymałość konstrukcyjna;
- skuteczność oczyszczania; Uwaga w badaniach zgodnie z rozporządzeniem trzeba podawać stężenia zanieczyszczeń ścieków surowych i oczyszczonych oraz wartość procentową.
- trwałość.

Stosownie do pkt 5.3.1 SIWZ zamawiający w celu wykazania, iż oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego wymagał złożenia deklaracji zgodności oferowanego produktu (przydomowej oczyszczalni ścieków) z normą PN EN 12566-3:2005+A 1:2009 potwierdzoną kopią certyfikatu/świadectwa/atestu głównego wraz z kopiami wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do niżej wymienionych w

normie badań:

- wodoszczelność;
- wytrzymałość konstrukcyjna;
- skuteczność oczyszczania; Uwaga w badaniach zgodnie z rozporządzeniem trzeba podawać stężenia zanieczyszczeń ścieków surowych i oczyszczonych oraz wartość procentową);
- trwałość.

Przywołane wymagania powtórzono również w pkt 2.5. STWiOR.

Obydwaj odwołujący nie złożyli wraz z ofertą wymaganego przez zamawiającego certyfikatu uzyskanego przez producenta w jednostce notyfikowanej (oferty obydwu odwołujących).

10

Zamawiający zawiadomił obydwu odwołujących, iż ich oferty nie zawierają ww. dokumentu. Działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołujących do jego złożenia w wyznaczonym terminie (pismo z dnia 3 kwietnia 2012 r. znak: 271.5.9.2012, pismo z dnia 3 kwietnia 2012 r. znak: 271.5.8.2012).

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego wykonawcy nie uzupełnili żądanego dokumentu (pismo M. Borcucha z 6 kwietnia 2012 r. L.dz. 360/04/2012 z załącznikami, pismo K. Bobrowskiego z 10 kwietnia 2012 r.)

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W świetle przepisu §4 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczania wyrobów budowlanych oznakowaniem CE (Dz.U. Nr 195, poz. 2011) *oceny zgodności wyrobu budowlanego dokonuje producent, stosując systemy wskazane we właściwej zharmonizowanej specyfikacji technicznej wyrobu*. Nie ulegało wątpliwości i nie było spornym pomiędzy stronami, że w świetle zharmonizowanej normy PN EN 12566-3:2005+A 1:2009 obowiązującym w sprawie był system oceny zgodności 3 w rozumieniu załącznika do ww. rozporządzenia. W systemie tym deklarowanie zgodności wyrobu budowlanego przez producenta dokonywane jest na podstawie wstępnego badania typu prowadzonego przez notyfikowane laboratorium i zakładowej kontroli produkcji. Powyższa okoliczność wynikała z pkt 9.1 normy PN EN 12566-3:2005+A 1:2009 (złożona w trakcie rozprawy). Zgodzić należało się zatem z odwołującym Michałem Borcuchem, iż w tym systemie oceny zgodności nie jest obligatoryjna certyfikacja zakładowej kontroli produkcji wykonywana przez jednostkę notyfikowaną, a zatem certyfikat jednostki notyfikowanej nie jest dokumentem, który wymagany jest obowiązkowo w celu dopuszczenia wyrobu do obrotu.

Powyższe ustalenie nie zmieniało jednak faktu, że obowiązek złożenia wraz z ofertą certyfikatu wystawionego przez jednostkę notyfikowaną nałożył na wykonawców zamawiający w SIWZ. W ocenie Izby już z samych przywołanych postanowień SIWZ i STWiOR wynikało w sposób jednoznaczny, iż wykonawcy zobowiązani byli złożyć 3 rodzaje dokumentów:

- deklaracje zgodności z normą,
- certyfikat jednostki notyfikowanej (zwany również certyfikatem/atestem głównym/świadectwem),
- wyniki badań, wykonanych przez laboratorium notyfikowane.

Na uwagę zasługiwało również to, że wykonawcy musieli lub uwzględniając profesjonalny charakter ich działalności powinni wiedzieć jakiego charakteru dokument zobowiązani są złożyć w postępowaniu. Zamawiający wyraźnie sprecyzował w pkt 3.4 SIWZ

11

i pkt 2.5 STWiOR iż wymaga złożenia *certyfikatu uzyskanego przez producenta w jednostce notyfikowanej*. Izba wzięła pod uwagę również to, że w dniu 22 marca 2012 r. na stronie internetowej zamawiającego zamieszczono odpowiedź na wniosek jednego z wykonawców o modyfikację treści SIWZ. We wniosku tym wykonawca ten wezwał zamawiającego do rezygnacji z wymogu certyfikatu jednostki notyfikowanej i możliwości złożenia w jego miejsce

certyfikatu zarządzenia środowiskowego i jakości (ISO 9001 oraz ISO 14001). Zamawiający odmówił uwzględnienia wniosku i podtrzymał postanowienia SIWZ. Odpowiedź ta w ocenie Izby rozwiewała ostatecznie wątpliwości co do dokumentu jaki należało zamawiającemu złożyć. Została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego i wiązała wszystkich wykonawców na równi z postanowieniami SIWZ. Również z tego powodu zastrzeżenia odwołującego Michała Borcucha co do niejednoznaczności nazewnictwa żądanych dokumentów i odwołującego Krzysztofa Bobrowskiego co do niejasności powodu odrzucenia oferty Izba uznała za niezasadne.

Dostrzeżenia wymagało również, iż przywołane postanowienia SIWZ stały się ostateczne, gdyż przed upływem terminu składania ofert nie zostały z SIWZ wyeliminowane. Modyfikacja SIWZ możliwa jest zaś wyłącznie do upływu terminu składania ofert (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp). W tej sytuacji wykonawcy składając oferty zobowiązani byli się do nich zastosować, gdyż w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferta podlega badaniu pod względem zgodności właśnie z SIWZ. Jeśli odwołujący uważali, że wymaganie jest niezgodne z prawem mogli dostępnymi im środkami prawnymi doprowadzić do wyeliminowania spornych postanowień. Wprawdzie z uwagi na wartość szacunkową postępowania w świetle art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie przysługiwało im prawo do wniesienia odwołania wobec tych postanowień, jednakże mogli skorzystać z instytucji zawiadomienia zamawiającego o czynności niezgodnej z prawem uregulowanej w art. 181 ustawy Pzp, bądź wnioskować do zamawiającego o dobrowolną modyfikację SIWZ, czego jednak nie uczynili. Na obecnym etapie kwestionowanie zasadności postanowień SIWZ, które stały się ostateczne jest niedopuszczalne jako spóźnione (art. 181 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Na uwagę zasługiwała również okoliczność, iż pomimo jego nieobowiązkowego charakteru istniała możliwość uzyskania przez wykonawców żadanego przez zamawiającego dokumentu. Wskazywało na to pismo polskiej jednostki notyfikowanej - Instytutu Techniki Budowlanej (pismo z dnia 23 maja 2012 r. znak: ZC/2012/051/PM) złożone przez zamawiającego na rozprawie, w którym stwierdzono, iż możliwe jest przeprowadzenie procesu certyfikacji przydomowych oczyszczalni ścieków na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, zaś warunkiem udzielenia certyfikatu jest pozytywna ocena wyników wstępnych badania typu oraz systemu zakładowej kontroli produkcji. O tym, iż dokument taki

12

można było uzyskać świadczył także certyfikat złożony zamawiającemu przez wykonawcę wybranego tj. BIO-Nova sp. z o.o. Jak wynika z jego treści dokument ten został wystawiony przez jednostkę notyfikowaną pod dokonaniu również oceny systemu kontroli produkcji (certyfikat nr zgodności SC-8917 złożony przez zamawiającego na rozprawie).

W ocenie Izby nie ulegało wątpliwości, że odwołujący Michał Borcuch żadanego dokumentu nie złożył. Okoliczność tę odwołujący przyznał na rozprawie, utrzymując jedynie że nie miał obowiązku jego przedłożenia, co z powodów wskazanych wyżej Izba uznała za niezasadne. Z kolei odwołujący Krzysztof Bobrowski zdawał się upatrywać wykonania obowiązku złożenia certyfikatu w tym, że złożył zamawiającemu protokół z wstępnych badań typu wystawiony przez jednostkę notyfikowaną (protokół z badania zgodności typu wyrobu nr 1017-CPD-05.468.527 w ofercie odwołującego). Jednakże dokumentu tego nie można było uznać za certyfikat w rozumieniu przywołanych postanowień SIWZ. Dokument ten wystawiono w oparciu o wyniki poszczególnych wstępnych badań typu wykonanych przez laboratoria. W dokumencie tym brak było jednak stwierdzenia, iż wystawiono go po dokonaniu przez jednostkę notyfikowaną także certyfikacji systemu zakładowej kontroli produkcji.

Izba podkreśla, że odstąpienie wobec obydwu odwołujących od wymogu złożenia certyfikatu na etapie badania ofert stanowiłoby przejaw nierównego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Oznaczałoby bowiem, że tak samo traktowani są wykonawcy, którzy zastosowali się do SIWZ i żądany dokument złożyli (być może ponosząc koszty uzyskania takiego dokumentu), ponadto niektórzy wykonawcy mogli w ogóle zrezygnować z udziału w postępowaniu wiedząc o tym, że wymogu nie będą w stanie spełnić.

Skutkiem niezłożenia wymaganych przez zamawiającego dokumentów potwierdzających zgodność robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego jest obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, po uprzednim

wezwanu do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponieważ pomimo prawidłowego wezwania wykonawcy nie uzupełnili wymaganego dokumentu, zamawiający zasadnie odrzucił złożone przez odwołujących oferty jako niezgodne z SIWZ.

2. Zarzut dotyczący niezłożenia kopii wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do wymienionych w normie badań skuteczności oczyszczania i trwałości (oferta Pana Krzysztofa Bobrowskiego, KIO 1003/12) oraz badań wytrzymałości i trwałości (oferta pana Michała Borcucha, KIO 991/12)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

13

Zamawiający w pkt 3.4 SIWZ zastrzegł, iż oczyszczalnie muszą posiadać udokumentowaną przez laboratorium notyfikowane zgodność z normą PN EN 12566-3:2005+A 1:2009. Zamawiający żąda potwierdzenia udokumentowania jakości urządzenia w postaci certyfikatu uzyskanego przez producenta w jednostce notyfikowanej po badaniach nakazanych w odpowiedniej normie. Na tej podstawie producent wystawia Deklarację Zgodności oferowanego produktu z normą potwierdzoną tymi badaniami. Wykaz dotyczący jednostek notyfikowanych dot. certyfikacji normy PN EN 12566-3:2005+A 1:2009 jest umieszczony na stronie Komisji Europejskiej http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/nando/index.cfm?fuseaction=cpd.nb_hs&hs_id=138327 (pkt 3.4. SIWZ)

Nadto, stosownie do pkt 3.5. SIWZ zamawiający żądał przedłożenia w ofercie do Deklaracji zgodności (wraz z kopiami certyfikatu/świadectwa/atestu głównego i kopii wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do niżej wymienionych w normie badań:

- wodoszczelność;
- wytrzymałość konstrukcyjna;
- skuteczność oczyszczania; Uwaga w badaniach zgodnie z rozporządzeniem trzeba podawać stężenia zanieczyszczeń ścieków surowych i oczyszczonych oraz wartość procentową.
- trwałość.

Stosownie do pkt 5.3.1 SIWZ zamawiający w celu wykazania, iż oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego wymagał złożenia deklaracji zgodności oferowanego produktu (przydomowej oczyszczalni ścieków) z normą PN EN 12566-3:2005+A 1:2009 potwierdzoną kopią certyfikatu/świadectwa/atestu głównego wraz z kopiami wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do niżej wymienionych w normie badań:

- wodoszczelność;
- wytrzymałość konstrukcyjna;
- skuteczność oczyszczania; Uwaga w badaniach zgodnie z rozporządzeniem trzeba podawać stężenia zanieczyszczeń ścieków surowych i oczyszczonych oraz wartość procentową);
- trwałość.

Przywołane wymagania powtórzono również w pkt 2.5. STWiOR.

Odwołujący Michał Borcuch, w celu wypełnienia obowiązku złożenia kopii wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do badań wytrzymałości oraz trwałości załączył do oferty następujące dokumenty:

- 1) deklarację zgodności z 30.03.2012 r., z której wynikało, iż:

14

- co do wytrzymałości została wystawiona w oparciu o badania nr 1397-CPD-022/C.6,
 - co do trwałości została wystawiona w oparciu o badania nr AQ-CE/2012/1 wykonane przez Aquatech sp. z o.o.
- 2) co do badania wytrzymałości – badania nr 1397-CPD-022/C.6 wykonane przez Statybos Produkcijos Sertifikavimo Centras z 29.06.2011 r.

Do oferty nie załączono badania nr AQ-CE/2012/1 wykonanego przez Aquatech sp. z o.o.

Zamawiający wskazał odwołującemu Michałowi Borcuchowi, że w złożonej ofercie brak jest kopii wyników badań potwierdzających wytrzymałość i trwałość. Wezwał, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do ich uzupełnienia w wyznaczonych terminie (pismo zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r., znak: 271.5.9.2012).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący Michał Borcuch złożył:

- 1) co do badania wytrzymałości – badania nr 1397-CPD-022/C.6 wykonane przez Statybos Produkcijos Sertifikavimo Centras z 29.06.2011 r. (tożsame ze złożonymi wraz z ofertą),
 - 2) atesty wystawione przez firmę Simona Polska sp. z o.o. dotyczące płyt PE-HWU według normy DIN EN 10204 (załączniki do pisma z 6 kwietnia 2012 r. l.dz. 360.04/2012).
- Do pisma nie załączono badania nr AQ-CE/2012/1 wykonanego przez Aquatech sp. z o.o.

W decyzji o rozstrzygnięciu postępowania zamawiający wskazał, iż powodem odrzucenia oferty odwołującego Michała Borcucha jest m.in. to, że nie złożył kopii wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do wytrzymałości i trwałości.

W trakcie rozprawy zamawiający przyznał, że odwołujący Michał Borcuch złożył prawidłowe kopie wyników badań odnoszących się do wymienionego w normie badania wytrzymałości.

Odwołujący Krzysztof Bobrowski, w celu wypełnienia obowiązku złożenia kopii wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do wymienionych w normie badań skuteczności oczyszczania i trwałości załączył do oferty następujące dokumenty:

- 1) protokół z badania zgodności typu nr 1017-CPD-05.468.527 z 22 grudnia 2011 r., w którym wskazano, że TUV SUD Czech s.r.o. dokonał wstępnego badania odpowiednich własności wyrobu opisanych w załączniku nr ZA normy i z którego wynikało, że wyniki badań są zamieszczone w raporcie badawczym, nr ewidencyjny 05.468.364 z 13 grudnia 2011 r.,
- 2) raport badawczy TUV SUD Czech s.r.o. nr 05.468.364 z 13.12.2011 r. wraz z załącznikami, w którym wskazano iż:

15

-
- co do cechy trwałości - badania znajdują się w dokumencie ZZ 12566-3-2- (0361-702)-POŚ KA (TUV SUD) oraz w dokumencie LK02-0949/11/Z00NF (ITB Warszawa),
 - co do cechy skuteczności oczyszczania – badania znajdują się w protokole z analiz ścieków (laboratorium AB 1044) i załącznikach nr 1 i 2 do niniejszego raportu.
- 3) co do cechy trwałości – raport z badań nr LK02-0949/11/Z00NF Instytutu Techniki Budowlanej z 10.06.2011 r.,
 - 4) co do cechy skuteczności oczyszczania – sprawozdanie z badań laboratorium „Eko-Kompleks” J. Fidrysiak, J. Budzińska s.j. w Rzgowie.

Odwołujący Krzysztof Bobrowski nie złożył co do cechy trwałości dokumentu o nr ZZ 12566-3-2- (0361-702)-POŚ KA (TUV SUD), do którego odsyłał raport badawczy TUV SUD Czech s.r.o. nr 05.468.364 z 13.12.2011 r.

Zamawiający nie wzywał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia kopii wyników badań odnoszących się do wymienionych w normie badań dotyczących skuteczności oczyszczania i trwałości.

W decyzji o rozstrzygnięciu postępowania zamawiający wskazał, iż powodem odrzucenia oferty odwołującego Krzysztofa Bobrowskiego jest m.in. to, że nie złożył kopii wyników badań zgodnych z normą odnoszących się do skuteczności oczyszczania i trwałości.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący braku wyników wymienionych w normie badań wytrzymałości w stosunku do oferty Pana Michała Borcucha okazał się zasadny. Zamawiający w trakcie rozprawy uznał bowiem zarzut za zasadny oświadczając, że badania takie wykonawca złożył wraz z ofertą.

W drugiej kolejności stwierdzono, że uzasadnienie decyzji zamawiającego o odrzuceniu ofert z powodów dotyczących badań odnoszących się do określonych w normie badań trwałości (oferta Pana Michała Borcucha) oraz badań odnoszących się do skuteczności oczyszczania i trwałości (oferta Pana Krzysztofa Bobrowskiego) okazała się nad wyraz lakoniczna i nie spełniała co do zasady elementarnych wymogów jakimi powinno odpowiadać uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty. Wbrew podanemu przez

zamawiającemu uzasadnieniu faktycznemu odrzucenia ofert, wykonawcy złożyli wraz z ofertą dokumenty, o których na podstawie ich treści można było stwierdzić, iż zostały przedstawione w celu spełnienia wymogu złożenia wyników badań. Uzasadnienie zamawiającego sprowadzające się do stwierdzenia, że wymaganych dokumentów nie złożono można byłoby uznać za prawidłowe tylko w sytuacji, gdyby wykonawcy w ogóle fizycznie nie złożyli dokumentów w celu spełniania wymogu określonego w SIWZ. W sytuacji

16

złożenia dokumentów, zwłaszcza obszernych i mających charakter specjalistyczny, jeżeli zamawiający kwestionował je pod względem merytorycznym powinien swoje zastrzeżenia wyartykułować w sposób konkretny, wyraźny i jednoznaczny w rozstrzygnięciu postępowania. Z tego powodu Izba uznała za zasadny zarzut odwołującego Krzysztofa Bobrowskiego, iż motywy odrzucenia ofert wskazane przez zamawiającego były niezrozumiałe, czym zamawiający obraził przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na uwagę zasługiwała okoliczność, że dopiero w trakcie rozprawy zamawiający sformułował wobec oferty złożonej przez odwołującego Michała Borcucha następujące konkretne i rzeczywiste powody zakwestionowania dokumentów mających się odnosić do badań w zakresie trwałości, a mianowicie:

- przedstawione wyniki badań odnoszące się do trwałości zostały wykonane przez firmę Aquatech sp. z o. o., która nie jest jednostką notyfikowaną,
- atesty złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia zostały wystawione na rzecz Ekobud Wojciech Babiński, natomiast producentem oczyszczalni jest Aquatech sp. z o.o.,
- w świetle złożonych atestów materiały zostały ocenione za zgodność z normą DIN-EN102004, a powinny zostać ocenione za zgodność z normą PN-EN12566-3,
- w złożonych dokumentach zamawiający nie odnalazł wyników badań dotyczących odkształcenia plastycznego przy rozciąganiu oraz odkształcenia plastycznego do rozerwania, który to wymóg wynika z pkt 6.5.5.3 normy PN-EN12566-3+A1:2009,
- w dokumentach przekazanych zamawiającemu w wyniku uzupełnienia wskazano, że deklarowane wartości nie są właściwościami gwarantowanymi, zaś parametry techniczne stanowią jedynie pomoc przy planowaniu.

Analogicznie, dopiero w trakcie rozprawy zamawiający sformułował wobec oferty złożonej przez odwołującego Krzysztofa Bobrowskiego następujące konkretne i rzeczywiste powody zakwestionowania dokumentów mających się odnosić do badań w zakresie skuteczności oczyszczania i trwałości, a mianowicie:

- raport dotyczący skuteczności oczyszczania wydany przez laboratorium firmy Eko-Kompleks J. Fidrysiak, J Budzińska s.j. w Rzgowie nie mógł zostać uznany za prawidłowy, gdyż nie jest to laboratorium notyfikowane, które może oceniać skuteczność oczyszczenia na podstawie normy PN-EN12566-3+A1:2009,
- załączniki nr 1 i 2 do protokołu z badań zgodności typu wyrobu wydanego przez Tuv Sud Czech s.r.o. z 22.11.2011 r. nie mogły być uznane jako prawidłowe raporty badania skuteczności oczyszczania, gdyż oparte były o raport z analiz ścieków z laboratorium Eko-Kompleks J. Fidrysiak, J Budzińska s.j. w Rzgowie, które nie jest laboratorium notyfikowanym,

17

-
- zlecenie badań nastąpiło 21 listopada 2011 r., natomiast raport badawczy nr 05.468.364 wydany przez Tuv Sud Czech s.r.o. z 22.11.2011 r. pochodzi z 13 grudnia 2011 r., zaś badanie skuteczności oczyszczania zgodnie z normą PN-EN12566-3+A1:2009 powinno trwać minimum 38 tygodni,
 - w zakresie parametru trwałości dokument wystawiony przez Instytut Techniki Budowlanej o symbolu LK02-0949/11/Z00NF znajdujący się na str. 465 oferty odwołującego obejmował jedynie badania w zakresie wytrzymałości na rozciąganie, modułu sprężystości przy rozciąganiu, wytrzymałości na wyginanie i modułu sprężystości przy zginaniu materiału ścianek oczyszczenia, co było sprzeczne z pkt 6.5.5 normy PN-EN12566-3+A1:2009.

Konsekwencją uchybienia zamawiającego jego ustawowemu obowiązkowi było to, że

odwołujący nie mogli i nie sformułowali zarzutów w odwołaniu wobec ww. przyczyn odrzucenia złożonych przez nich ofert. Konsekwencją zaś braku zarzutów w odwołaniu był brak możliwości rozpoznania ich przez Izbę, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp ma podwójne znaczenie, nie tylko chroni zamawiającego przed podnoszeniem na rozprawie przez wykonawcę nowych zarzutów, które nie znalazły się w odwołaniu, ale i stanowi przeszkodę merytorycznego rozpoznania zasadności odrzucenia ofert z powodów nieznanymi wykonawcom.

W celu potwierdzenia stanowiska Izby należy przywołać jedno z nowszych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, który zajął stanowisko, iż termin do wniesienia odwołania biegnie dopiero wtedy gdy wykonawca mógł zapoznać się nie tylko z rozstrzygnięciem postępowania ale i jego motywami (por. Wyrok Trybunału (trzecia izba) z dnia 28 stycznia 2010 r. wydany w sprawie Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority, sygn. akt C 406/08), w którym wyrażono stanowisko, iż *fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.*

Przyjęcie poglądu przeciwnego i orzeczenie o zasadności wskazanych dopiero w trakcie rozprawy rzeczywistych powodach odrzucenia ofert nastąpiłoby z naruszeniem prawa wykonawców do wniesienia odwołania w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wiązałoby się z faktycznym pozbawieniem obu wykonawców prawa do skorzystania ze

18

środka ochrony prawnej. W konsekwencji Izba przy wyrokowaniu pominęła argumentację stron i uczestnika postępowania dotyczącą zakomunikowanych dopiero w trakcie rozprawy przyczyn odrzucenia ofert obydwu odwołujących, jak również składane na tę okoliczność dowody.

Spółród wymienionych dopiero na rozprawie konkretnych powodów odrzucenia oferty Pana Michała Borcucha w ww. zakresie tylko jeden można było uznać jako mieszczący się w podanej przez zamawiającego podstawie odrzucenia oferty która brzmiała „niezłożenie wyników badań odnoszących się do trwałości”. W trakcie rozprawy zamawiający podniósł bowiem, że fizycznie nie złożono mu tych wyników badań w zakresie trwałości, na które producent powoływał się w deklaracji zgodności, tj. badania nr AQ-CE/2012/1 wykonanego przez Aquatech sp. z o.o. Taka okoliczność mogła być uznana za „niezłożenie wyników badań w zakresie trwałości”, a skoro odwołujący w odwołaniu podniósł, że złożył komplet badań należało spór rozstrzygnąć. Izba stwierdziła, że w deklaracji zgodności z 30.03.2012 r. rzeczywiście wskazano, iż w zakresie trwałości deklaracja zgodności z normą została wystawiona w oparciu o badanie przeprowadzone przez Aquatech sp. z o.o. o nr AQ-CE/2012/1. Rzeczywiście wyniki te nie zostały złożone zamawiającemu, pomimo wezwania do ich złożenia. Dopiero w trakcie rozprawy wykonawca złożył wyniki ww. badań z 1 lutego 2012 r., co należało uznać za spóźnione, gdyż winny one zostać uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Tylko zatem z tego powodu decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego Michała Borcucha odnoszącą się do braku wyników badań dotyczących określonego w normie badania trwałości Izba uznaje za prawidłową.

Spółród wymienionych dopiero na rozprawie konkretnych powodów odrzucenia oferty odwołującego Krzysztofa Bobrowskiego tylko jeden można było uznać jako mieszczący się w podanej przez zamawiającego podstawie odrzucenia oferty która brzmiała „niezłożenie kopii wyników badań odnoszących się do wymienionych w normie badań dotyczących trwałości”. Zamawiający wskazał bowiem, iż fizycznie nie złożono dokumentu z badań o symbolu ZZ12566-3-2(0361-702)-POŚKA, który to dokument został wskazany w protokole badań wydanym przez jednostkę notyfikowaną. Rzeczywiście takiego dokumentu nie złożono zamawiającemu, jednakże z tego powodu oferta wykonawcy nie podlegała odrzuceniu, gdyż wykonawca nie został wezwany do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp. Brak było również wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyników badań odnoszących się do skuteczności oczyszczania.

19

Zatem Izba uznała decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty Krzysztofa Bobrowskiego z powodu braku wyników badań odnoszących się do wymienionych w normie badań w zakresie skuteczności oczyszczania i trwałości w całości za nieprawidłową.

3. Zarzut dotyczący niezasadności odrzucenia ofert z powodu zaoferowania oczyszczalni wykonanej z polietylenu (KIO 991/12 i KIO 1003/12)

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt 2.5. specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót zamawiający zastrzegł co następuje: *Zaleca się, aby bioreaktor oczyszczalni ścieków wykonany z żywicy poliestrowej wzmocnionej włóknem szklanym lub równoważny z żywic, musi być kompletnym reaktorem realizującym tlenowe procesy oczyszczania ścieków bytowo-gospodarczych pochodzących z gospodarstw domowych.*

Obydwaj odwołujący zaoferowali bioreaktory oczyszczalni wykonane z polietylenu (okoliczność niesporna). Okoliczność ta stanowiła podstawę odrzucenia obydwu ofert przez zamawiającego, który w rozstrzygnięciu postępowania wskazał, iż takie rozwiązanie nie zostało przez niego dopuszczone na podstawie przywołanego postanowienia STWiOR (rozstrzygnięcie postępowania z 14 maja 2012 r., skierowane do odwołujących).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodzić się należało ze stanowiskiem obydwu odwołujących, iż sformułowanie „zaleca”, którego zamawiający użył w pkt 2.5 STWiOR nie można było uznać za źródło wymagania wykonania bioreaktora oczyszczalni z żywicy poliestrowej wzmocnionej włóknem szklanym lub równoważnego z żywic.

Stosownie do przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zatem jeżeli intencją zamawiającego było uniemożliwienie zastosowania innych materiałów niż żywice należało możliwość taką w sposób wyraźny wyłączyć, używając pojęć „musi”, „wymaga”, „nie dopuszcza się” lub innych równoznacznych. Sformułowanie „zaleca” w języku polskim oznacza jedynie proponowanie, rekomendowanie pewnego rozwiązania, traktowanie go jako „pożądanego”, natomiast nie jest ono tożsame z bezwzględnym wymogiem. W konsekwencji niezastosowanie się obydwu wykonawców do zalecenia, nie mogło stanowić podstawy niezgodności z SIWZ i odrzucenia złożonych przez nich ofert.

Argumentacja przedstawiona przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, że obydwaj wykonawcy nie wykazali równoważności oferowanych przez siebie rozwiązań pozostała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Niewykazanie

20

równoważności nie było bowiem powodem odrzucenia obydwu ofert, nie dotyczyły jej zarzuty podniesione w odwołaniu, a więc Izba nie mogła się odnieść do tej kwestii, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Z omawianych względów Izba nie wzięła pod uwagę przy wyrokowaniu powoływanych na tę okoliczność przez zamawiającego dowodów, jako niemających znaczenia dla wydania orzeczenia.

4. Zarzut dotyczący niezasadności odrzucenia oferty z powodu zaoferowania elementów sterujących pracą przydomowej oczyszczalni ścieków (KIO 991/12)

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w pkt 2.5 STWiOR dotyczącym reaktora biologicznej oczyszczalni ścieków zastrzegł, iż *Nie dopuszcza się stosowania automatyki, urządzeń sterujących tj. sterowniki cyklu pracy napowietrzania, zegary sterujące, pompy mamutowe itp.*

Jednocześnie w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają

wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający w pkt 5.3.2. SIWZ żądał od wykonawców złożenia *specyfikacji technicznej (opisu urządzeń technicznych) proponowanych przydomowych oczyszczalni ścieków z rysunkami proponowanych oczyszczalni ścieków oraz pozostałych elementów składowych pojedynczego systemu.*

Odwołujący Michał Borcuch nie złożył w ogóle wraz z ofertą żadanego opisu (oferta odwołującego Michała Borcucha). W wyniku wezwania przez zamawiającego do uzupełniania tego dokumentu w dniu 10 kwietnia 2012 r. złożył opis, w którym wskazał, iż *Oczyszczalnia typoszeregu Biotic (h) wyposażona jest m.in. w programator czasowy, sterowanie automatyczne, oraz cyrkulator wewnętrznego obiegu ścieków z napowietrzeniem* (pismo zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r., znak: 271.5.9.2012, załącznik do pisma odwołującego z 6 kwietnia 2012 r. l.dz. 360.04/2012).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Nie było sporne, że wymienione w opisie przez odwołującego elementy tj. *programator czasowy, sterowanie automatyczne, oraz cyrkulator wewnętrznego obiegu ścieków z napowietrzeniem* są elementami automatyki. Odwołujący wywodził jednak w odwołaniu, że pomimo takiego opisu na potrzeby przedmiotowego postępowania elementy sterowania oczyszczalnią nie zostały przewidziane i nie zostały wycenione. Podniósł, że oczyszczalnie Biotic pracują skutecznie także bez automatyki, zaś przedstawiony zamawiającemu opis dotyczy rozwiązania standardowego. Izba uznała, że decyzja

21

zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego Michała Borcucha z powodu zaoferowania elementów automatyki była prawidłowa i uznała zarzut za niezasadny. Izba wzięła pod uwagę, że celem dokumentu w postaci opisu urządzeń technicznych (specyfikacji technicznej) było wykazanie zamawiającemu, iż oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom sprecyzowanym w SIWZ. Jednym z tych wymogów był zakaz stosowania automatyki. Skoro elementy te, wbrew wyraźnemu zastrzeżeniu zostały zaoferowane, to ofertę należało uznać za niezgodną z SIWZ.

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający wymagał złożenia opisu nie jakichkolwiek urządzeń, lecz urządzeń proponowanych, czyli takich jakie wykonawca zamierza dostarczyć temu konkretnemu zamawiającemu. Wykonawca nie mógł się zatem powoływać na to, że jest to opis standardowy. W żadnym miejscu oferty wykonawca nie wskazał, że wbrew sporządzonemu opisowi, jego intencją nie było w rzeczywistości oferowanie rozwiązania z elementami automatyki. W szczególności za nieskuteczne Izba uznała powoływanie się na ogólne oświadczenie znajdujące się w formularzu ofertowym, że wykonawca wykona roboty budowlane zgodnie z SIWZ. Zgodnie z wielokrotnie wyrażanym przez Izbę poglądem wykonawca nie może powoływać się na ogólne oświadczenie o zgodności robót budowlanych z SIWZ, w sytuacji gdy bardziej szczegółowy dokument, którego celem miało być potwierdzenie zgodności oferowanego rozwiązania z SIWZ temu przeczył. Celem dokumentu było bowiem potwierdzenie prawidłowości oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym. Natomiast zapewnienie przez wykonawcę dopiero w odwołaniu, iż elementy automatyki nie zostały zaoferowane należało uznać za spóźnione. Zgodzić się należało również z zamawiającym, iż zastosowanie instytucji wezwania do wyjaśniania treści oferty wynikającej z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp było w okolicznościach danej sprawy niedopuszczalne. Skorzystanie z tej instytucji doprowadziłoby do niedozwolonej w świetle art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp zmiany treści ofert, gdyż wykonawca musiałby złożyć oświadczenie sprzeczne ze złożoną przez niego specyfikacją techniczną proponowanej oczyszczalni, co prowadziłoby do zmiany treści oferty.

5. Zarzut dotyczący niezgodności oferty z SIWZ z powodu zaoferowania oczyszczalni Biotic 4 i Biotic 40, których przepustowości są niezgodne z wymaganiami SIWZ (KIO 991/12)

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten nie potwierdził się w zebranym w sprawie materiale dowodowym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w pkt 2.5 STWiOR wymagał, aby oczyszczalnie ścieków charakteryzowały przepustowościami dobowymi nie mniejszymi niż: Typ 1: 0,80m³/d, Typ 2: 1,44m³/d, Typ 3: 2,52m³/d. Powyższe wynikało również z pkt 3.2. SIWZ.

Jednocześnie w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający w pkt 5.3.2. SIWZ żądał od wykonawców złożenia *specyfikacji technicznej (opisu urządzeń technicznych) proponowanych przydomowych oczyszczalni ścieków z rysunkami proponowanych oczyszczalni ścieków oraz pozostałych elementów składowych pojedynczego systemu.*

Odwołujący Michał Borcuch nie złożył wraz z ofertą żądanego opisu.

Odwołujący załączył do oferty raporty z badań typu dotyczące oczyszczalni ścieków typu Biotic 4 i Biotic 40, których przepuszczalność dobową wynosi odpowiednio 0,6 m³ i 4,65-6,0 m³ (oferta odwołującego).

W wyniku wezwania przez zamawiającego do uzupełniania specyfikacji technicznej (opisu urządzeń technicznych) proponowanych przydomowych oczyszczalni ścieków odwołujący złożył opis, w którym nie wskazał w ogóle jakiego typu oczyszczalnię oferuje, ani jaka jest ich przepustowość dobową. (pismo zamawiającego z 3 kwietnia 2012 r., znak: 271.5.9.2012, załącznik do pisma odwołującego z 6 kwietnia 2012 r. l.dz. 360.04/2012).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, jako sprzeczną z wymogiem pkt 2.5 STWiOR i 3.2 SIWZ, uznając, że zaoferowano mu oczyszczalnię Biotic 4 i Biotic 40, których przepuszczalność dobową wynosi odpowiednio 0,6 m³ i 4,65-6,0 m³.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż brak informacji o modelu oferowanych oczyszczalni i ich przepustowości w okolicznościach niniejszej sprawy wywołany był przyczynami leżącymi po stronie odwołującego. Informacja o oferowanych modelach oczyszczalni i ich przepustowości dobowej powinna znaleźć się w opisie proponowanego rozwiązania technicznego, który miał być złożony wraz z ofertą. Tym dokumentem wykonawca miał bowiem wykazać zgodność oferowanych przez siebie oczyszczalni z wymaganiami zamawiającego. Wykonawca opisu takiego nie złożył wraz z ofertą, zaś wezwany do jego uzupełniania przesłał opis nie obejmujący nawet tak podstawowych danych jak oferowany model oczyszczalni i ich przepustowości dobowe. Zamawiający zgodnie z zasadą jednokrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie miał już podstaw do ponownego wzywania do jego złożenia. Złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia opis techniczny był w dalszym ciągu lakoniczny i nie wskazywał na podstawowe dane techniczne oczyszczalni ścieków. Skoro wykonawca wbrew postanowieniu pkt 5.3.2. SIWZ nie wykazał zamawiającemu zgodności oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków z wymogami SIWZ dokumentem który miał temu służyć, zamawiający uprawniony był do oceny zgodności oferty z SIWZ na podstawie takich oświadczeń i dokumentów jakie mu złożono, tj. raportów z badań dotyczących oczyszczalni Biotic 4 i Biotic 40, których dobowe przepustowości były

23

niezgodne z wymogiem SIWZ. Izba uznała zatem decyzję zamawiającego za prawidłową, choć precyzyjniejszym byłoby zarzucenie odwołującemu, iż nie wykazał zgodności oferowanych oczyszczalni z wymogami SIWZ odnoszącymi się do przepustowości tych urządzeń.

Dostrzeżenia wymagało także, że informację o oferowanych modelach oczyszczalni i ich przepustowości zamawiający mógł powziąć dopiero na podstawie treści odwołania, zaś potwierdzenie tej informacji dokumentem pochodzącym od producenta nastąpiło dopiero na rozprawie. Dopiero w odwołaniu odwołujący Michał Borcuch wskazał, że w rzeczywistości zaoferował i wycenił oczyszczalnię BIOTIC o przepustowości do: • dla Typu 1 - BIOTIC 6: do 0,90m³/d, • dla Typu 2 - BIOTIC 10: do 1,50 m³/d, • dla Typu 3 - BIOTIC 20: do 3,00 m³/d. Informacja taka nie wynikała jednak z żadnego miejsca złożonej przez niego oferty. Ponadto dopiero w trakcie rozprawy złożył dokument pochodzący od producenta oczyszczalni tj. Aquatech sp. z o.o. w Łomży z 30.03.2012 r., z którego wynikało, iż nominalny dobowy przepływ ścieków wynosi: dla Biotic 4 – 0,6 m³/d, Biotic 6 – 0,9 m³/d, Biotic 10, 1,5 m³/d, Biotic 20 – 3,00 m³/d, Biotic 40 6,00 m³/d. Nie było spornym, że dokumentem opisującym właściwości poszczególnych modeli oczyszczalni typoszeręgu Biotic zamawiający nie dysponował na etapie badania ofert, gdyż nie został mu złożony ani wraz z ofertą ani w wyniku wezwania do uzupełnienia. Wykazanie zgodności oferowanych oczyszczalni z

wymaganiemi SIWZ dopiero w odwołaniu czy na rozprawie zamiast w opisie należało uznać za spóźnione.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Izba uznała bowiem, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu obydwu ofert okazała się prawidłowa, choć nie wszystkie powody odrzucenia potwierdziły się w zebranym w sprawie materiale dowodowym.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §6 w zw. z § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

24

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w łącznej wysokości 7.200,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia §6 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

25