Sygn. akt KIO 1047/12

WYROK

z dnia 6 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2012 r. przez wykonawcę: **Krzysztof Bobrowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „KB-INSTALACJE" Krzysztof Bobrowski, 94-250 Łódź, ul. Siewna 9/13** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Krośniewice reprezentowana przez Burmistrza Krośniewic, 93-340 Krośniewice, ul. Poznańska 5**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy „KB-INSTALACJE" Krzysztof Bobrowski z Łodzi oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty.**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego: Gminę Krośniewice reprezentowaną przez Burmistrza Krośniewic** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: „KB-INSTALACJE" Krzysztof Bobrowski z Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od **zamawiającego: Gminy Krośniewic reprezentowanej przez Burmistrza Krośniewic** na rzecz **odwołującego: „KB-INSTALACJE" Krzysztof Bobrowski z Łodzi** kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Sygn. akt KIO 1047/12

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1047/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Krośniewice reprezentowana przez Burmistrza Krośniewic – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Krośniewice* (oznaczenie sprawy: RRG.271.3.2012)

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 marca 2012 r. pod nr 71916-2012, w tym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.krosniewice.pl), na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych

warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z." lub „SIWZ").

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.291.728,80 zł, co stanowi równowartość 321.357,55 euro.

18 maja 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Krzysztofowi Bobrowskiemu z Łodzi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą „KB-INSTALACJE" Krzysztof Bobrowski – zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

23 maja 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 2 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Zamawiający treści przekazanej informacji wskazał, iż w wyniku dokonania ponownej oceny złożonej oferty, a także w oparciu o opinię Biegłego powołanego w toku postępowania stwierdził, że oferowane przez Odwołującego przydomowe oczyszczalnie ścieków POŚ-KA nie legitymują się certyfikatem zgodności z normą PN-EN 12566-3+A1:2009. Zamawiający

---

przywołał, iż zgodnie z pkt. IX ppkt.3 s.i.w.z. żądał dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy oraz roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, w tym między innymi zgodności oferowanych oczyszczalni biologicznych z normą PN-EN 12566-3+A 1:2009. W ocenie Zamawiającego zgodnie z wyżej wymienioną normą jednostka notyfikująca powinna przeprowadzić samodzielnie badania oczyszczalni, czego nie uczyniła. Zamawiający tym samym wskazał na podstawę odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art.89 ust.1 pkt.2 ustawy pzp.

Odwołujący nie podziela prezentowanego przez Zamawiającego stanowiska zawartego w treści przekazanej informacji o odrzuceniu oferty, a także kwestionuje w większości ustalenia zawarte w opinii powołanego przez Zamawiającego biegłego w zakresie dotyczącym oferowanych przydomowych oczyszczalni ścieków POŚ-KA, z wyjątkiem stwierdzenia zawartego w treści tej opinii na stronie 5, iż oferowana przez Odwołującego przydomowa oczyszczalnia ścieków POŚ-KA spełnia warunki normy PN-EN 12566-3+A 1:2009.

W ocenie Odwołującego podjęta przez Zamawiającego czynność jest sprzeczna z przepisami prawa, a jej uzasadnienie wskazuje w sposób jednoznaczny na naruszenie art.89 ust.1pkt.2 ustawy pzp *w świetle postanowień zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu jak i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem postanowień normy PN-EN 12566-3+A 1:2009, „Dokumentu Informacyjnego M dotyczącego dyrektywy 89/106/EWG w zakresie oceny zgodności w ramach Dyrektywy dotyczącej wyrobów budowlanych - wstępne badanie typu i zakładowa kontrola produkcji" wydanego przez Komisję Europejską Dyrekcję ds. Przedsiębiorczości i Przemysłu w dniu 4 maja 2005 roku, Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczania wyrobów budowlanych oznakowaniem CE, dokumentów złożonych wraz z ofertą.*

Zasady wprowadzania wyrobów budowlanych do obrotu określa ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 881, z późn. zm.) wraz z przepisami wykonawczymi, określająca zasady wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych oraz zasady ich kontroli przez organy administracji publicznej. Przydomowa oczyszczalnia ścieków jako wyrób budowlany wprowadzony może być do obrotu na podstawie wskazanego przepisu prawa *na dwie możliwości.* Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania

zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym (Dz.

U. Nr 198, poz. 2041) grupy tych wyrobów wymagają minimum systemu oceny zgodności 3, a więc z udziałem jednostki notyfikowanej (znak CE). W świetle obowiązujących regulacji prawnych przydomowe oczyszczalnie ścieków wymagają systemu oceny zgodności 3, a nie certyfikowania wyrobów, o którym mowa w systemie zgodności 1 i systemie zgodności 1+.

Przedłożony wraz z ofertą Protokół z badania zgodności typu wyrobu numer ewidencyjny 1017-CPD-05.468.527 (certyfikat), wydany na podstawie § 5 ust. 1 ppkt b) rozporządzenia Rady Ministrów nr 190/2002 Sb. I zgodnie z dyrektywą 89/106/EEC Rady Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 1988 o zbliżaniu przepisów prawnych i administracyjnych krajów członkowskich, dotyczących wyrobów budowlanych, zgodnie z brzmieniem dyrektywy 93/68/EEC Rady Unii Europejskiej, przez osobę notyfikowaną nr 1017, potwierdzają jednoznacznie zgodność z wymaganą normą europejską EN 12566-3:2005+A1:2009, odpowiadającą normie krajowej PN-EN 12566-3+A 1:2009. Wskazany protokół zawiera wymagany Raport badawczy numer ewidencyjny 05.468.364 wraz z stwierdzeniem, iż *przy badaniu nie stwierdzono nieusuwalnych niezgodności. Wyniki procesu badawczego zostaną przekazane organowi certyfikującemu NB 1017 do decyzji z zaleceniem wydania producentowi Protokołu z badania zgodności typu wyrobu.* Odwołujący przedłożył zatem wymagane dokumenty potwierdzające zgodność z wymaganą normą PN-EN 12566-3+A 1:2009, wystawione przez uprawnioną jednostkę notyfikowaną.

Ponadto Odwołujący przywołał brzmienie ust. 9.2 *Wstępne badanie typu* normy PN-EN 12566-3+A1:2009: *Wstępne badanie typu należy przeprowadzić w celu wykazania zgodności z niniejszą Normą Europejską. Mogą być brane pod uwagę badania wykonane wcześniej zgodnie z postanowieniami niniejszej Normy Europejskiej (ten sam wyrób, te same właściwości, metody badania, procedura pobierania próbek i system poświadczania zgodności).* W świetle powyższego stwierdzenie Zamawiającego zawarte w treści uzasadnienia dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, iż „zgodnie *z wyżej wymienioną normą jednostka notyfikująca powinna przeprowadzić samodzielnie badania oczyszczalni, czego nie uczyniła* – nie odpowiada treści przywołanego postanowienia normatywnego. Jednostka notyfikowana może samodzielnie dokonać określonych badań, może dokonać zlecenia na ich wykonanie innym jednostkom – laboratorium (które nie wymagają notyfikacji), jak również może według własnej oceny brać pod uwagę badania wykonane wcześniej.

Niezależnie od powyższego na ocenę podejmowanych czynności Zamawiającego ma fakt, iż za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez „WOBET-HYDRET" sp. j. Cichecki z siedzibą w Woli Grzymkowej, która przedłożyła Protokół z badania zgodności typu wyrobu wystawiony przez tę samą jednostkę notyfikowaną 1017 TUV SUD Czech s.r.o., wraz z

Protokołem badawczym numer ewidencyjny 05.454.351. Z treści tego protokołu badawczego wynika, że powstał on w oparciu między innymi o protokoły z badania ścieków surowych i oczyszczonych przeprowadzonych przez laboratorium o nr akredytacji AB 832: Grupowa oczyszczalnia ścieków w Łodzi sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, nie będące jednostką notyfikowaną, to jest laboratorium. W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty oraz brak jakichkolwiek wątpliwości co do dokumentów złożonych przez wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą, świadczy o jawnym naruszeniu art.7 ust. 1 pzp.

W ocenie Odwołującego oferowane oczyszczalnie są zgodne z opisem zawartym w s.i.w.z. i odpowiadają normie PN-EN 12566-3+A 1:2009. Treść oferty złożonej przez Odwołującego jest zgodna z treścią s.i.w.z. również dlatego, że Odwołujący złożył niezbędne wymagane przez Zamawiającego dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy i usługi wymagania określone treścią s.i.w.z.

Ponadto dokonana przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty jest przedwczesna, gdyż Zamawiający zaniechał czynności wynikającej z treści art. 26 ust. 4 pzp polegającej na wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości związanych z

przedłożonymi dokumentami, o których mowa w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), a zażądanych przez Zamawiającego w treści s.i.w.z. w celu potwierdzenia, że oferowane oczyszczalnie odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Zamawiający naruszył także art. 87 ust. 1 pzp poprzez zaniechanie dokonania wyjaśnień treści złożonej oferty.

31 maja 2012 r. (pismem z 29 maja 2012 r.) Zamawiający przesłał do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie (przekazaną Odwołującemu na posiedzeniu 5 czerwca 2012 r.), w której wniósł o jego oddalenie. Zamawiający podtrzymał prawidłowość podjętej decyzji i jej uzasadnienia, dodatkowo prezentując następującą argumentację i wyjaśnienia.

Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę, montaż i uruchomienie 100 szt. indywidualnych przydomowych oczyszczalni ścieków, z zastosowaniem metody osadu czynnego, *legitymujących się certyfikatem na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009.* W pkt IX ppkt 3 s.i.w.z. Zamawiający zażądał następujących dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy oraz roboty budowlane odpowiadają jego wymaganiom:

a) *opisu urządzeń technicznych producenta (np. kart katalogowych, raportu z badań). Opis urządzeń technicznych powinien potwierdzać spełnianie wymagań określonych w projekcie budowlanym oraz Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zamawiający dopuszcza w stosunku do wskazanych w Projekcie urządzeń rozwiązania równoważne, których parametry będą nie gorsze lub lepsze niż określone w projekcie budowlanym i Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Urządzenia uznane za równoważne muszą spełniać wszystkie wymagania w zakresie konkretnych parametrów, które zostały określone w ww. dokumentach. Potwierdzeniem spełniania wymagań określonych w projekcie budowlanym oraz Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych będzie raport z badań wykonanych przez jednostkę badawczą uprawnioną na mocy obowiązujących przepisów do wykonywania takich badań, posiadającą stosowaną akredytacje powodującą uznawalność wyników badań w tym dla oczyszczalni certyfikat zgodności z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 wystawiony przez laboratorium notyfikowane w Komisji Europejskiej.*

b) *zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym tj. wystawiony przez notyfikowane w Komisji Europejskiej laboratorium Certyfikat zgodności oferowanych oczyszczalni biologicznych z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, dla przepompowni ścieków surowych i oczyszczonych certyfikat zgodności z normą PN-EN 12050-1:2002 i PN-EN 1671:2001.*

Zamawiający zaznaczył w odpowiedzi na odwołanie, że uznawał deklaracje zgodności, załączone do ofert wykonawców, za dokument spełniający i potwierdzający warunki zawarte w ww. certyfikatach zgodności.

Zamawiający opisał przebieg postępowania poprzedzający odrzucenie oferty Odwołującego.

W pierwszej kolejności wyliczył dokumenty, które załączył do oferty Odwołujący na potwierdzenie powyższych wymogów:

1) Deklaracja zgodności CE nr 02/12/2011 z 22.12.2011 r. dla typoszeregu do oczyszczania ścieków POŚ KA – przydomowe oczyszczalnie ścieków typu: POŚ-KA 4, 8, 12, 15, 20, 25, 35, 50
2) Protokół z badania zgodności typu wyrobu nr ewid. 1017-CPD-05.468.527 wydany przez TUV SUD Czech 22.12.2011 r.
3) Raport badawczy nr ewid. 05.468.364 z 13.12.2011 r. wraz z załącznikami, wydany

przez TUV SUD Czech
4) Krajowa deklaracja zgodności nr 05/03/2012 z 12.03.2012 r. dla przepompowni ścieków typ PS-S
5) Krajowa deklaracja zgodności nr 05/03/2012 z 12.03.2012 r. dla przepompowni ścieków typ PS-O
6) Deklaracja zgodności nr 03/2009/K z 28.04.2009 r. dla studzienek kanalizacyjnych
7) Deklaracja zgodności Nr 04-15/10/11 z 15.10.2011 r. dla rur i kształtek z PVC-U.

Pismem z 29 marca 2012 r. (znak: RRG.271.3.11.2012) Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy oraz roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego – określonych w pkt IX ppkt 3 s.i.w.z.

Odwołujący pismem z 6 kwietnia 2012 r. uzupełnił dokumenty o opisy techniczne urządzeń zaoferowanych oczyszczalni ścieków oraz przepompowni ścieków.

Zamawiający po ocenie złożonych ofert, popartej opinią biegłego – mgr inż. Roberta Kostrzewy (nr ewid. uprawnień 99/01/WŁ), uznał ofertę Odwołującego za odpowiadającą treści s.i.w.z. O wynikach tej oceny poinformował Odwołującego pismem z 20 kwietnia 2012 r. (znak: RRG.271.3.17.2012).

25 kwietnia 2012 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego pisemną informację o niezgodnym z przepisami ustawy pzp zaniechaniu wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia wybranej oferty złożonej przez PPHU „MAXBUD" Michał Boruch z Ostrowca Świętokrzyskiego.

Zamawiający pismem z 14 maja 2012 r. (znak: RRG.271.3.28.2012) zawiadomił wykonawców o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zlecił dr. inż. Jerzemu Przybińskiemu (upr. nr 388/88/WŁ w zakresie sieci sanitarnych i ochrony środowiska, rzeczoznawca MOŚZNiL nr uprawnień 126) wykonanie oceny technicznej przydomowych oczyszczalni ścieków zaoferowanych przez wykonawców, pod kątem ich zgodności z s.i.w.z.

W wyniku ponownej oceny ofert, a także w oparciu o opinię biegłego powołanego w toku postępowania, Zamawiający stwierdził, że oferowane przez Odwołującego przydomowe oczyszczalnie ścieków POŚ-KA nie legitymują się certyfikatem zgodności z normą PN-EN12566-3+A1:2009. Zgodnie z tą normą jednostka notyfikująca powinna samodzielnie przeprowadzić badanie oczyszczalni przez okres co najmniej 38 + X tygodni, a nie dokonywać oceny oczyszczalni tylko i wyłącznie na podstawie badań przedłożonych przez producenta oczyszczalni. Z dokumentów załączonych do oferty Odwołującego, a także uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego, wynika, że jednostka notyfikowana nie

przeprowadziła badań oczyszczalni, do których jest zobowiązana zgodnie z ww. normą – Tablica ZA.3 – Podział zadań przy ocenie zgodności, a mianowicie:
1) badanie wytrzymałości konstrukcji lub sprawdzenie obliczeń producenta oraz zgodności wyrobu z obliczeniami,
2) badanie skuteczności oczyszczania,
3) badanie wodoszczelności,
4) trwałość.

Powyższe, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego, której treść nie odpowiada treści s.i.w.z.

Zamawiający oświadczył, że w pełni podtrzymuje to stanowisko zawarte w przesłanym Odwołującemu pisemnym zawiadomieniu z 18 maja 2012 r. (znak: RRG.271.3.29.2012).

Ponieważ z załączonego do oferty raportu badawczego numer ewidencyjny 05.468.364, wystawionego 13 grudnia 2011 r. przez TUV SUD z Czech (laboratorium notyfikowane nr NN1017), wynika, że badania zostały mu zlecone przez Odwołującego 21 listopada 2011 r. – potwierdza to bezapelacyjnie, zdaniem Zamawiającego, że laboratorium notyfikowane nie przeprowadziło w ciągu 22 dni badań.

W przypadku uznanej za najkorzystniejszą oferty „WOBET-HYDRET" Cichecki sp. j. to samo laboratorium notyfikowane przeprowadzało *badania zgodności oczyszczalni* w

okresie od 26 stycznia 2011 r. (data zlecenia badań) do 9 lutego 2012 r. (data protokołu badawczego numer ewidencyjny 05.454.351), tj. w ciągu ponad 58 tygodni. Nawet jeżeli protokoły z badania ścieków surowych i oczyszczonych przeprowadzone przez laboratorium o nr akredytacji AB 832 były załączone do protokołu z badania zgodności typu wyrobu wystawionego przez jednostkę notyfikowaną, to i tak jednostka ta oceniała oczyszczalnie w oparciu o własne badania trwające ponad 58 tygodni, których wyniki zostały zamieszczone w tym protokole.

Zamawiający powołał się również na opinię biegłego powołanego w toku postępowania, zgodnie z którą oczyszczalnie typu POŚ-KA oferowane przez Odwołującego odpowiadają wymaganiom normy, ale posiadany przez Odwołującego certyfikat jest wątpliwy w aspekcie formalnym i merytorycznym, gdyż badania skuteczności oczyszczania, zgodnie z tablicą ZA.3 dotyczącą podziału zadań przy ocenie zgodności, winny być wykonane przez laboratorium badawcze notyfikowane. Może ono ewentualnie zlecić w trakcie procedury poświadczania za zgodność, wykonanie badań przez laboratorium akredytowane, ale nie bazować na takich badaniach. Cała procedura badawcza zakończona certyfikatem (jego

wydaniem) od momentu zlecenia tego zadania laboratorium notyfikowanemu do momentu uzyskania Certyfikatu winna trwać przynajmniej 38+X tygodni, gdzie:

- 38 tygodni to czas trwania poszczególnych etapów pracy oczyszczalni (wg tablicy B.2 – etapy 2-10 o zmiennym czasie trwania w przedziale 2-6 tygodni każdy),
- X to czas wskazany przez producenta oczyszczalni potrzebny do osiągnięcia parametrów użytkowych w warunkach normalnego działania – co z punktu technologicznego oznacza hodowlę biomasy osadu czynnego do ilości pozwalającej na uzyskanie osadu czynnego niskoobciążonego ładunkiem zanieczyszczeń. Czas ten (X) z reguły nie jest mniejszy niż 8 tygodni.

Przyjmując fakt, ze wykonane w ramach etapów 1-10 wyniki badań z pobieraniem próbek w określonej ilości w większości etapów obejmujących „Harmonogram badania" należy w jakiś logiczny sposób zinterpretować i opracować, to cała procedura od momentu zlecenia wykonania czynności związanych z uzyskaniem certyfikatu trwa około 1 roku. Tymczasem Odwołujący uzyskał certyfikat w ciągu niecałych 4 tygodni. Zdaniem Zamawiającego przeczy to kompletnie zarówno wiarygodności instytucji weryfikującej, jak i merytorycznej jego przydatności.

24 maja 2012 r. Zamawiający wezwał pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując im równocześnie kopię odwołania. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść

szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z niższą niż oferta wybrana przez Zamawiającego ceną, która stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko odrzuceniu jego oferty. Natomiast dokonanie tej czynności przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia, s.i.w.z., oferty Odwołującego, a także z protokołu postępowania

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole. Izba wzięła także pod uwagę dowody złożone na rozprawie przez Strony, dokonując oceny ich mocy dowodowej.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający stwierdził w niniejszej sprawie nieprawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – z uwagi na to, że zaoferowane przydomowe oczyszczalnie ścieków *nie legitymują się certyfikatem zgodności z normą PN-EN 12566-3+A1:2009.* Niezależnie od sposobu sformułowania przez Zamawiającego całości uzasadnienia tej decyzji, nie budzi wątpliwości, że jej źródłem była negatywna ocena przedstawionych przez Odwołującego dokumentów na potwierdzenie, że oferowana oczyszczalnia typu POŚ-KA odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Choć w przytoczonym wcześniej pkt IX ppkt 3 lit. a oraz b, wprost wskazuje się na konieczność złożenia dla oczyszczalni dokumentu nazywanego *certyfikatem zgodności* z normą PN-EN12566-3+A1:2009 (wystawionego przez *laboratorium*

notyfikowane w Komisji Europejskiej), to nie jest jasne co tak naprawdę wymagano od wykonawców. Jak sam Zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołanie, w toku badania i oceny ofert uznawał za wystarczające przedstawienie przez wykonawców deklaracji zgodności z tą normą. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potwierdził także stanowisko Odwołującego, że w przypadku przydomowej oczyszczalni ścieków jako wyrobu budowlanego, nie ma wymogu certyfikacji, gdyż wystarczający jest system zgodności określony w pkt 3 załącznika do 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. W systemie tym deklarowanie zgodności wyrobu budowlanego przez producenta opiera się na, po pierwsze – wykazaniu zgodności ze zharmonizowaną specyfikacją techniczną we wstępnym badaniu typu wykonanym przez notyfikowane laboratorium, po drugie – zapewnieniu ciągłości tej zgodności przez zakładową kontrolę produkcji. Zamawiający nie zakwestionował także wprost deklaracji zgodności CE nr 02/12/2011 z 22 grudnia 2011 r. wystawionej przez Odwołującego, który jest producentem oferowanej przydomowej oczyszczalni ścieków POŚ-KA. Skoro Zamawiający *de facto* nie wymagał certyfikacji, tym samym zupełnie poza zakresem jego badania była kwestia zapewnienia właściwej zakładowej kontroli produkcji. Natomiast jedynym dokumentem, na którego podstawie Zamawiający stwierdził tzw. brak legitymowania się certyfikatem zgodności z PN-EN12566-3+A1:2009 przez te oczyszczalnie, był załączony do oferty Odwołującego protokół z badania zgodności typu wyrobu nr ewid. 1017-CPD-05.468.527, wydany 22 grudnia 2011 r. przez TUV SUD Czech s.r.o., a ściślej, będący jego integralną częścią raport badawczy nr ewid. 05.468.364 z 13 grudnia 2011 r. Tymczasem ta jednostka notyfikowana nr 1017, po dokonaniu wstępnego badania odpowiednich własności wyrobu, opisanych w załączniku ZA normy EN 12566-3:2005+A1:2009, w konkluzji tego raportu

stwierdza: *Na podstawie wykonanych badań ogłaszamy następujące podsumowanie: przy badaniu nie stwierdzono nieusuwalnych niezgodności.* A następnie: *Wyniki procesu badawczego zostaną przekazane organowi certyfikującemu NB 1017 do decyzji z zaleceniem wydania Protokołu z badania zgodności typu wyrobu. Powyższe obowiązuje w następujących warunkach: bez warunków.* Analogiczną treść zawiera raport badawczy tej samej instytucji, której protokół z badania zgodności typu przedstawił wybrany wykonawca dla produkowanej przez siebie oczyszczalni.

Podstawą dla zakwestionowania przez Zamawiającego raportu badawczego złożonego przez Odwołującego był 3-tygodniowy odstęp czasu jaki upłynął pomiędzy

złożeniem przez niego zlecenia a uzyskaniem raportu badawczego, który stał się podstawą dla wydania pozytywnego protokołu z badania zgodności typu wyrobu. Stało się to asumptem dla wysnucia w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty stwierdzenia, że *jednostka notyfikowana nie przeprowadziła badań oczyszczalni, do których jest zobowiązana,* to jest badań: wytrzymałości konstrukcji, skuteczności oczyszczania, wodoszczelności oraz trwałości. Zamawiający twierdził, że do takiej konkluzji uprawniała go pisemna opinia biegłego powołanego w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. W tym opracowaniu z maja 2012 r., pada określenie „certyfikat CE" lub „certyfikat jakości CE wydany na podstawie normy", które jest źródłem terminologii *braku legitymowania się certyfikatem zgodności z normą PN-EN 12566-3+A1:2009,* użytym następnie przez Zamawiającego, pomimo dopuszczenia ostatecznie badania zgodności na podstawie deklaracji zgodności. Z kolei biegły usiłował jakoś odnieść się do terminologii s.i.w.z., w której zarówno w ppkt 3 pkt IX, jak i w STWiOR o takim certyfikacie się wprost wspomina. Takimi uwarunkowaniami terminologicznymi można tłumaczyć znajdujące się na 5 stronie tej opinii enigmatyczne zdanie: *W przypadku ofert złożonych na budowę przydomowych oczyszczalni ścieków w Gminie Krośniewice przedmiotowe obiekty (POŚ-KA, BIOTIC i reaktory ZBB) spełniają warunki normy PN-EN 12566-3, ale zdaniem opiniującego nie wszystkie posiadają stosowny certyfikat CE.* Na stronie 9 i 11 opinii znajduje się następujące rozwinięcia tej myśli. *Oczyszczalnia POŚ posiada stosowną aprobatę techniczną wydaną przez Instytut Ochrony Środowiska w Warszawie oraz spełnia deklarację zgodności z PN-EN 12566-3. Natomiast z przedstawionych Gminie dokumentów, związanych z procesem certyfikacji, wynika (zdaniem opiniującego), że Oferent nie posiada Certyfikatu zgodności CE obiektu, a Biuro TUV SUD Czech dokonało jedynie badania przedłożonych przez Producenta dokumentów. Oferent winien przedstawić Certyfikat w języku angielskim lub czeskim i stosowne tłumaczenie wykonane przez tłumacza przysięgłego. Jednostka notyfikująca, zgodnie z wielokrotnie cytowaną normą zarówno w ofertach, jak i materiałach przetargowych, winna wykonać samodzielnie takowe badania i załączyć nawet harmonogram badań na czas prowadzenia doświadczeń 38 + X tygodni (gdzie X jest to czas wskazany przez producenta, potrzebny do osiągnięcia parametrów użytkowych w warunkach normalnego działania). Reasumując powyższe, opiniujący poddaje w wątpliwość posiadanie przez Oferenta Certyfikatu.* [fragment ze strony 9] *W przypadku oczyszczalni typu POŚ-ka wątpliwości budzi Certyfikat zgodności CE wydany przez laboratorium w Czechach. Norma PN-EN 12566-3:2005+A1:2009 wyraźnie stwierdza (Załącznik B), że oczyszczalnia winna być poddana badaniom przez laboratorium. Rozdziały B.1 i B.2 tego załącznika wyraźnie precyzują warunki postępowania*

w kwestii przygotowania do badań i samych badań. Załącznik 2A (informacyjny) w tablicy 2A.3 definiuje zadania (przez kogo realizowane), zakres i rozdziały normy stosowane do oceny zgodności. Te wszystkie informacje, uwarunkowania i wytyczne, zdaniem opiniującego, wskazują na brak certyfikatu zgodności CE. Gdyby w SIWZ lub STWiOR był łagodny zapis, że przydomowe oczyszczalnie ścieków muszą być zgodne z normą PN-EN. Technolog opiniujący jest to w stanie ocenić i wydać opinię pozytywną. W tym jednak przypadku zapisy w dokumentach przetargowych są na tyle zdecydowane, że eliminują

oferty proponujące oczyszczalnie BIOTIC i POŚ-ka. [fragment ze strony 11] Wreszcie w podsumowania opinii pada stwierdzenie: *Biorąc pod uwagę względy formalne (Certyfikat CE), zdaniem opiniującego spełnia je jedynie oczyszczalnia przydomowa ZBB produkcji WOBET-HYDRET z Woli Grzymkowskiej.*

Izba zważyła, że owe stanowcze postanowienia s.i.w.z., to poza przytoczonym powyżej brzmieniem pkt IX ppkt 3, pkt III ppkt 2.2, zgodnie z którym *Zamawiający wymaga, aby certyfikat zgodności z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 wystawiony był przez laboratorium notyfikowane w Komisji Europejskiej.* Nadto w rzeczywistości załącznik nr 11 do s.i.w.z. – Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych zawiera następujące *łagodne* stwierdzenie: *Przydomowe oczyszczalnie ścieków muszą być zgodne z PN-EN 12566-3 na podstawie ustawy o wyrobach budowlanych z 16 kwietnia 2004 roku.* W istocie zatem treść postanowień s.i.w.z., a przynajmniej sposób badania i oceny ofert przez Zamawiającego, wskazują, że nie wymagał on żadnego certyfikatu zgodności z normą. Wobec tego nie wiadomo jakim to wzgląd formalny miałby decydować o eliminacji oferty Odwołującego, skoro teoretyczne zapisy o żądaniu takiego certyfikatu bynajmniej nie okazały się w praktyce stanowcze. W tych okolicznościach wydana opinia nie może być uznana za jednoznaczną, a wątpliwości opiniującego nie mogą być uznane za wystarczającą podstawę dla podjętej przez Zamawiającego czynności eliminującej Odwołującego z postępowania. Zamawiający, nie podważając prawidłowości samego dokumentu protokołu z badania zgodności typu wyrobu, nie był w stanie wykazać, że uprawniona do jego wystawienia jednostka notyfikowana, nie mogła oprzeć się w sporządzonym protokole badawczym na dokumentach wymienionych w jego treści. Zamawiający, kwestionując czasookres prowadzenia badań, w ogóle nie odniósł się do załączników do tego protokołu, w których uwidoczniono daty począwszy od 19 kwietnia 2010 do 13 grudnia 2010 r. Na rozprawie Zamawiający powołał się na brak akredytacji laboratorium badawczego nr AB 1044 „EKO-KOMPLEKS" J. Fidrysiak, J. Budzinska sp. j. z siedzibą w Rzgowie na przeprowadzenie badań skuteczności oczyszczania ścieków przydomowych oczyszczalni ścieków zgodnie z

normą PN-EN 12566-3+A1:2009, jednak nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że również laboratorium nr AB 832, które przeprowadzało takie badania na potrzeby wybranego wykonawcy, nie posiada takiej akredytacji. W tym przypadku okazało się, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie bezpodstawnie twierdził, wyłącznie na podstawie nazw dokumentów i zestawienia dat wynikających z protokołu badawczego przedstawionego przez wybranego wykonawcę, że jednostka notyfikowana TUV SUD Czech sama przeprowadziła badania skuteczności oczyszczania ścieków. W istocie Zamawiający, ani powołany przez niego biegły, nie mogli merytorycznie porównać dokumentów wymienionych w pkt 3-4 *Wyniki i cena badań* w protokołach badawczych Odwołującego i wybranego wykonawcy, gdyż nie dysponowali tymi dokumentami. Zamawiający nie wykazał, że uwzględnienie wyników badań prowadzonych przez laboratorium AB 1044 odbyło się z naruszeniem regulacji obowiązującego prawa, zarówno krajowego, jak i unijnego, czy też jest niezgodne z PN-EN 12566-3+A1. Izba nie uwzględniła jako wniosku dowodowego zawartego w odpowiedzi na odwołanie wniosku *o załączenie do akt niniejszego postępowania, akt postępowania przed KIO 1343/11 i dopuszczenie dowodu z zawartej w tych aktach opinii Pani Anny Biel – Biegłego Kierownika Ośrodka Normalizacji, późniejszego Sekretarza Komitetu Technicznego Polskiego Komitetu Normalizacji ds. Wodociągów i Kanalizacji na okoliczność oceny wypełnienia normy PN-EN 12566-3+A1:2009 przez biologiczne oczyszczalnie ścieków typu POŚ-KA oferowanych przez Odwołującego.* Z uzasadnienia wyroku z 5 lipca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1343/12 wynika, że była to opinia biegłego powołanego przez innego zamawiającego na potrzeby innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z ogólnikowo i lakonicznie sformułowanej tezy dowodowej nie wiadomo w jaki sposób mogłaby mieć ona znaczenie dla rozstrzyganej sprawy odwoławczej. W ocenie Izby jeżeli Zamawiający zainteresowany był przeprowadzeniem takiego dowodu, to winien treść tego dokumentu uzyskać i złożyć w toku postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o

udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: ……..