

WYROK
z dnia 16 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Henryk Kamiński, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy KRYZA-PLAST, ul. Fitelberga 54, 43-195 Mikołów-Mokre,** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Pietrowice Wielkie, ul. Szkolna 5, 47-480 Pietrowice Wielkie,**

przy udziale wykonawcy **LBF Sp. z o.o., Pawłów, ul. Spółdzielcza 10, 47-480 Pietrowice Wielkie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Henryk Kamiński, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy KRYZA-PLAST, ul. Fitelberga 54, 43-195 Mikołów-Mokre i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Henryk Kamiński, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy KRYZA-PLAST, ul. Fitelberga 54, 43-195 Mikołów-Mokre, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Henryk Kamiński, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Wielobranżowy KRYZA-PLAST, ul. Fitelberga 54, 43-195 Mikołów-Mokre na rzecz Gminy Pietrowice Wielkie, ul. Szkolna 5, 47-480 Pietrowice Wielkie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Pietrowice Wielkie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, których przedmiotem jest: „Zaprojektowanie, dostawa, montaż i uruchomienie Przydomowych Biologicznych Oczyszczalni Ścieków w Gminie Pietrowice Wielkie”.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (w skrócie „Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 czerwca 2012 r., pozycja 192212.

Odwołujący wniósł, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp, odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 29 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia ofert niespełniających wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (w skrócie „SIWZ”) oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto, wniósł o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego (zwrot kosztów) oraz dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że ma interes *prawny* we wniesieniu odwołania, oferta jego zawiera cenę o 1,7 mln zł niższą od oferty wybranej. W przypadku nie odrzucenia oferty odwołującego, oferta ta byłaby najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący podał, co następuje.

Zamawiający pismami z dnia 27 lipca 2012 r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę LBF Sp. z o.o. z siedzibą w Pawłowie.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. niezgodność oferty z SIWZ. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty podał pięć przyczyn z powodu, których, zdaniem zamawiającego, oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że wszystkie podane przez zamawiającego przyczyny odrzucenia oferty nie zaistniały. Na uzasadnienie stanowiska przedstawił:

1. Zamawiający odrzucając ofertę stwierdził, że odwołujący w załączonej do wyjaśnień instrukcji montażu i uruchomienia na stronie 1, 7 i 8 podał, iż elektrozawory „znajdują się w szafce sterowniczej”, podczas gdy zamawiający opisał w SIWZ, że nie dopuszcza stosowania elektrozaworów w szafce sterowniczej. Odwołujący uznał, że zamawiający nie zapoznał się z dokumentami i oświadczeniami załączonymi do wyjaśnień. Producent oczyszczalni oferowanych przez odwołującego oświadczył, że elektrozawory („rozdzielacze powietrza” według tłumaczenia przysięgłego) są w zbiornikach oraz, że są montowane we wnętrzu kontenera (zbiornika) w gazoszczelnej obudowie z tworzywa sztucznego. Tłumaczenie oświadczenia producenta przez tłumacza przysięgłego zawiera niedokładność polegającą na braku części zdania brzmiącej w oryginale „im Behälter montiert wird”, czyli „są montowane w zbiorniku” - niemniej jednak punkt 6 oświadczenia producenta zatytułowany jest i przetłumaczony dokładnie „zawór powietrza w zbiorniku” (a nie „zawór w skrzynce sterowniczej”), nadto niedokładność tłumaczenia nie może być uznana za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający odwołał się wyłącznie do treści instrukcji montażu, która standardowo przewiduje montaż elektrozaworów poza zbiornikiem. Jak, jednakże wynika z oświadczenia producenta, oferowany produkt jest wyposażony w zawór nadający się do montażu wewnątrz zbiornika, wobec czego brak podstaw do twierdzenia, iż zachodzi niezgodność oferty z SIWZ w tym zakresie.

Dowód: wyjaśnienie złożone przez odwołującego w dniu 23 lipca 2012 r. wraz z oświadczeniem producenta oczyszczalni - UTP umwelttechnik GmbH w wersji oryginalnej i przetłumaczonej na język polski.

2. Zamawiający zarzucił, że odwołujący nie przedłożył żądanego pełnego raportu z badań dla konkretnego typoszeregu. Wymóg SIWZ jest następujący (Rozdział II pkt 1 ppkt 1): „wymaga się, aby oferta zawierała pełny raport badań PBOŚ potwierdzający zgodność produktu z normą PN-EN 12566- 3+A 1:2009, załącznik B - procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską, wydawaną dla konkretnego typoszeregu urządzeń”. Opisany wymóg zamawiający rozumie w ten sposób, że, po pierwsze, „pełny raport” to raport „jeden i kompletny”, czyli nie może to być kilka raportów częściowych, jednoznaczności i „oczywistości” sformułowania takiego wymogu zamawiający upatruje w użyciu liczby pojedynczej słowa „raport” w SIWZ; po drugie, zamawiający zdaje się utożsamiać badanie dla „konkretnego typoszeregu”, z badaniem dla „konkretnego typu”, czy też modelu, co najwyraźniej świadczy o niezrozumieniu przez zamawiającego nomenklatury, którą posługuje się w SIWZ. Typoszereg, to zgodnie ze słownikiem języka polskiego „szereg wymiarowy wyrobów określonego rodzaju”, czyli pojęcie związane z klasyfikacją rodzajową i jakościową oraz zamiennością wymiarową i funkcjonalną przedmiotów. Innymi słowy, „typoszereg” to zbiór przedmiotów należących do tego samego rodzaju i pełniących tę samą funkcję, ale

różniących się parametrami, nie zaś rzecz oznaczona co do tożsamości, posiadająca jednoznacznie zdefiniowane parametry, np. wymiary. W przypadku pojęcia „przydomowej oczyszczalni ścieków” typoszereg obejmuje oczyszczalnie przydomowe dla gospodarstw domowych obejmujących od czterech do pięćdziesięciu osób. Zatem, oczywistym jest, że zmiana jednego parametru (tu: liczby osób) będzie odpowiednio wpływała na inne parametry konkretnego wyrobu. Aby przedłożyć badanie dla „całego” typoszeregu, musiałoby ono obejmować wszystkie możliwe konfiguracje parametrów produktu w typoszeregu. Takich badań się nie przeprowadza, z uwagi na ich kosztowność, czasochłonność i bezcelowość - badanie jednego typu produktu powinno trwać około 48 tygodni, zaś zestaw parametrów podlegających badaniu umożliwia odniesienie wyników badania konkretnego produktu do danego typoszeregu, w których produkt ów się znajduje. Zatem, skoro badanie „dla konkretnego typoszeregu” nie zawsze będzie wykonane na produkcie o identycznych parametrach, to bez znaczenia dla prawidłowości badania pozostają różnice parametrów, o ile mieszczą się one w typoszeregu, czyli w rodzaju parametrów przewidzianych w tym zbiorze. W analizowanym przypadku katalog rodzajów parametrów określa Polska Norma, z którą zgodność miała podlegać badaniu. Norma ta dotyczy oczyszczalni ze zbiornikami wykonanymi z betonu, stali, PVC, polietylenu (PE), polipropylenu (PP) oraz poliestru wzmocnionego włóknem szklanym (GRP-UP). Zatem, nie ma znaczenia, że odwołujący przedłożył raporty dotyczące produktu betonowego klarofix® D „trzykomorowego o odmiennej budowie, pojemności i konstrukcji”. Raport z badań przeprowadzonych na zbiorniku betonowym odnosił się do funkcjonalności oczyszczalni, a nie do wytrzymałości materiałowej, zaś fakt, że badanie przeprowadzono na prototypie betonowym, nie wpływa na wiarygodność i miarodajność jego wyników. W wyjaśnieniach z dnia 23.07.2012 r. odwołujący wskazał, że sprawdzenie wydajności zbiornika jest niezależne od materiału zbiornika, jak również, że przeniesienie wyników na serię ze zbiornikami polietylenowymi jest możliwe, co zostało potwierdzone przez instytut kontrolny NB PIA Aachen.

Dowód: wyjaśnienia odwołującego z dnia 23.07.2012 r. wraz z załącznikiem nr 2.

Zamawiający w sposób ewidentny pomylił pojęcia stwierdzając, że raporty badań mają dotyczyć „konkretnego typoszeregu produktu będącego przedmiotem oferty, tj. klärofix® 4000 PE” i, że odwołujący nie przedłożył pełnego raportu z badań tegoż „konkretnego typoszeregu produktu będącego przedmiotem oferty”. Otóż przedmiotem oferty nie jest „typoszereg produktu”, tylko produkt; klärofix® 4000 PE nie jest typoszeregiem, a badania dla typoszeregu nie są badaniami dla produktu klärofix® 4000 PE. Wymaganie, aby wykonawca przedłożył raport z badań dla typoszeregu rozumianych, jako badania konkretnego typu są równoznaczne z wymaganiami, aby wykonawca zaoferował konkretny produkt konkretnego producenta, co stanowi nadużycie i naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2 oraz ust. 3 ustawy. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, że z najwyższym

prawdopodobieństwem zamawiający określił wymogi, co do produktu w SIWZ w oparciu o konkretne badanie konkretnego typu, a mianowicie badanie PBOŚ, której producentem jest firma Kessel. Mówiąc dobitniej, najpierw musiał powstać raport z badania PBOŚ firmy Kessel, a dopiero potem, na jego podstawie, specyfikacja wraz z opisem wymogów w zakresie badań, gdyż kolejność odwrotna jest praktycznie niemożliwa, gdy wymaganie badań dla typoszeregu produktów utożsamia się z badaniem dla konkretnego produktu. Wniosek taki potwierdza fakt, że wszystkie spośród ofert nieodrzuconych, zawierały produkt w postaci oczyszczalni produkcji firmy Kessel, która specjalizuje się w produkcji oczyszczalni w postaci gotowej (kompletnej) i wyłącznie z tej przyczyny dysponuje raportem z badania oczyszczalni zawartym „w jednym dokumencie” i odnoszącym się dokładnie do takich parametrów, jakich żądał zamawiający. A zatem, jedyną możliwością spełnienia oczekiwań zamawiającego w zakresie raportu z badań, było przedłożenie raportu dotyczącego produktu konkretnej marki. Odwołujący podkreślił, że twierdzenie, iż „pełny raport” to „jeden raport”, jest pozbawione podstawy. Raport pełny, to raport obejmujący wyniki badań wszystkich parametrów badanych w celu ustalenia zgodności produktu z normą czy wymogami. Technika utrwalenia raportu, tj. wykonanie go, jako jednego dokumentu opisującego poszczególne parametry lub kilku dokumentów opisujących osobno te same parametry, nie ma żadnego wpływu na jego „pełność i kompletność”. Podobnie, jak wskazany przez zamawiającego fragment normy wskazujący, że oczyszczalnia podlega badaniu jako całość, nie oznacza wymogu sporządzania jednego raportu w odniesieniu do jednego modelu oczyszczalni, lecz wymóg poddania badaniu kompletnego urządzenia w celu zweryfikowania danego parametru (np. wydajności czy wytrzymałości). Innymi słowy, nie bada się komponentu oczyszczalni, lecz kompletne urządzenie, co nie ma nic wspólnego z jednym raportem.

3. Podobne uwagi jak te zamieszczone w pkt 2 powyżej, odnoszą się do trzeciego z zarzutów powołanych przez zamawiającego na uzasadnienie odrzucenia oferty. W zarzucie tym zamawiający wskazał na „rozbieżność wielkości (parametrów) opisujących przedmiot zamówienia w SIWZ z wielkościami przedstawionymi w ofercie wykonawcy”. Rozbieżność ta ma wynikać z treści raportu dotyczącego kontroli stabilności zgodnie z normą EN 12566-2 C.3.1 zbiornika polietylenowego serii produktowej klärofix®4000PE, w którym to raporcie odwołano się do zbiornika o grubości ścianek 8 mm, objętości 3900 l oraz głębokości zabudowy zbiornika 2,55 m od dna zbiornika. W wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę bez żadnych wątpliwości zawarto oświadczenie, iż oferowany produkt ma parametry opisane w SIWZ, tj. grubość ścian 10 mm, pojemność całkowitą zbiornika 4500 l oraz dopuszczalną głębokość zabudowy zbiornika do 5 m. Wykonawca w żadnym punkcie oferty nie opisał przedmiotu oferty przez odniesienie się do raportu wymieniającego inne parametry. Na raport ten powołano się w celu wykazania żądanej zgodności z normą pod względem

stabilności - przy czym ponownie należy podkreślić, iż badanie dotyczyło typoszeregu, a nie typu/modelu. Instytut badawczy także i w tym przypadku potwierdził dopuszczalność rozszerzenia wyniku badań, wskazując, że parametr 8 mm jest najmniej korzystnym, czyli najłabszym parametrem. Zatem, skoro wymogi normy spełnia zbiornik o grubości 8 mm, to również spełniać je będzie zbiornik o grubości ścian 10 mm. Dla oceny zgodności z normą nie ma natomiast znaczenia pojemność i głębokość zabudowy (nota bene pojemność użytkowa 3900 l jest tożsama z pojemnością całkowitą 4500 l).

Dowód: wyjaśnienia wykonawcy z dnia 27.07.2012 r. wraz z załącznikiem nr 1. Wobec powyższego należy stwierdzić, że nie zaistniała żadna „rozbieżność” w opisie przedmiotu w SIWZ z opisem w ofercie, jak również nie doszło do zmiany oferty.

4. Zamawiający stwierdził, jakoby „z dokumentów przedłożonych w ofercie nie wynika, że oferowane oczyszczalnie pracują w technologii SBR”, czyli że są sekwencyjnymi reaktorami biologicznymi. Twierdzenie to jest wprost sprzeczne z treścią dokumentów przedłożonych wraz z ofertą i wyjaśnieniami - w tym raportem PIA 2008-074B36, rysunkami oraz instrukcją, które zawierają wyraźną informację, iż oczyszczalnie działają w technologii SBR.

Dowód: raport PIA 2008-074B36, wyjaśnienia wykonawcy z dnia 27.07.2012 r., instrukcja montażu i obsługi oczyszczalni.

5. Jako ostatni punkt mający uzasadniać odrzucenie oferty z powodu niezgodności z SIWZ, zamawiający wskazał „brak w ofercie wykonawcy instrukcji zabudowy, obsługi i montażu dla oferowanej oczyszczalni”. Brak ten miał polegać na tym, że w przedłożonej instrukcji (zamawiający przyznał, że została przedłożona) zamiast nazwy handlowej „klarofix@4000PE” użyto nazwy handlowej „ecoklar hydrocontrol”. Tymczasem przedłożona instrukcja dotyczy właśnie produktu będącego przedmiotem oferty i użycie w niej innej nazwy takiego samego, tak samo działającego, montowanego i obsługiwanego produktu nie może być traktowane, jako „brak instrukcji”. Instrukcja przywołuje normę obejmującą oczyszczalnię i nadaje się do montażu oferowanej oczyszczalni. W tym kontekście należy zauważyć, że identyczny „błąd” w odrzuconej ofercie wykonawcy „Arkop” Krzysztof Pianowski i S-ka spółka jawna (wykonawca przedłożył tę samą instrukcję), nie został przez zamawiającego wskazany wśród przyczyn odrzucenia oferty. Odwołujący przedłożył prawidłową instrukcję, odpowiednią do montażu i obsługi oferowanego wyrobu. Mając na uwadze przedstawione powyżej argumenty, odwołujący uznał, że odrzucenie jego oferty nastąpiło bezpodstawnie, gdyż nie zachodzą niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. W takiej sytuacji działanie zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i w pełni uzasadnia odwołanie.

Odwołujący ponadto zaznaczył, że zamawiający naruszył także przepisy ustawy w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż wybrał ofertę podlegającą odrzuceniu. Oferta

wykonawcy LBF Sp. z o.o. była niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ wbrew wyraźnemu wymogowi, podkreślonemu także w toku zapytań i odpowiedzi zamawiającego do SIWZ, wykonawca ten zaoferował zbiornik dzielony, podczas gdy zamawiający żądał oczyszczalni jednozbiornikowej. LBF Sp. z o.o. zaoferowała największy zbiornik, który składa się z dwóch zbiorników, co wynika z dokumentacji technicznej producenta, czyli firmy Kessel. Dokumentacja ta jest załączona do oferty LBF Sp. z o.o. Odwołujący się nie może kwestionować jednakże formalnie nieodrzućenia oferty LBF Sp. z o.o. oraz dokonania wyboru oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na ograniczenia wynikające z art. 180 ust. 2 ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Wskazał podstawy odrzucenia oferty: 1. Niewłaściwe umiejscowienie elektrozaworów; 2. Brak raportu z badań oferowanych Przydomowych Biologicznych Oczyszczalni Ścieków (PBOŚ) potwierdzającego zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A1:2009; 3. Nie spełnienie wymagań dotyczących poszczególnych parametrów oczyszczalni w zakresie minimalnej grubości ścianek oczyszczalni, minimalnej objętości zbiornika oraz głębokości zabudowy zbiornika od dna zbiornika, do której to głębokości zbiornik może być zabudowany; 4. Nie spełnienie wymogów pracy oczyszczalni w technologii SBR; 5. Brak żądanej instrukcji zabudowy, obsługi i montażu oferowanej PBOŚ.

W obszernym i szczegółowym uzasadnieniu stanowiska, przedstawił wymagania zawarte w SIWZ, w udzielonych wyjaśnieniach na pytania wykonawców oraz zmianach wprowadzonych do postanowień SIWZ w toku postępowania. Podniósł, że odwołujący składał w toku badania i oceny ofert dokumenty i wyjaśnienia producenta oferowanej oczyszczalni (wezwanie z dnia 17 lipca 2012 r., odpowiedź z dnia 23 lipca 2012 r.). Zamawiający przedstawił ocenę techniczną oferowanej oczyszczalni w stosunku do opisanych wymagań, wykazując zasadność podjętej czynności w przedmiocie odrzucenia oferty odwołującego.

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł o odrzucenie odwołania z powodu możliwego wniesienia odwołania faksem, a w razie nie potwierdzenia tej okoliczności, o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego w całości. W uzasadnieniu pisma, uczestnik postępowania przedstawił stanowisko zbieżne ze stanowiskiem zamawiającego w zakresie zasadności odrzucenia oferty odwołującego, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba uznała, że wniosek uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w przedmiocie odrzucenia odwołania na posiedzeniu, nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie w formie pisemnej.

Odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie. Odwołujący, ze względu na niższą cenę oferty od ceny oferty wybranej, spełnia przesłankę materialno prawną wniesienia odwołania, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy (interes w uzyskaniu zamówienia, możliwość poniesienia szkody przez nieuzasadnione naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy).

Izba nie uwzględniła odwołania, uznając, że przeprowadzone postępowanie dowodowe nie potwierdziło naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy*. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, jak wynika z orzecznictwa i doktryny, to m.in. niezgodność, co do zakresu świadczenia, sposobu realizacji zamówienia czy zaoferowania przedmiotu zamówienia, który nie spełnia wymagań określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Zastrzeżenie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego, przed odrzuceniem oferty, do poprawienia innych omyłek (niż wskazane w pkt 1 i 2 przepisu), polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten nie ma zastosowania w rozpoznanej sprawie.

Celem rozpoznania odwołania, w granicach zarzutów przedstawionych przez odwołującego (art. 192 ust. 7 ustawy), nie jest ustalenie, czy producent urządzeń, jest w stanie zapewnić wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu i składającemu ofertę, odpowiedni asortyment urządzeń, lecz ustalenie, czy zamawiający dokonując czynności, bądź zaniechania czynności w postępowaniu, do których jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy, nie naruszył przepisów ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp), tj. czy właściwie zbadał i ocenił ofertę odwołującego pod kątem jej zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Ze względu na wartość zamówienia (poniżej progów unijnych) rozpoznanie odwołania dotyczy wyłącznie czynności odrzucenia oferty odwołującego (art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy). Pozostałe zarzuty dotyczące czynności związanych z badaniem i oceną ofert innych wykonawców, nie podlegają rozpoznaniu, gdyż w tym zakresie odwołanie podlega odrzuceniu (art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy).

Na podstawie odwołania, odpowiedzi na odwołanie, stanowiska uczestnika postępowania, dokumentacji postępowania, wyjaśnień stron złożonych na rozprawie i zeznań świadka przesłuchanego na wniosek odwołującego, Izba ustaliła, jak niżej.

1. Niewłaściwe umiejscowienie elektrozaworów. Zamawiający opisał w SIWZ, Rozdział II, pkt 1 ppkt 5.4, że *elektrozawory muszą być umieszczone wewnątrz zbiornika oraz muszą znajdować się w hermetycznym zamknięciu lub pozostawać odizolowane od środowiska, w którym znajdują się opary ścieków*. W wyjaśnieniach treści SIWZ - pytanie i odpowiedź 37, pismo zamawiającego z dnia 18.06.2012 r., w końcowej części wyjaśnień zamawiający podał: *Zawory mają być umieszczone w zbiorniku w taki sposób, żeby była możliwość łatwego dostępu serwisowego. Zamawiający nie dopuszcza umieszczenia elektrozaworów w szafce sterującej, która zgodnie z SIWZ będzie zamontowana poza budynkiem*. Zarówno ze zdjęć wnętrza oczyszczalni, str. 45, 46 i 47 oferty, a także *wyjaśnień i potwierdzeń* producenta - z dnia 19.07.2012 r. adresowanych wprost do zamawiającego, załączonych do pisma odwołującego z dnia 23 lipca 2012 r., które jest odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z dnia 17.07.2012 r., dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy (wyjaśnienie treści oferty oraz uzupełnienie dokumentów i oświadczeń) - nie wynika, że elektrozawory umieszczone są wewnątrz zbiornika. Producent w pkt 6 pisma *Rozdzielacz powietrza w zbiorniku* oświadczył, że *rozdzielacz powietrza z siłownikiem do otwierania i zamykania podłączonych przewodów powietrznych montowany jest w gazoszczelnej obudowie z tworzywa sztucznego*. Wskazane zdjęcia, załączona instrukcja montażu i uruchomienia oraz oświadczenie, nie potwierdzają, że elektrozawory umieszczone są w zbiorniku, wskazują natomiast umieszczenie w skrzynce sterowniczej. Odwołujący fakt ten uzasadnił w odwołaniu niedokładnością w tłumaczeniu oświadczenia producenta. Wskazał również, że *Jak jednakże wynika z oświadczenia producenta, oferowany produkt jest wyposażony w zawór nadający się do montażu wewnątrz zbiornika*.

Wobec zastrzeżenia o niedopuszczeniu stosowania elektrozaworów w szafce sterowniczej, zamawiający uznał niezgodność treści oferty z SIWZ.

2. Brak Raportu badań oferowanych Przydomowych Biologicznych Oczyszczalni Ścieków (PBOŚ), potwierdzającego zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 (wytyczne Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej wobec współfinansowania zadania). Zamawiający wymagał w Rozdziale II pkt 1 ppkt 1 SIWZ, aby oferta zawierała pełny raport badań PBOŚ potwierdzający zgodność produktu z normą PN-EN 12566-3+A1:2009, załącznik B-procedura badania skuteczności oczyszczania, wystawiony przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską, wydawaną dla konkretnego typoszeregu urządzeń.

Odwołujący przedstawił w ofercie trzy raporty: 1) Raport dotyczący kontroli stabilności zgodnie z [normą] EN 12566-2 C.3.1 zbiornika polietylenowego serii produktowej „klärofix® 4000 PE” (nr raportu PIA2009-ST-AT0910-1061a), z listopada 2009 r. Badanie dotyczyło sprawdzenia stabilności zbiornika indywidualnej oczyszczalni ścieków. Badaniem objęto zbiornik m.in. o: -objętości ok. 3900 litrów, -przeciętnej grubości ścianek: ok. 8 mm, -

maksymalnej głębokości zabudowy: 2,55 m od dna zbiornika do górnej krawędzi terenu; 2) Raport dotyczący kontroli wydajności oczyszczania indywidualnej oczyszczalni ścieków klärofix® D (nr raportu PIA2008-074B36), z lipca 2008 r. Celem badania było praktyczne sprawdzenie wydajności oczyszczania indywidualnej oczyszczalni ścieków typu SBR model klärofix® D. W opisie podano, że indywidualna oczyszczalnia ścieków klärofix® D produkcji utp GmbH działa według zasady SBR. Oczyszczalnia znajdowała się w trójkomorowym zbiorniku betonowym; 3) Raport dotyczący wodoszczelności zgodnie z [norma] EN 12566-2 A.2 zbiornika polietylenowego serii produktowej „klärofix® 4000 PE” (nr raportu PIA2009-WD-AT0910-1061), z listopada 2009 r.

Powyższe wskazuje, że odwołujący przedstawił trzy cząstkowe raporty dotyczące: w dwóch przypadkach zbiorników w zakresie badania stabilności i wodoszczelności oraz jeden raport dotyczący wydajności oczyszczania indywidualnej oczyszczalni ścieków typu SBR, znajdującej się w trójkomorowym zbiorniku betonowym.

Słusznie zamawiający podkreślił, że trudno zaakceptować pogląd odwołującego, iż trzy cząstkowe raporty, w tym raport dotyczący produktu betonowego klärofix® D, trzykomorowego o odmiennej budowie, pojemności komór i konstrukcji, dotyczy konkretnego typoszeregu będącego przedmiotem oferty klärofix® 4000 PE, w świetle wymaganej normy, gdzie w pkt 1 (zakres) podano, że *Przedmiotem niniejszej Normy Europejskiej są oczyszczalnie, w których wszystkie prefabrykowane elementy są montowane fabrycznie lub na miejscu przez jednego producenta oraz są badane jako całość.*

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 17.07.2012 r. do uzupełnienia oferty o pełny raport (art. 26 ust. 3 ustawy). Odwołujący nie złożył pełnego raportu, przedstawiając na wezwanie zamawiającego *wyjaśnienia i potwierdzenia* producenta z dnia 19.07.2012 r., wskazane w uzasadnieniu dotyczącym pkt 1. Producent potwierdził, że badanie wydajności oczyszczania przeprowadzono w zbiorniku betonowym. Wskazał, że przeniesienie wyników na serię produkcyjną ze zbiornikami polietylenowymi jest możliwe i zostało potwierdzone przez instytut kontrolny NB PIA Aachen (stanowisko instytutu, bez daty sporządzenia, załączono do pisma z dnia 19.08.2012 r.). Instytut Kontroli Technik Ściekowych Sp. z o.o. (tłumaczenie z języka niemieckiego) w sprawie rozszerzenia serii produkcyjnej klärofix D o zbiorniki polietylenowe podał m.in., że *W stopniu biologicznym system oczyszczania (SBR), objętość oraz obciążenie osadu bądź pomieszczeń są odpowiednie. Poziomy wód w reaktorze są zmienne, jednak w stosunku do siebie porównywalne. Pomijając niejednorodność podziału komór stopnia oczyszczania wstępnego wszystkie parametry świadczą o porównywalności. Z tego względu można wyjść z założenia, że porównywalność dotyczy również wydajności oczyszczania.*

Zamawiający uznał, że odwołujący złożył w ofercie trzy cząstkowe raporty i nie dotyczyły one oferowanego produktu, jako całości (klärofix® 4000 PE), zgodnie z przywołaną

normą.

3. Nie spełnienie wymagań dotyczących poszczególnych parametrów oczyszczalni w zakresie minimalnej grubości ścianek oczyszczalni, minimalnej objętości zbiornika oraz głębokości zabudowy zbiornika od dna zbiornika, do której to głębokości zbiornik może być zabudowany. Zamawiający wymagał w SIWZ w Rozdziale II pkt 1 ppkt 5, 6, 7, 8 (Szczegółowe wymagania techniczne) całkowitej, minimalnej pojemności zbiornika od 4500 litra do 9500 litra (w zależności od RLM), wytrzymałości i pozostałych parametrów zbiornika zapewniających możliwość montażu na głębokości do 5 m, bez konieczności stosowania dodatkowych płyt i elementów odciążających oraz minimalnej grubości ścianek 10 mm.

W treści raportu dotyczącego kontroli stabilności (str. 52 oferty) zbiornika polietylenowego serii produktowej „klärofix® 4000 PE” wskazano, że parametry badanego zbiornika wynoszą: przeciętna grubość ścianek: ok. 8 mm, objętość zbiornika ok. 3900 litrów, maksymalna głębokość zabudowy zbiornika 2,55 m od dna zbiornika do górnej krawędzi. Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 17 lipca 2012 r. do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie. W załączonych do pisma z dnia 23 lipca 2012 r. wyjaśnieniach producenta (pkt 3) podano, że ten sam zbiornik posiada grubość 10 mm, pojemność 4,5 m³ i może być zamontowany na głębokości maksymalnie 5 m. Odwołujący załączył do wyjaśnień zwymiarowany rysunek oferowanej oczyszczalni, który jest tożsamy z rysunkiem stanowiącym załącznik do raportu dotyczącego kontroli stabilności (str. 60 oferty).

Zamawiający uznał, że odwołujący potwierdził fakt, że zaoferowana oczyszczalnia zabudowana jest w zbiorniku, którego parametry zostały opisane w raporcie dotyczącym kontroli stabilności, które jednak nie są zgodne z parametrami wymaganymi przez zamawiającego, natomiast wyjaśnienia producenta oferujące inne parametry niż przedstawione w ofercie, prowadzą do zmiany treści oferty, niedopuszczalnej w świetle art. 87 ust. 1 Pzp.

4. Nie spełnienie wymogów pracy oczyszczalni w technologii SBR. Zamawiający w Rozdziale II pkt 1 ppkt 5.1 SIWZ dopuścił wyłącznie oczyszczalnie będące sekwencyjnymi reaktorami biologicznymi. Potwierdzenie wymogu miało wynikać z raportu wydanego przez laboratorium notyfikowane przez Komisję Europejską, lub z dokumentacji technicznej produktu wydanej przez niezależną instytucję badawczą. W ofercie nie zamieszczono pełnego raportu badań PBOŚ, potwierdzającego zgodność produktu z normą, z którego mógł wynikać system pracy SBR. Mimo wskazania braku w wezwaniu zamawiającego, odwołujący nie załączył dokumentacji technicznej produktu wydanej przez niezależną instytucję badawczą, potwierdzającej system SBR. Z częściowych raportów zamieszczonych w ofercie, wynika, że system SBR wskazano jedynie w raporcie dotyczącym kontroli wydajności oczyszczania indywidualnej oczyszczalni ścieków klärofix®D. W opisie podano, że indywidualna oczyszczalnia ścieków klärofix® D produkcji

utp GmbH działa według zasady SBR. Oczyszczalnia znajdowała się w trójkomorowym zbiorniku betonowym. Brak potwierdzenia w sposób opisany w SIWZ wymaganego systemu SBR, stanowi o niezgodności treści oferty z SIWZ. Fakt zamieszczenia oznaczenia SBR na dokumentach producenta, nie stanowi dowodu, w rozumieniu SIWZ, potwierdzającego działania oferowanej oczyszczalni w wymaganym systemie.

5. Brak żądanej instrukcji zabudowy, obsługi i montażu oferowanej PBOŚ.

Wymóg załączenia do oferty *Instrukcji zabudowy, obsługi i montażu oraz rzutów zbiornika oczyszczalni* został zamieszczony w SIWZ, zmienionej pismem z dnia 19 czerwca 2012 r. Na wezwanie zamawiającego z dnia 17 lipca 2012 r. do uzupełnienia brakującego dokumentu, w odpowiedzi z dnia 23 lipca 2012 r. odwołujący załączył *Instrukcję montażu i uruchomienia* dotyczącą oczyszczalni ecoklar hydrocontrol® wydaną dla Ecoventis Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie. Instrukcja dotyczy oczyszczalni ścieków tego samego producenta, jednak nie oczyszczalni oferowanej przez odwołującego, nie stanowi instrukcji w rozumieniu SIWZ, zmienionej pismem z dnia 19 czerwca 2012 r. Świadek Krzysztof Pelc potwierdził w zeznaniach, że odwołujący nie zwracał się do producenta o instrukcję zabudowy, obsługi i montażu oferowanej PBOŚ.

Oceniając materiał dowodowy, Izba miała na uwadze, że SIWZ jest jednym z najważniejszych dokumentów opisującym wymagania w zakresie przygotowania i złożenia ofert przez wykonawców. Wykonawcom przysługuje prawo, a zamawiającego obciąża obowiązek - zadawania pytań i udzielania wyjaśnień w odpowiednim czasie, dotyczących treści SIWZ (art. 38 ust. 1 i 2 Pzp). Zamawiający uprawniony jest też do zmiany SIWZ w okolicznościach wskazanych w przepisie art. 38 ust. 4 Pzp. W prowadzonym postępowaniu wykonawcy zadali wiele pytań uzyskując wyjaśnienia zamawiającego, a także zamawiający dokonał zmiany SIWZ. Zatem, wykonawca przystępujący do postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany był złożyć ofertę, której treści odpowiada treści SIWZ i zgodnej z wyspecyfikowanymi wymaganiami zamawiającego. Czynność zamawiającego odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oceniana jest również w aspekcie obowiązkowego zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo złożyli oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w określonym terminie, chyba, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis ust. 4 artykułu zobowiązuje zamawiającego do żądania wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów. Przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Zamawiający wzywał odwołującego pismem z dnia 17 lipca 2012 r. na podstawie wskazanego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, do złożenia -pełnego raportu, o którym mowa w Rozdziale I pkt 2 ppkt 2.1.1 SIWZ, z którego powinno wynikać, że oczyszczalnię stanowi sekwencyjny reaktor biologiczny, a w razie braku takiej informacji, należało złożyć -dokumentację techniczną produktu wydaną przez niezależną instytucję badawczą, z której będzie wynikało, że oczyszczalnię stanowi sekwencyjny reaktor biologiczny (SBR), wezwano także do złożenia -instrukcji zabudowy, obsługi i montażu oraz rzutów zbiornika oczyszczalni; zamawiający wskazał podstawę żądania w odpowiednich postanowieniach SIWZ. Wezwanie dotyczyło również złożenia wyjaśnień, ewentualne potwierdzenia faktu zgodności oferowanego produktu z wymogami technicznymi, wskazanymi w piśmie, w tym umiejscowienie elektrozaworów.

Zaoferowanie elektrozaworu, gdy załączone do oferty i złożone dokumenty uzupełniające wskazują odmienne jego umiejscowienie niż wymagał zamawiający, nie może być uznane, jako zgodne z SIWZ. Faktu tego nie może uzasadnić niedokładność w tłumaczeniu oświadczenia producenta, jak również twierdzenie, że produkt jest wyposażony w zawór nadający się do montażu wewnątrz zbiornika. Wykonawca był zobowiązany do zaoferowania oczyszczalni z elektrozaworem znajdującym się w zbiorniku, bez odmiennej opcji.

Raporty cząstkowe, złożone w zastępstwie raportu opisanego w SIWZ, z którego miało wynikać potwierdzenie wymaganych parametrów oczyszczalni odpowiednimi badaniami, nie dotyczyły oferowanej oczyszczalni klärofix® 4000 PE, jako całości. Badano dwa zbiorniki oczyszczalni oferowanych przez odwołującego, w raportach nie podano, że działają w technologii SBR. Przy czym dla dokonania kontroli stabilności badaniem objęto zbiornik m.in. o: -objętości ok. 3900 litrów, -przeciętnej grubości ścianek: ok. 8 mm, -maksymalnej głębokości zabudowy: 2,55 m od dna zbiornika do górnej krawędzi terenu, nie odpowiadający parametrom oczyszczalni wymaganym przez zamawiającego. Trzecie badanie dotyczyło oczyszczalni w trójkomorowym zbiorniku betonowym klärofix® D, i w tym raporcie wskazano technologię SBR. Możliwość przeniesienia wyników wydajności oczyszczania na serię produkcyjną ze zbiornikami polietylenowymi została przedstawiona, wyłącznie jako efekt założenia, że z względu na porównywalność parametrów, można przyjąć porównywalność wydajności oczyszczania, pomimo niejednorodności podziału komór stopnia oczyszczania wstępnego.

Zamawiający wymagał dołączenia do oferty odpowiedniej dokumentacji, jeżeli z raportu nie wynika stosowanie technologii SBR. Z jednego tylko raportu dotyczącego zbiornika betonowego wynika technologia SBR. Zatem, brak potwierdzenia wskazanej technologii wymaganą dokumentacją, powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Zaoferowana instrukcja montażu i uruchomienia dotycząca oczyszczalni ecoklar

hydrocontrol® wydana dla Ecoventis Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie (uzupełniona na wezwanie zamawiającego z dnia 17 lipca 2012 r.) dotyczy oczyszczalni ścieków tego samego producenta, jednak nie oczyszczalni oferowanej przez odwołującego, nie stanowi instrukcji w rozumieniu SIWZ zmienionej pismem z dnia 19 czerwca 2012 r. Świadek potwierdził składając zeznania, że odwołujący nie zwracał się do producenta o instrukcję zabudowy, obsługi i montażu oferowanej PBPOŚ (dla tego produktu).

Izba podziela stanowisko zamawiającego znajdujące potwierdzenie w orzecznictwie KIO, m.in. w wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 991/12, KIO 1003/12, co do obowiązku wykonawcy *opisania nie jakichkolwiek urzędzeń, lecz urzędzeń proponowanych, czyli takich, jakie wykonawca zamierza dostarczyć zamawiającemu.*

Na podstawie dokonanych ustaleń, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 2 i 3 (ostatnie przepisy dotyczą opisu przedmiotu zamówienia) Pzp, przez uznanie, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, ustalenie stanu faktycznego sprawy nie wymagało wiadomości specjalnych (art. 190 ust. 4 Pzp).

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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

Przewodniczący: