

Sygn. akt: KIO 424/15

WYROK
z dnia 13 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2015 r. przez wykonawcę K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KB-INSTALACJE K. B. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Goszczanów w Goszczanowie, przy udziale wykonawcy Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy inż. Z. D. w Lipnie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KB-INSTALACJE K. B. w Łodzi i: zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr [słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą KB-INSTALACJE K. B. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Sieradzu.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 424/15

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Gmina Goszczanów w Goszczanowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Budowa biologicznych przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Goszczanów -173 sztuki”*. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie, odrzucając zarazem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ofertę złożoną przez Odwołującego. W uzasadnieniu czynności Zamawiający podał, że uznał ofertę za niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia [SIWZ], wskazując, że: *„zgodnie z wymaganiami zawartymi w Rozdziale III SIWZ Wykonawca [pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów] pełnego raportu [wraz z wszystkimi załącznikami] z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1:2009. Brakuje najważniejszych z nich, a mianowicie protokołu z badań skuteczności oczyszczania na czas wykonywania badań tj. przed 22.12.2011 – datą wydania protokołu głównego”*.

III. Odwołujący złożył odwołanie wobec odrzucenia własnej oferty, zarzucając naruszenie przepisów art. 7 ust 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Usługowo Handlowy inż. Z. D. w Lipnie, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej oceny złożonych ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że podstawą prawną czynności odrzucenia oferty był art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, stanowiący, że Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli *treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Pierwsza część przytoczonego przepisu zawiera dyspozycję dla Zamawiającego, dotyczącą nakazu odrzucenia oferty w przypadku zaistnienia określonych okoliczności, to jest stwierdzenie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Takie skonstruowanie przez Ustawodawcę przepisu prawnego, odsyła do SIWZ, która jest podstawą przeprowadzanego postępowania przetargowego oraz jest podstawą sporządzenia oferty, której treść musi być zgodna z SIWZ. Obowiązkiem Zamawiającego, po dokonaniu analizy podmiotowej wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym, jest dokonanie analizy złożonych ofert. Istotnym faktem jest jednak, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, stanowi nie o całej ofercie, ale o jej treści. Ustawodawca wprowadził rozróżnienia dwóch pojęć tj. oferty oraz treści oferty.

Należy przede wszystkim ustalić, czym jest treść oferty, bo tylko oferta, której treść jest zgodna z treścią SIWZ podlega badaniu i jest brana pod uwagę przy ocenie ofert. W ustawie nie znajdujemy definicji legalnej pojęcia *treść oferty*, więc wobec jej braku, zgodnie z art. 14 ustawy, należy odwołać się do przepisów Kodeksu Cywilnego [KC]. Zgodnie z art. 66 § 1 KC, *„oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”*. Zatem ta część oferty złożonej w postępowaniu przetargowym, która zawiera w sobie podstawowe, istotne warunki przyszłej umowy, jest treścią tej oferty.

Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać zamierzony efekt i oczekuje od wykonawcy, który złoży najkorzystniejszą ofertę, że ten efekt zostanie osiągnięty. Celem przedmiotowego postępowania przetargowego przeprowadzonego przez Zamawiającego było podpisanie umowy o roboty budowlane zgodnie z art. 647 KC, który to przepis stanowi *„przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”*. W związku z powyższym essentialia negotii przyszłej umowy, jak i złożonej oferty, to wszystkie elementy związane z oddaniem do użytku przewidzianego w SIWZ i przyszłej umowie obiektu. Przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy spełni się wtedy, gdy świadczenie zaproponowane przez wykonawcę nie będzie gwarantowało wykonania przedmiotu umowy oczekiwanego przez Zamawiającego. W orzeczeniach KIO dotyczących interpretacji przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy wskazuje się, że aby móc mówić o zaistnieniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, trzeba udowodnić niezgodność świadczenia zaproponowanego przez wykonawcę z świadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. W wyroku z dnia 8.01.2013 r. o sygn. akt KIO 2707/12 Izba stwierdziła *„Na wstępie zasadne jest wskazanie, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić wtedy, gdy przedmiot zaofferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom”*

Przekładając powyższe rozważania na sytuację zaistniałą w przedmiotowym postępowaniu przetargowym należy dokonać w pierwszej kolejności analizy zapisów SIWZ,

odnoszących się do treści oferty, w zakresie wykazania przez każdego wykonawcę, że proponowany przez niego produkt, przydomowa oczyszczalnia, jest zgodna z normą PN-EN 12566-3+A1:2009. Zamawiający w rozdziale III SIWZ wymagał aby „każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia dołączył do oferty, pełne raporty [wraz z wszystkimi załącznikami] z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1: 2009 dla reprezentatywnego modelu z rodziny urządzeń produkowanych przez producenta dotyczące oferowanych urządzeń oczyszczalni.”. Zamawiający chcąc mieć pewność, że zakres świadczenia proponowany przez wykonawcę składającego ofertę jest zgodny z jego wymaganiami dotyczącymi przedmiotu przyszłej umowy, żądał złożenia:

- 1) pełnego raportu, tzn. wraz z załącznikami,
- 2) raportu, który powinien być wystawiony przez jednostkę notyfikowaną,
- 3) raportu, dotyczącego proponowanych przez danego wykonawcę oczyszczalni.

Ważne w przedmiotowej sytuacji jest również ustalenie celu składania wymaganego raportu. Przedmiotowy raport miał potwierdzać spełnienie, przez proponowane urządzenia-oczyszczalnie, wymagań/parametrów określonych przez normę PN-EN 12566-3+A1:2009. Żadnych więcej wymagań Zamawiający w tym zakresie nie określił.

Odwołujący w swojej ofercie zaproponował oczyszczalnie ścieków typu POŚ-KA/ZB. Na potwierdzenie faktu spełnienia przez proponowane urządzenia właściwości opisanych dla normy PN-EN 12566-3+A1:2009, Odwołujący złożył Protokół z badania zgodności typu wyrobu wystawiony przez jednostkę notyfikowaną TUV SÜD Czech s.r.o. nr 1017 [str. 123 złożonej oferty]. Należy więc stwierdzić, że warunek polegający na przedstawieniu protokołu wystawionego przez jednostkę notyfikowaną został spełniony, czego Zamawiający nie negował. Dokonując dalszej analizy złożonego protokołu należy stwierdzić, że:

- protokół ten dotyczy urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego w ofercie tj. oczyszczalni ścieków typu POŚ-KA/ZB,
- protokół potwierdza zgodność dokonanych badań zgodności pod względem wymagań określonych w normie PN-EN 12566-3+A1:2009,
- producentem urządzeń/oczyszczalni poddanych badaniu jest Odwołujący.

Zgodnie z ostatnim akapitem protokołu, integralną jego częścią są wyniki badań zamieszczone w Raporcie badawczym, nr ewidencyjny 05.468.364 z dnia 13.12.2011, który to raport zawiera 4 strony. Raport ten został dołączony przez Odwołującego do oferty

[str. 124-127 złożonej oferty]. Na drugiej stronie ww. raportu [str. 125 złożonej oferty] znajdują się między innymi informacje dotyczące skuteczności oczyszczania [pierwszy akapit str. 125 złożonej oferty]. Na tej samej stronie jednostka notyfikowana w raporcie badawczym informuje, że dokonała oceny skuteczności oczyszczania między innymi na podstawie protokołu z badania ścieków surowych i oczyszczonych, a na stronie 3 tego badania [str. 126 złożonej oferty] w tabeli przedstawionej w pkt. 3.1, jednostka notyfikowana informuje, że przedłożone urządzenia spełniają wymagania w zakresie skuteczności oczyszczania a protokoły z analiz ścieków w zakresie tego badania znajdują się w załącznikach nr 1 i nr 2 do Raportu badawczego [dołączone do oferty]. W dalszej części jednostka notyfikowana stwierdza, że przedstawione do badania urządzenia/oczyszczalnie nie zawierają nieusuwalnych błędów i zaleca się wydanie producentowi Protokołu z badania zgodności, który to protokół został przedłożony w ofercie na str. 123. Na str. 4 niniejszego Raportu badawczego [str. 127 złożonej oferty], znajduje się zapis, z którego wynika, że załącznikami do niniejszego Raportu badawczego są Załączniki nr 1 i nr 2. Załączniki te zostały dołączone do oferty na str. 128 - str. 133. W tym miejscu należy również dodać, że załącznik nr 1 do Protokołu badawczego [str. 128 - str. 130 złożonej oferty], zawiera obliczenia skuteczności oczyszczania zgodnie z normą wymaganą przez Zamawiającego, na podstawie których to badań, jednostka notyfikowana w pkt. 3.1 Raportu badawczego stwierdziła, że urządzenia spełniają wymagania w zakresie skuteczności oczyszczania.

Na podstawie tych dokumentów, należy stwierdzić, że Odwołujący złożył wraz z ofertą pełny raport wraz z wszystkimi wymienionymi tam załącznikami. Raport został wykonany przez jednostkę notyfikowaną i potwierdza cel, któremu służył obowiązek jego złożenia. Potwierdza on fakt, że proponowane przez Odwołującego urządzenia/oczyszczalnie, spełniają wymagania określone przez normę PN-EN 12566-3+A1:2009. Zamawiający otrzymał wraz z ofertą wszystkie dokumenty, które żądał w SIWZ, i potwierdziły one okoliczność, na wykazanie której wykonawcy musieli te dokumenty złożyć.

Zamawiający, dokonując oceny złożonej przez Odwołującego oferty przyjął inne wymagania niż określone w SIWZ. Na podstawie tych błędnych założeń dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2, jako oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. W piśmie z dnia 26.02.2015 r. Zamawiający jako uzasadnienie faktyczne swojej czynności podał okoliczność polegającą na tym, że wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie przedstawił protokołu z badań skuteczności oczyszczania na czas wykonywania badań tj. na dzień 22.12.2011 r. Należy więc stwierdzić, że jedyną okolicznością, w rozumieniu Zamawiającego, która przesądziła o odrzuceniu oferty Odwołującego, było nie złożenie ww. protokołu badań skuteczności oczyszczania.

W dniu 09.02.2015 r., Zamawiający przesłał do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów, gdzie w pkt. 4 żądał złożenia kompletnego badania skuteczności oczyszczania oraz kopi dokumentu notyfikowania jednostki EKO-KOMPLEKS. Odwołujący w piśmie z dnia 12.02.2015 r. poinformował Zamawiającego, że pełne badania, w tym ze skuteczności oczyszczania zostały złożone wraz z ofertą, a jednostką notyfikowaną wykonującą badanie była TÜV SÜD Czech s.r.o.

Opisana sytuacja potwierdza fakt, że Zamawiający w trakcie wzywania do uzupełnień oraz w uzasadnieniu odrzucenia oferty powołuje się na dokument, którego nie żądał. W rozdziale III SIWZ, jak już było wspomniane, Zamawiający zawarł jasne żądanie. Każdy wykonawca musiał dołączyć do oferty pełny raport [wraz z wszystkimi załącznikami] z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1: 2009 dla oferowanych urządzeń oczyszczalni. Zamawiający w opisanym w SIWZ warunku nie potraktował oddzielnie i nie wymienił raportu, o którym mówi w piśmie o odrzuceniu oferty. Zamawiający wykazał się skrajną niezajomością przepisów i procedur dokonywania badań zgodności typu wyrobu, chociaż sam taki warunek sformułował. W opinii Odwołującego, Zamawiający wykracza poza treść SIWZ i żąda dokumentów tam wprost nie wskazanych. Żądał on pełnego raportu i taki otrzymał.

Gdyby Zamawiający dokonał rzetelnej oceny złożonych dokumentów wiedziałby, że dokument, który stał się jedyną podstawą czynności odrzucenia oferty znajduje się w ofercie Odwołującego. Na str. 125 oferty, tj. 2 str. Raportu badawczego, oraz na str. 126 oferty, w opisywanej już tabeli z pkt. 3.1, znajdują się wymienione dokumenty, na podstawie których wykonane zostało badanie zgodności typu. Znajdują się tam protokoły z badań wodoszczelności, obliczeń statycznych konstrukcji, badań materiału podstawowego, które to protokoły zostały dołączone do oferty na str. 134 - str. 158. W pkt. 3.1 znajduje się również przywołany protokół z badań skuteczności oczyszczania. W wierszu skuteczność oczyszczania znajduje się zapis, że protokół z analiz ścieków, czyli przedmiotowy protokół z badań skuteczności oczyszczania, stanowi załącznik nr 1 i nr 2 do Raportu badawczego, które to protokoły zostały załączone do oferty na str. 128 - str. 133. Wszystkie dokumenty zostały złożone, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i potwierdzają fakt, spełniania przez urządzenia Odwołującego wymagań określonych w przytoczonej normie PN-EN.

Zarzuty zamawiającego dotyczące oferty Odwołującego nie znajdują również oparcia w brzmieniu zapisów normy. Żądania Zamawiającego dotyczące oddzielnego raportu z badania skuteczności oczyszczania na dzień 22.12.2011 r., pomimo że taki raport Odwołujący i tak umieścił w złożonej ofercie, czyli na dzień wydania Protokołu z Badania

Zgodności Typu Wyrobu jest sprzeczny z obowiązującymi przepisami i procedurami w tym zakresie. W pkt. 9.2 pod nazwą Wstępne Badanie typu zamieszczonego w Polskiej Normie PN-EN 12566-3+A1:2009 [str. 17] stanowi, że *„wstępne badania 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 próbki i system poświadczania zgodności]”*. Zamawiający przedstawił Pełny raport, w którym jednostka notyfikowana, postępując zgodnie z przepisami w tym zakresie, przywołuje m.in. raporty z badań wykonanych przez EKO-KOMPLEKS, i przyjmuje je za wiarygodne. Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że jednostka notyfikowana popełniła jakikolwiek błąd czy, że badania wykonane przez EKO-KOMPLEKS są nie wiarygodne. EKO-KOMPLEKS jest jednostką akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji pod numerem AB 1044. Zgodnie z informacją, umieszczoną na stronie Polskiego Komitetu Normalizacyjnego „Akredytacja jest potwierdzeniem kompetencji podmiotu [jednostki certyfikującej wyroby, usługi, osoby, systemy], laboratorium [badawczego, wzorcującego, etc.], jednostki inspekcyjnej, do działań w określonym zakresie. W Polsce jedynym organem akredytacyjnym jest Polskie Centrum Akredytacji [www.pca.gov.pl]. Akredytacja w UE jest „transgraniczna”, co oznacza, że jednostka akredytowana do certyfikacji np. systemów zarządzania na zgodność z normą PN-EN ISO 9001 przez PCA, może na podstawie tej akredytacji działać w każdym państwie członkowskim UE. Akredytacja w obszarze certyfikacji dobrowolnej nie jest obowiązkowa. Wyjątkiem jest ubieganie się o notyfikację, gdzie akredytacja jest wymagana. W interesie klienta leży jednak korzystanie z usług podmiotów akredytowanych z uwagi na potwierdzenie ich kompetencji oraz nadzór nad ich działaniem sprawowany przez PCA lub inny krajowy organ akredytujący. Z obowiązujących przepisów wynika, że jednostka notyfikowana, może opierać się na badaniach przeprowadzonych wcześniej bez określenia wymogów co do podmiotu, który je wykonuje. Podmioty te nie muszą być podmiotami akredytowanymi. Warunek jest jeden. Badania muszą być wykonane w oparciu o daną normę. To jednostka notyfikowana sprawdza podmiot na badania, którego chce się powołać i bierze za to odpowiedzialność.

Jednak w przedmiotowej sytuacji badanie skuteczności oczyszczania dokonała jednostka akredytowana. W świetle tego faktu jak i w świetle obowiązujących przepisów z zakresu przeprowadzania badań i sporządzania raportów należy stwierdzić, że zachowanie Zamawiającego jest w oczywisty sposób sprzeczne z obowiązującymi przepisami.

W konsekwencji, Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie przetargowe z naruszeniem przepisów ustawy, które to naruszenia miały wpływ na wynik

postępowania. Potwierdzeniem stanowiska Odwołującego są fakty dotyczące dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, która to czynność została następnie unieważniona. Pismem z dnia 16.02.2015 r., Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania przetargowego. W piśmie tym Zamawiający jedynie powołując się na art. 93 ust. 1 ustawy powiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania podając jako uzasadnienie okoliczność, że wszystkie oferty zostały odrzucone. Zamawiający nie powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Nie podał ani uzasadnienia faktycznego ani prawnego. Jediną informacją jaką otrzymał Odwołujący, była przytoczona informacja o unieważnieniu postępowania z lakonicznym stwierdzeniem, że żadna z dwóch ofert nie spełnia społecznych oczekiwań zamawiającego i nie były one zgodne z normami i wytycznymi Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju Wsi. Takie zachowanie Zamawiającego jest rażącym naruszeniem przepisów Ustawy. Zamawiający dokonując czynności odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania, powoływał się na społeczne oczekiwania i normy oraz wymagania Ministerstwa Rolnictwa i Rozwoju wsi, które to okoliczności nie zostały uwzględnione w SIWZ jako warunek czy kryterium oceny ofert.

Brak uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności, uniemożliwiło Odwołującemu udowodnienie braku spełnienia przesłanek odrzucenia oferty, ponieważ nie miał on możliwości odniesienia się do podstaw faktycznych i prawnych a w konsekwencji sformułowania zarzutów odwołania. Takie zachowanie Zamawiającego z całą pewnością naruszało interesy Odwołującego oraz pogorszyło jego sytuację w przedmiotowym postępowaniu, przy czym ta okoliczność nie stanowi podstawy zarzutów w odwołaniu, ale ma na celu wykazanie, że Zamawiający wielokrotnie naruszał ustawę i swoim zachowaniem, niezgodnym z ustawą, doprowadził do wyboru oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą.

W dniu 19.02.2015 r. Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania czego konsekwencją była czynność z dnia 26.02.2015 r. ponownego odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący złożył ofertę w oparciu o wszystkie wytyczne i wymagania określone w SIWZ. Odwołujący złożył pełne raporty z badań wraz z wszystkimi załącznikami. Dokumenty te zostały złożone zgodnie z zapisami SIWZ oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie. Zamawiający dokonując czynności niezgodnych z ustawą i wbrew zapisom SIWZ naruszył art. 7 ust. 1 i 3 art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty wykonawcy Zakład Usługowo Handlowy inż Z. D., która to czynność wyboru została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

V. Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Z. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo-Handlowy inż. Z. D. w Lipnie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów, a w konsekwencji - uwzględnienia odwołania, Odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

[1] Po pierwsze, postępowanie dotyczy zamówienia o wartości nie przekraczającej progów, od których ustawa wymaga ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym unii Europejskiej, stąd rozpoznaniu podlegają tylko te zarzuty, od których przysługuje odwołanie. Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano natomiast, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Nie mogły więc być badane i uwzględniane te zastrzeżenia, które Odwołujący sformułował wobec oferty konkurencyjnej, uznanej za najkorzystniejszą: w świetle przywołanych wyżej przepisów nie tylko nie przysługuje w tej mierze odwołanie, ale nie zostały one podniesione też w odwołaniu.

[2] Po drugie, dla oceny czynności Zamawiającego w kontekście postawionych zarzutów kluczowe znaczenie ma wskazany w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty powód tej czynności:

„zgodnie z wymaganiami zawartymi w Rozdziale III SIWZ Wykonawca [pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów] pełnego raportu [wraz z wszystkimi załącznikami] z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1:2009. Brakuje najważniejszych z nich, a mianowicie protokołu z badań skuteczności oczyszczania na czas wykonywania badań tj. przed 22.12.2011 – datą wydania protokołu głównego”.

Zamawiający wezwał wcześniej Odwołującego do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wskazując w wezwaniu z 9 lutego 2009 r., że Odwołujący nie złożył kompletnego protokołu z badań oczyszczania ścieków.

[3] Po trzecie, postanowienie SIWZ, w treści którego Zamawiający osadził czynność odrzucenia oferty Odwołującego zostało wyartykułowane w SIWZ dwukrotnie:

- 1) w Rozdziale III SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia* jako podkreślona [wyboldowana] przez Zamawiającego uwaga o treści:

„UWAGA Do oferty należy załączyć:

1. Pełne raporty [wraz z wszystkimi załącznikami] z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1:2009 dla reprezentatywnego modelu z rodziny urządzeń produkowanych przez producenta dotyczące oferowanych urządzeń oczyszczalni”;

- 2) w załączniku do SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia*, w pkt 3 tego dokumentu:

„3. Wymaga się, aby urządzenia oczyszczalni posiadały pełne raporty [wraz z wszystkimi załącznikami] z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1: 2009 dla reprezentatywnego modelu z rodziny urządzeń produkowanych przez producenta [patrz tablica 1 str. 17 normy] w zakresie:

- a. efektywności oczyszczania dla parametrów - zgodnie z załącznikiem B normy [dla najmniejszego modelu z rodziny] i zawierać informacje według punktu B.5. Określenie właściwości podstawowych zgodnie z rozdziałem 5 i 6.3 normy;
- b. wytrzymałości konstrukcyjnej zbiorników – zgodnie z rozdziałem 6.2.1 i 6.2.2 normy [dla największego modelu z rodziny];
- c. wodoszczelności – zgodnie z załącznikiem A, rozdział 6.4 normy [dla wszystkich modeli z rodziny];
- d. trwałości materiału, z którego wykonane są zbiorniki POŚ zgodnie z rozdziałem 6.5 normy.”

Z tych postanowień literalnie wynika, że Zamawiający nałożył wyraźne i czytelne wymaganie złożenia pełnego raportu z badań, to jest obejmującego wszystkie załączniki z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1:2009. Z postanowień tych wynika w szczególności, że wymaganie dotyczące notyfikowanych przez Komisję Europejską laboratoriów odnosi się nie jedynie do wystawienia raportu, ale do przeprowadzenia badań w takich laboratoriach. W obu postanowieniach konsekwentnie mówi się „*przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską*”, co oznacza, że badania mają być przeprowadzone w takich laboratoriach, które posiadają notyfikację Komisji Europejskiej. Treść zawarta w pkt 3 Opisu przedmiotu zamówienia, precyzująca szczegółowo zakres tych badań [efektywność oczyszczania, wytrzymałość konstrukcyjną zbiorników, wodoszczelność, trwałość materiału] także została odniesiona do badań przeprowadzonych w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską. Gdyby inna miała być intencja Zamawiającego w zakresie spornych postanowień, to mówiłyby one o wystawieniu raportu z badań przez laboratorium notyfikowane a nie o przeprowadzeniu badań przez laboratorium notyfikowane. Konstrukcja postanowień SIWZ nie akcentuje więc przeprowadzenia badań zgodnie z przywołanych w nich normą, ale wymaga przeprowadzenia badań w laboratorium notyfikowanym według procedur wynikających z normy.

Przywołane postanowienia SIWZ stały się ostateczne, gdyż przed upływem terminu składania ofert nie zostały z SIWZ wyeliminowane, aktualnie więc wiążą uczestników postępowania, jak i Zamawiającego dokonującego oceny ofert. Modyfikacja SIWZ możliwa jest zaś wyłącznie do upływu terminu składania ofert [art. 38 ust. 4 ustawy]. W tej sytuacji wykonawcy składając oferty zobowiązani byli się do nich zastosować, gdyż w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, oferta podlega badaniu pod względem zgodności właśnie z SIWZ. Jeśli Odwołujący uważał, że wymaganie jest niezgodne z prawem mógł – za pomocą dostępnych

środków prawnych – podjąć starania zmierzające do wyeliminowania spornych postanowień. Wprawdzie z uwagi na wartość szacunkową postępowania w świetle art. 180 ust. 2 ustawy w tym wypadku nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania wobec tych postanowień, jednakże możliwe było skorzystanie z instytucji zawiadomienia zamawiającego o czynności niezgodnej z prawem uregulowanej w art. 181 ustawy, bądź wniosek do Zamawiającego o dobrowolną modyfikację SIWZ, co jednak nie miało miejsca. 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].

Nie sposób więc – w świetle powyższych postanowień SIWZ – przyjąć za poprawnie wykazanie tego wymagania sytuacji polegającej na tym, że w laboratoriach notyfikowanych została przeprowadzona część z badań, albo że badania te miały charakter pośredni i sprowadzały się do przedstawienia dokumentów z badań przeprowadzonych w innych jednostkach, w tym jednostkach nie notyfikowanych przez Komisję Europejską a posiadających odpowiednią akredytację.

Na rozprawie, Odwołujący zobowiązany do wypowiedzenia się w przedmiocie tego, czy jednostka notyfikowana dokonała samodzielnie badań w zakresie sprawności oczyszczania czy też opierała się na odpowiednich protokołach opracowanych przez inne podmioty podał, że: *z brzmienia raportu badawczego wynika, że jednostka notyfikowana opierała się m.in. na protokołach z badań i analiz przeprowadzonych przez różne laboratoria akredytowane stwierdzając na str. 126 raportu badawczego w podsumowaniu, że „przy badaniu nie stwierdzono nieusuwalnych niezgodności”*. Taki wniosek wynika także z lektury raportu badawczego, który wskazuje, że laboratorium notyfikowane posiłkowało się analizami i badaniami wykonanymi przez inne laboratoria, bezpośrednio nie przeprowadzając wszystkich badań. Dotyczy to wskazanych w raporcie źródeł, które posłużyły do jego wydania i które wskazano w raporcie badawczym. Ustalonym jest więc, że w analizowanej sytuacji nie wszystkie badania wykonało laboratorium notyfikowane, a zatem nie zostało spełnione wymaganie postawione w SIWZ, zgodnie z którym należało złożyć *„pełne raporty [wraz z wszystkimi załącznikami] z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1: 2009”*.

W konsekwencji, trafnym jest wniosek, że 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, po uprzednim wezwaniu do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Ponieważ pomimo prawidłowego wezwania wykonawca nie uzupełnił wymaganego dokumentu, Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ.

Tym samym, wobec potwierdzenia się tej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, czynność Zamawiającego odpowiada prawu. Nie potwierdziły się więc zarzuty naruszenia art. 7 ust 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) *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]. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania, to jest wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości „norm przepisanych”. Ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*] nie przyjął, tak jak to byłoby na gruncie kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02], zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia czy spisu kosztów, ale wymaga udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* [tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.] oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prologacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* [Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm]. Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazany nie mógł zostać zasądzony.

Skład orzekający: