

Sygn. akt: KIO 2363/12

WYROK

z dnia 13 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2012 r. przez **Odwołującego – GEO-ECO Sp. z o.o., Ul. Hurtowa 1, 62-510 Konin**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Turek, ul. Ogrodowa 4, 62-700 Turek**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: HYDRO-BUD J..... S....., WOBET-HYDRET Sp. j. C....., Tłokinia Wielka 83, 62-860 Opatówek**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – GEO-ECO Sp. z o.o., Ul. Hurtowa 1, 62-510 Konin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – GEO-ECO Sp. z o.o., Ul. Hurtowa 1, 62-510 Konin** 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koninie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Turek, ul. Ogrodowa 4 62-700 Turek (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Turek”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę mniejszą niż wyrażona w złotych równoważącą kwotę określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 września 2012 r., pod nr 344474 - 2012.

W dniu 29 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy GEO-ECO Sp. z o.o., ul. Hurtowa 1, 62-510 Konin (dalej „Odwołujący”) od czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu polegających na:

- 1) wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania,
- 3) wyborze oferty Konsorcjum „HYDRO-BUD” J..... S..... oraz „WOBER-HYDRET” sp.j. C.....

Zamawiającemu zarzucał naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo tego, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że oferowane przez Odwołującego urządzenia spełniają wymogi postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"),
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że Wykonawca nie powinien zostać z postępowania wykluczony,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum „HYDRO-BUD” J..... S..... oraz „WOBER-HYDRET” sp.j. C..... pomimo tego, że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Z uwagi na powyższe, wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 4) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum „HYDRO-BUD” J..... S..... oraz „WOBER-HYDRET” sp.j. C.....,
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że podstawą prawną korzystania z odwołania jest art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia polega na tym, że gdyby nie zaskarżona czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty, oferta Odwołującego musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą, albowiem jedynym kryterium oceny ofert jest cena, a cena zaoferowana przez Odwołującego jest najniższa.

W dniu 24 października 2012 r. Odwołujący otrzymał pismo informujące o wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający stwierdził, że: „Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, tj oferta złożona została przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawca na podstawie art. 26 ust 3 został wezwany do uzupełniania dokumentów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca dla spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych został wezwany do przedłożenia raportu z badań notyfikowanego laboratorium wystawionego dla instalacji o zbiorniku 4,0 m³ w celu wykazania, że zaproponowane instalacje przydomowych oczyszczalni spełniają normę 12566-1:2004/A1 2006. W uzupełnieniu, które wpłynęło w terminie określonym przez Zamawiającego, Wykonawca przedłożył oświadczenie producenta urządzeń firmy Delfin sp. z o.o. z siedzibą 25-852 Kielce, ul. Chorzowska 22, w którym oświadczył, że „Zgodnie z normą zharmonizowaną PN-EN ISO 12566- 1:2004/A1:2006 Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców(OLM)50- Część 1: Prefabrykowane osadniki gnilne,

notyfikowane laboratorium badawcze przyjmuje od producenta do badania jedno urządzenie typowej - najmniejszej - wielkości z całego produkowanego typoszeregu urządzeń. Po przejściu pozytywnej weryfikacji tegoż urządzenia (...), ma prawo do oznakowania znakiem CE całego typoszeregu produkowanych urządzeń, tj. w przypadku osadników gnilnych Delfin Premium - 20001, 30001, 40001, 50001 W celu dokładnego zbadania zgodności powyższego oświadczenia z normą, Zamawiający zlecił, laboratorium notyfikowanemu, które było wykonawcą raportu z przedmiotowych badań - Instytutowi Techniki Budowlanej z siedzibą w Warszawie, o odpowiedź na następujące pytania:

„ 1) Czy fakt przeprowadzenia badań, potwierdzony raportem nr LK-01355:00/2010 z dnia 12 lipca 2010 r., wykonany przez Laboratorium Konstrukcji i Elementów Budowlanych Instytutu Techniki Budowlanej, zbiornika o pojemności 30001 firmy Delfin sp. z o.o., w myśl normy PN-EN ISO 12566-1:2004/A1:2006, umożliwi stwierdzenie, że norma w zakresie wytrzymałości konstrukcji została spełniona dla zbiorników o pojemności 4000l i tym samym uprawnia do oznakowania urządzenia znakiem CE zbiorników o pojemności 4000l? Czy też, w zakresie wytrzymałości konstrukcji, może budzić to wątpliwości wymagające wyjaśnień lub dodatkowych badań?

2) Czy zgodne z normą PN-EN ISO 12566-1:2004/A1:2006 prawdziwe jest stwierdzenie: „Zgodnie z normą zharmonizowaną PN-EN ISO 12566-1:2004/A1:2006 Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców(OLM)50-Część 1: Prefabrykowane osadniki gnilne, notyfikowane laboratorium badawcze przyjmuje od producenta do badania jedno urządzenie typowej - najmniejszej - wielkości z całego produkowanego typoszeregu urządzeń”?”

W piśmie z dnia 23.10.2012 r. znak NK-05593R:02/AP/12 Instytut Techniki Budowlanej w zakresie pytania nr 1 odpowiedział m.in.:

„(...)W zleceniu nr LK-01355:00/2010 wykonano obliczenia wytrzymałości zbiorników pojemności do 30001. Zbiornik ten jest reprezentantem rodziny wyrobów o pojemności mniejszej pod warunkiem, że spełnione są wymagania definicji rodziny(...]. W przypadku zbiornika o większej pojemności (4000L) o podobnym kształcie z tego samego materiału i warunkach użytkowania, należy przeprowadzić dodatkowe badania”

Natomiast w zakresie pytania nr 2 Instytut Techniki Budowlanej odpowiedział następująco: „Zgodnie z zapisami normy PN-EN 12566-1:2000/A1:2003, pkt 7.1.2. badania wstępne typu w zakresie wytrzymałości konstrukcji wykonuje się zwykle na największym modelu (uwaga 1 do tablicy 1), który jest reprezentantem rodziny wyrobów”.

W związku z powyższym, mając na uwadze, że pomimo wezwania, Wykonawca nie wyjaśnił wątpliwości związanych z oznakowaniem zbiornika o pojemności 4000L znakiem CE oraz nie dostarczył, w terminie określonym w wezwaniu, raportu z badań zbiornika o pojemności 4000L. Zgodnie z przedmiotową normą zharmonizowaną nie można bez

wątpliwości uznać, że oświadczenie producenta, w tym konkretnym przypadku, prowadziłyby do stwierdzenia, że badanie zbiornika 3000L w zakresie wytrzymałości konstrukcji obejmuje również zbiornik 4000L, bowiem zgodnie z przytoczonymi normami rodzina produktów (typoszereg) w tym przypadku obejmuje zbiorniki 2000L i 3000L, natomiast bez dodatkowych badań nie można objąć tym typoszeregiem instalacji o zbiorniku 4000L. Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych".

Zdaniem Odwołującego z decyzją Zamawiającego nie można się zgodzić. Urządzenia oferowane przez Odwołującego spełniają wszystkie wymogi postawione w SIWZ.

Zgodnie z treścią pkt 6.16 SIWZ: „Zamawiający żąda ponadto, złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym przez niego wymaganiom. Do oferty należy załączyć:

- opisu urządzeń technicznych, instrukcję obsługi oraz opis oferowanego zbiornika oraz całego systemu w postaci szkiców technicznych zawierających wymiary.
- Zamawiający wymaga aby urządzenia oczyszczalni ścieków spełniały wymagania normy PN-EN 12566-1:2004/A1 2006 co musi być potwierdzone raportem z badań wystawionym przez notyfikowane laboratorium. Dodatkowo Zamawiający wymaga dołączenia do oferty deklaracji zgodności urządzeń oczyszczalni z normą 12566-1:2004/A1 2006 oraz poświadczenia posiadania przez urządzenia oczyszczalni znaku CE.
- Zdjęcia oferowanego systemu oczyszczania (zbiornika, tuneli)".

Lakoniczna treść pisma Instytutu Techniki Budowlanej z dnia 23 października 2012 r., które stało się podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania, wynika prawdopodobnie z nieprzedstawienia w zapytaniu do Instytutu wszystkich dokumentów dotyczących przedmiotowej sprawy. Należy podkreślić, że zgodnie z normą zharmonizowaną PN-EN 12566-1/A1:2006 małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) 50 - Część 1; Prefabrykowane osadniki gnilne, notyfikowane laboratorium badawcze przyjmuje od producenta do badania jedno urządzenie typowej wielkości, z całego produkowanego typoszeregu urządzeń.

Po przejściu pozytywnej weryfikacji tegoż urządzenia w zakresie przepustowości hydraulicznej, szczelności, wytrzymałości i trwałości materiału, z którego wykonano urządzenie producent uzyskuje certyfikat zgodności z normą i ma prawo do oznakowania znakiem CE całego typoszeregu produkowanych urządzeń, tj. w wypadku osadników gnilnych Delfin Premium - 2000l, 3000l, 4000l, 5000l.

Dowód: pismo Instytutu Techniki Budowlanej podpisane przez dra inż. K.....
K.....

W powyższym piśmie ITB mowa jest o osadnikach gnilnych dla obliczeniowej liczby mieszkańców do 50, wykonanych z polietylenu. W piśmie tym nie określa się pojemności urządzeń (3000l czy 4000l).

Ponadto, firma Delfin Sp. z o.o. oddała do badania w zakresie wytrzymałości konstrukcji osadnik 3000l jako reprezentatywny dla rodziny osadników wielkości 2000l, 3000l, 4000l i 5000l. Norma PN-EN 12566-1/A1:2006 wskazuje, iż w przypadku wytrzymałości do badania oddaje się zazwyczaj urządzenie największe, jednakże nie nakazuje bezwzględnie badania urządzenia największego w rodzinie. Wynika to również z pisma ITB z dnia 23 października 2012 r. z jego punktu 2: „Zgodnie z zapisami normy PN-EN 12566- 1:2000/A1:2003, pkt 7.1.2. badania wstępne typu w zakresie wytrzymałości konstrukcji wykonuje się zwykle na największym modelu (uwaga 1 do tablicy 1), który jest reprezentantem rodziny wyrobów”.

Firma Delfin Sp. z o.o. jako producent przedmiotowych osadników uważa, że osadnik 3000l jest reprezentatywny w zakresie badania wytrzymałości, gdyż posiada identyczny kształt co urządzenia większe w rodzinie (4000l, 5000l). Ponadto dla tych większych urządzeń producent deklaruje zastosowanie zwiększonej liczby surowca do produkcji, która przekłada się na zwiększenie grubości płaszcza urządzeń z 6 mm do 8 mm. Zgodnie z obliczeniami dokonany za pomocą programu AutoCad pozwala to na zachowanie parametrów wytrzymałości jak dla urządzeń o pojemności 3000l.

Dowód: pismo Delfin Sp. z o.o. z dnia 24 października 2012 r.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego przedstawione przez Zamawiającego dokumenty spełniają wymagania z pkt 6.16 SIWZ, albowiem z treści samej normy technicznej PN-EN 12566- 1/A1:2006, na którą powołuje się Zamawiający w SIWZ, wynika, że badaniu podlega urządzenie reprezentatywne, a nie wszystkie urządzenia z danego typoszeregu urządzeń, co zostanie wykazane na rozprawie przed składem orzekającym Krajowej Izby Odwoławczej.

Z tych względów wnoszę jak na wstępie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 29 października 2012 r.

Dnia 31 października 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w

postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

Dnia 2 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum „HYDRO-BUD” J..... S..... oraz „WOBER-HYDRET” sp.j. C.....

W dniu 9 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo pełnomocnika Odwołującego, w którym w ślad za wniesionym odwołaniem przesyłał na poparcie argumentów zawartych w odwołaniu w załączeniu przesyłał kopię pisma Delfin Sp. z, o.o. z dnia 30 października 2012 r. oraz fragment normy PN-EN 12566-1:2004/A1 (strona nr 1 i 8). Jednocześnie oświadczał, że podtrzymuje wszystkie wnioski zawarte w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izby ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w SIWZ rozdział 6 "Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu" w pkt 6.16 przewidział:

"Zamawiający żąda ponadto, złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym przez niego wymaganiom. Do oferty należy załączyć:

- a) opisu urządzeń technicznych, instrukcję obsługi oraz opis oferowanego zbiornika oraz całego systemu w postaci szkiców technicznych zawierających wymiary.
- b) Zamawiający wymaga aby urządzenia oczyszczalni ścieków spełniały wymagania normy PN-EN 12566-1:2004/A1 2006 co musi być potwierdzone raportem z badań wystawionym przez notyfikowane laboratorium. Dodatkowo Zamawiający wymaga dołączenia do oferty deklaracji zgodności urządzeń oczyszczalni z normą 12566-1:2004/A1 2006 oraz poświadczenia posiadania przez urządzenia oczyszczalni znaku CE.
- c) Zdjęcia oferowanego systemu oczyszczania (zbiornika, tuneli)".

Odwołujący zaoferował m.in. osadniki gnilne 4000l. Do oferty załączył m.in. deklarację zgodności nr 1/CE/2011, pismo Instytutu Techniki Budowlanej w sprawie potwierdzenia przeprowadzenia wstępnych badań typu do oznakowania CE w notyfikowanym laboratorium badawczym, raport z badań 1355/10/Z00NF (LK-01355:00/2010 część 1 i 2, LFS-01355:00/2010, LM-01355:00/2010).

Pismem z 5 października 2012 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo, w którym stwierdzał m.in.:

"Stosownie do art. 26 ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010r. Nr 113, poz.759 ze zmianami) Zamawiający wzywa do uzupełnienia następujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

(...)

3. Raport z badań wystawiony przez laboratorium notyfikowane i deklarację zgodności urządzeń oczyszczalni z normą 12566-1:2004/A1 2006 oraz poświadczenia posiadania przez urządzenia oczyszczalni znaku CE. Załączono Deklarację Zgodności na cały typoszereg przydomowych oczyszczalni podczas gdy raport z badań notyfikowanego laboratorium wystawiony jest dla instalacji o zbiornikach 2,0 m i 3,0m. Jednocześnie zaoferowano instalację ze zbiornikiem o pojemności 4,0m³

Wymienione (brakujące) dokumenty należy złożyć/przesłać na adres zamawiającego: Gmina Turek, ul. Ogrodowa 4, 62-700 Turek w terminie 3 dni od daty otrzymania niniejszego zawiadomienia.

Nie przedłożenie wskazanych powyżej dokumentów skutkuje wykluczeniem Wykonawcy z postępowania i odrzuceniem oferty zgodnie z art.24 ust.2 pkt 3 i ust.4 ustawy prawo zamówień publicznych".

Odwołujący w piśmie złożonym 8 października 2012 r. wskazywał, że ze złożonych dokumentów wynika, że Wykonawca spełnia postawione w SIWZ wymagania w tym zakresie, co uzasadnia argumentacja przedstawiona w piśmie producenta z dnia 5 października 2012 r. Zgodnie z przedstawioną w tym piśmie opinią (uzasadnioną treścią pkt 7.1.2. fragmentu załączonej normy EN 12566-1) producent oferowanego urządzenia ma prawo posługiwać się znakiem CE dla zainstalowanych zbiorników o pojemności 2000l, 3000l, 4000l, 5000l. Wykonawca w tym zakresie załączył do swojej odpowiedzi: raport z badań LK-01355:00/2010, pismo Instytutu Techniki Budowlanej dotyczące potwierdzenia przeprowadzania wstępnych badań typu do oznakowania CE w notyfikowanym laboratorium badawczym, pismo Delfin sp. z o.o. z 5 października 2012 r., fragmenty normy EN 12566-1, deklaracje zgodności nr 9/2011, 10/2011, 12/2011. W przedmiotowym piśmie z 5 października 2012 r. producent wyjaśniał, że zgodnie z normą zharmonizowaną PN-EN 12566-1:2004/A1:2006 Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) 50 - Część 1: Prefabrykowane osadniki gnilne, notyfikowane laboratorium badawcze

przyjmuje od producenta do badania jedno urządzenie, typowej - najmniejszej - wielkości, z całego produkowanego typoszeregu urządzeń. Po przejściu pozytywnej weryfikacji tegoż urządzenia w zakresie przepustowości hydraulicznej, pojemności nominalnej, szczelności, wytrzymałości oraz trwałości materiału, z którego wykonano urządzenie producent uzyskuje certyfikat zgodności z normą i ma prawo do oznakowania znakiem CE całego typoszeregu produkowanych urządzeń, tj. w przypadku osadników gnilnych Delfin Premium - 2000l, 3000l, 4000l i 5000l. Firma Delfin sp. z o.o. zleciła badanie notyfikowanemu laboratorium badawczemu Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie osadnika gnilnego o pojemności 2000l, który uzyskał pozytywne wyniki w przedmiotowym zakresie potwierdzone raportem z badań nr 1355/10/Z00NF z lipca 2010 r. Na stronie 2/9 tegoż raportu zaprezentowane są obliczenia dla osadnika o wielkości 3000l. Natomiast cały typoszereg osadników gnilnych obejmuje urządzenia o pojemnościach 2000l, 3000l, 4000l, 5000l. Na potwierdzenie załączono pisma Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie będące interpretacją powołanego raportu.

Pismem z 18 października 2012 r. Zamawiający zwrócił się do Instytutu Techniki Budowlanej z następującym zapytaniem:

"W związku z toczącym się postępowaniem w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pn: "Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Turek" zlecamy, za wynagrodzeniem, odpowiedź na następujące pytania w wyjaśnieniu występujących na tle prowadzanego postępowania wątpliwości:

- 1) Czy fakt przeprowadzenia badań, potwierdzony raportem nr LK-01355:00/2010 z dnia 12 lipca 2010 r., wykonany przez Laboratorium Konstrukcji i Elementów Budowlanych Instytutu Techniki Budowlanej, zbiornika o pojemności 3000l firmy Delfin sp. z o.o., w myśl normy PN-EN ISO 12566-1:2004/A1:2006, umożliwia stwierdzenie, że norma w zakresie wytrzymałości konstrukcji została spełniona dla zbiorników o pojemności 4000l i tym samym uprawnia do oznakowania urządzenia znakiem CE zbiorników o pojemności 4000l? Czy też, w zakresie wytrzymałości konstrukcji, może budzić to wątpliwości wymagające wyjaśnień lub dodatkowych badań?
- 2) Czy zgodne z normą PN-EN ISO 12566-1:2004/A1:2006 prawdziwe jest stwierdzenie: „Zgodnie z normą zharmonizowaną PN-EN ISO 12566-1:2004/A1:2006 Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców(OLM)50-Część 1: Prefabrykowane osadniki gnilne, notyfikowane laboratorium badawcze przyjmuje od producenta do badania jedno urządzenie typowej najmniejszej - wielkości z całego produkowanego typoszeregu urządzeń”?

W odpowiedzi na powyższe pismo Instytut Techniki Budowlanej Zakład Konstrukcji i Elementów Budowlanych pismem z 23 października 2012 r. poinformował, że:

- 1) W zleceniu nr LK-01355:00/2010, wykonano obliczenia wytrzymałości zbiorników o pojemności do 3000L. Zbiornik ten jest reprezentantem rodziny wyrobów o pojemności mniejszej pod warunkiem, że spełnione są wymagania definicji rodziny wg pkt. 3.5 normy PN-EN 12566-1:2000/A1:2003. W przypadku zbiornika o większej pojemności (4000L) o podobnym kształcie z tego samego materiału i warunkach użytkowania, należy przeprowadzić dodatkowe badania.
- 2) Zgodnie z zapisami normy. PN-EN 12566-1:2000/A1:2003, pkt. 7.1.2. badania wstępne typu w zakresie wytrzymałości konstrukcji wykonuje się zwykle na największym modelu (uwaga 1 do. tablicy 1), który jest reprezentantem rodziny wyrobów".

Pismem z 24 października 2012 r. Zamawiający stwierdził, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. oferta złożona została przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Uzasadnienie zostało przywołane w treści odwołania.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba uznała także, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył najtańszą ofertę (jedyne kryterium - cena), tym samym potwierdzenie się zarzutów wskazanych w odwołaniu daje mu możliwość uzyskania zamówienia, której to możliwości na skutek podnoszonych naruszeń Zamawiającego został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum „HYDRO-BUD” J..... S..... oraz „WOBER-HYDRET" sp.j. C..... z uwagi na spełnienie przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków skuteczności przystąpienia.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, że przywołana przez Zamawiającego w piśmie z 24 października 2012 r. podstawa prawna - art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - nie jest prawidłowa. Zgodnie z postanowieniem pkt 6.16 SIWZ wymagany przez Zamawiającego raport z badań wystawiony przez notyfikowane laboratorium zaliczony był do kategorii "dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają określonym przez niego wymaganiom. Dotyczy on zatem tzw. warunków przedmiotowych (odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji), a nie podmiotowych wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, do których referuje treść uzasadnienia o wykluczeniu z postępowania (odrzuconiu oferty). Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do wszystkich dokumentów i oświadczeń określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten rozróżnia oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków podmiotowych, tj. wynikających z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i brak podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (w pkt 1) oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (w pkt 2). Niewykazanie spełnienia warunków podmiotowych skutkuje wykluczeniem z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), zaś niewykazanie spełnienia warunków przedmiotowych odrzuceniem oferty jako oferty, której treść sprzeczna jest w treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie zachodzi zatem obowiązek dokonania przez Zamawiającego odrębnej czynności odrzucenia oferty wykonawcy uprzednio wykluczonego z udziału w postępowaniu, gdy się zważy, że ofertę taką uznaje się za odrzuconą ex lege (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Ponadto Izba wskazuje, iż stanowisko, że art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych, a przetarg nieograniczony (w takim trybie prowadzone jest przedmiotowe postępowanie) takim nie jest, potwierdza również orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r. sygn. akt KIO 147/10, wyrok KIO z 13 września 2011 r. sygn. akt KIO 1912/11) oraz doktryna.

Niezależnie od powyższej wadliwości odrzucenie oferty Odwołującego jest zasadne. Nie złożył on bowiem wezwania wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wymaganego przez Zamawiającego pkt 6.16 SIWZ raportu z badań wystawionego przez notyfikowane laboratorium, który w sposób bezsporny odnosiłby się do osadnika gnilnego o pojemności 4000l. Należy podzielić stanowisko Zamawiającego, iż dokonuje on oceny wykazania postawionych przez niego wymagań na podstawie dokumentów i oświadczeń, które uzyskał w toku postępowania. Zdaniem Izby nie budzi wątpliwości, iż zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał, aby urządzenia oczyszczania ścieków spełniały wymagania normy PN-EN 12566-1:2004/A1 2006, co musiało być potwierdzone raportem z badań

wystawionym przez notyfikowane laboratorium. Dodatkowo Zamawiający wymagał dołączenia do oferty deklaracji zgodności urządzeń oczyszczalni z normą PN-EN 12566-1:2004/A1 2006 oraz poświadczenia posiadania przez urządzenia oczyszczalni znaku CE (pkt 16.6 lit. b) SIWZ). Tym samym z powyższego wynika, iż wykonawca był zobligowany do załączenia do oferty raportu z badań, który odnosiłby się do wszystkich oferowanych przez siebie urządzeń, o każdej pojemności. Zdaniem Izby okoliczność ta powinna z takiego raportu wynikać w sposób bezsporny. Odwołujący zaoferował m.in. osadniki gnilne o pojemności 4000l. W treści deklaracji zgodności powołano się jednostkę notyfikowaną – Instytut Techniki Budowlanej i nr raportu 1355/10/Z00NF. Z załączonego raportu z badań wynika, iż badanie zostało przeprowadzone na próbcie wyrobu o pojemności 2000l, a w zakresie wytrzymałości obliczenia wykonano dla osadnika 3000l. W załączonych dokumentach, także w piśmie Instytutu Techniki Budowlanej w sprawie potwierdzenia przeprowadzenia wstępnych badań typu do oznakowania CE w notyfikowanym laboratorium, na którego treści opiera się Odwołujący, nie znalazło się dookreślenie typoszeregu urządzeń, tj. zakresu urządzeń (ich pojemności), które można uznać za objęte raportem z badań. Bezsporne jest natomiast, iż urządzenie o pojemności 4000l nie było badane, jak również, że laboratorium notyfikowane nie dokonywało żadnych obliczeń w zakresie wytrzymałości osadnika gnilnego o tej pojemności. Biorąc pod uwagę treść normy PN-EN 12566-1:2004/A1 2006 tablica 1 Uwaga 1 „Zazwyczaj bierze się pod uwagę największą wielkość” oraz przedłożone przez Odwołującego wraz z ofertą dokumenty zasadnym było wezwanie skierowane 5 października 2012 r. do Odwołującego. Wezwanie to jednoznacznie wskazywało na zakres wątpliwości Zamawiającego względem przedłożonego dokumentu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż otrzymane wyjaśnienia oraz dokumenty nie potwierdzały spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku ani nie stanowiły adekwatnej reakcji na wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący załączył bowiem dokumenty z oferty oraz nowe deklaracje, a także przedłożył pismo producenta urządzeń Delfin sp. z o.o. z 5 października 2012 r. W piśmie tym wskazał on jedynie, że notyfikowane laboratorium badawcze przyjmuje od producenta do badania jedno urządzenie, typowej – najmniejszej – wielkości z całego produkowanego typoszeregu urządzeń. Producent wskazywał też, że po przejściu pozytywnej weryfikacji tego urządzenia w zakresie przepustowości hydraulicznej, pojemności nominalnej, szczelności, wytrzymałości oraz trwałości materiału producent uzyskuje certyfikat zgodności z normą i ma prawo do oznakowania znakiem CE całego typoszeregu urządzeń – tu także 4000l. Producent wskazał także, że na stronie 2/9 raportu z badań zaprezentowane są obliczenia dla osadnika wielkości 3000l. W ocenie Izby słuszne było stanowisko Zamawiającego, iż powyższe pismo wzbudziło jego wątpliwości. Producent nie wskazał w nim bowiem, które postanowienia przywołanej normy przewidują, iż do badania oddaje się urządzenie najmniejszej wielkości jako co do zasady reprezentatywne.

Nie wskazano w nim także, w jaki sposób i w oparciu o jakie postanowienia normy, względnie raportu z badań, ustalono zakres typoszeregu urządzeń, tj. że spełnione są wymagania definicji rodziny wg pkt 3.5 normy. Zauważyć należy, iż w zakresie wytrzymałości raport z obliczeń LK-01355:00/2010 część 1 str. 8/9 wskazywał w podsumowaniu, że wyniki obliczeń można przenieść na zbiornik o mniejszej pojemności, tj. 2000l. W treści pisma w żaden sposób nie odwołano się do tego, ani nie wyjaśniono w precyzyjny i przekonujący sposób zasad odpowiedniego zastosowania raportu z badań w zakresie wytrzymałości do osadnika o większej pojemności, dla którego nie wykonywano żadnych obliczeń, a raport sam stwierdzał, iż wyniki obliczeń odnoszą się do zbiorników o pojemności mniejszej tj. 2000l. Nie podano w nim natomiast, że odnoszą się także do pojemności większych. Taki wniosek nie znajduje także poparcia w przywoływanej treści normy PN-EN 12566-1:2004/A1 2006 tablica 1 Uwaga 1 „Zazwyczaj bierze się pod uwagę największą wielkość”. Ani Odwołujący ani producent nie wyjaśnili, dlaczego w tym skonkretyzowanym przypadku powyższa uwaga nie znalazła zastosowania. Zamawiający nie otrzymał zatem raportu z badań dotyczącego w sposób jednoznaczny urządzenia o pojemności 4000l, a otrzymane wyjaśnienia były ogólnikowe i niespójne z treścią normy. Wątpliwości Zamawiającego znalazły potwierdzenie w piśmie Instytutu Techniki Budowlanej – tej samej jednostki, która dokonywała badań, iż w odniesieniu do wytrzymałości zbiorników o pojemności powyżej 3000l o podobnym kształcie, z tego samego materiału i warunkach użytkowania należy przeprowadzić dodatkowe badania. Słusznie zauważał Zamawiający, że argumentacja zawarta w odwołaniu i kolejnych pismach producenta nie została przedstawiona Zamawiającemu we właściwym trybie. Ponadto stwierdzić należy, iż wymóg SIWZ co do konieczności przedstawiania raportu z badań dotyczących oferowanych zbiorników był jednoznaczny, a uzasadnienie braku takich badań dla zbiornika 4000l i objęcie go badaniami dla zbiorników o mniejszej pojemności w zakresie wytrzymałości, pomimo iż norma za reprezentanta rodziny wyrobów uznaje wówczas co do zasady wyrób największy, nie było spójne z treścią normy i zbyt ogólnikowe. Jeżeli wykonawca miał w tym względzie wątpliwości co do zakresu możliwych do przedstawienia dokumentów, mógł skorzystać z procedury pytań. Podnoszona okoliczność o wyłącznej kompetencji i odpowiedzialności producenta za oznaczanie wyrobów znakiem CE w oparciu o raport z badań jest bez znaczenia w niniejszej sprawie z uwagi na treść wymogu SIWZ. Zadaniem Odwołującego było wykazanie Zamawiającemu na jego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, że przedłożony przez niego raport z badań odnosi się do zbiorników 4000l, pomimo iż w swojej treści nie zawiera żadnego odniesienia do takich zbiorników ani nie były wykonywane dla nich żadne obliczenia. Temu zadaniu Odwołujący nie sprostał. Deklaracje co do zwiększonej ilości surowca do produkcji, która przekłada się na zwiększenie grubości płaszcza urządzeń z 6 do 8mm nie mają bezpośredniego odniesienia do treści raportu i zawartych tam ustaleń

względem rodziny wyrobów i zakresu typoszeregu. Ponadto stanowisko to nie było Zamawiającemu przedstawione w piśmie z 5 października 2012 r.

Postawiony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest zatem zasadny. Odwołujący nie wykazał zgodnie z wymaganiami SIWZ, że oferowane przez niego urządzenia spełniają postawione przez Zamawiającego wymogi. Niezasadny jest tym samym zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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: