

Wyrok
z dnia 10 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Marta Polkowska

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A., ul. Przytorowa 9, 16-400 Suwałki** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych w Kobiernikach k/Płocka Sp. z o.o., Kobierniki 42, 09-413 Sikórz**

przy udziale wykonawcy **EQUIPO M. O., ul. Karolewska 38/40, 90-561 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach** tytułem wpisu od odwołania;

2.1 Zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach** na rzecz **Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych w Kobiernikach k/Płocka Sp. z o.o.** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2517/14

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kobiernikach k. Płocka adres: Kobierniki 42 09-413 Sikórz prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego w postępowanie na: „Modernizację Kompostowni tj. instalacji biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Zakładzie Utylizacji Odpadów Komunalnych w Kobiernikach”.

Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S. A. z siedzibą w Suwałkach (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie na:

(1) czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez M. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą: „EQUIPO M. O.”, adres: 90-561 Łódź, ul. Karolewska 38/40, (dalej „EQUIPO”);

(2) czynność Zamawiającego, polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w związku z niewykazaniem przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu poprzez brak świadectw, certyfikatów itp., w języku polskim, potwierdzających właściwości membran przez ich producenta bądź przez uprawnione laboratorium lub niezależny instytut.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP - poprzez jego zastosowanie skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zachodziły przesłanki uzasadniające jego zastosowanie i podjęcie przez Zamawiającego kwestionowanej czynności, gdyż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu wymaganych przez Zamawiającego;

art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 6 KC - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, gdyż przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie zawiera uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej przez Zamawiającego decyzji, a Zamawiający nie udowodnił faktu, z którego wywodzi skutki prawne swej decyzji,

art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z § 6 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r. - dalej „Rozporządzenie”) poprzez uznanie przez Zamawiającego, iż przedstawiona opinia ekspercka określająca możliwości

redukcji poziomu emisji cząstek odorowych w procesach permacji (separacji) gazów i olei wonnych dla zastosowań membran półprzepuszczalnych, przy biostabilizacji (zamiennie biosuszenia) odpadów komunalnych, dla Zakładu Odpadów w Ścinawce Dolnej, gmina Radków, powiat Kłodzki, województwo Dolnośląskie, sporządzona przez prof. zw. dr hab. inż. J. Z. oraz dr inż. Ł. S., członków zarządu Stowarzyszenie EKO BIEGŁY nie stanowi dokumentu, o którym mowa w pkt 3 ust. 3 rozdziału VII [Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie muszą być dołączone do oferty] specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),

art. 7 ust. 1 PZP - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

(I) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez EQUIPO;

(II) nakazania ponownej oceny i badania ofert;

(III) wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego; jak również

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jako że złożył najtańszą ofertę, która powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W następstwie wykluczenia z postępowania Odwołującego, skutkujące uznaniem złożonej przez Odwołującego oferty za odrzuconą, a tym samym zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, sprawia, że Odwołujący poniesie szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje

Pismem z dnia 7 października 2014 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 PZP wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów określonych w SIWZ w rozdziale VII ust. 3 pkt 3, tj. świadectw, certyfikatów itp., w języku polskim, potwierdzających właściwości membran przez ich producenta bądź uprawnione laboratorium lub niezależny instytut, na potwierdzenie, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Argumentując konieczność wezwania Odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentów Zamawiający podkreślił, iż oczekiwał, by membrana miała właściwości określone w lit. a - k wezwania. W ocenie Zamawiającego w treści oferty brak było dokumentów potwierdzających właściwości membrany. Zamawiający określił termin dostarczenia dokumentów objętych wezwaniem, do siedziby Zamawiającego, jako 14 października 2014 r.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 7 października 2014 r.

Pismem z dnia 10 października 2014 r., Odwołujący uzupełnił ofertę stosownie do wezwania Zamawiającego, przekazując w załączeniu do tego pisma dokument potwierdzający właściwości membran, za pomocą których Odwołujący miał spełnić świadczenie wynikające z realizacji Zamówienia, a tym samym oferowane przez Odwołującego dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Ponadto w ww. piśmie Odwołujący jednoznacznie wskazał, iż oferowana membrana spełnia wymagania Zamawiającego określone w lit. a-k pisma Zamawiającego z dnia 14 października 2014 r. Załącznikiem do pisma Odwołującego z dnia 10 października 2014 r. była opinia ekspercka określająca możliwości redukcji poziomu emisji cząstek odorowych w procesach permacji (separacji) gazów źle wonnych dla zastosowań membran półprzepuszczalnych, przy biostabilizacji (zamiennie biosuszenia) odpadów komunalnych, dla Zakładu Odpadów w Ścinawce Dolnej, gmina Radków, powiat Kłodzki, województwo Dolnośląskie, sporządzona przez prof. zw. dr hab. inż. J. Z. oraz dr inż. Ł. S., członków zarządu Stowarzyszenie EKO BIEGŁY. Opinia ta została sporządzona na zlecenie Spółki Pro Eko Natura sp. z o.o. W jej treści, niezależne Stowarzyszenie EKO BIEGŁY, dokonało szczegółowej analizy oferowanych przez Odwołującego membran i potwierdziło ich właściwości.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 10 października 2014 r. wraz z załącznikiem.

Pismem z dnia 18 listopada 2014 r., doręczonym Odwołującemu dnia 18 listopada 2014 r. faksem, Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wynikach postępowania. Z treści ww. pisma wynika, iż Zamawiający w wyniku badania i oceny ofert jako najkorzystniejszą wybrał ofertę EQUIPO. Jednocześnie Zamawiający wykluczył z postępowania Odwołującego, wskazując jako podstawę prawną dokonanej czynności art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP. W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez brak świadectw, certyfikatów itp., w języku polskim, potwierdzających właściwości membran przez ich producenta bądź przez uprawnione laboratorium lub niezależny instytut. W związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 4 PZP odrzucił ofertę Odwołującego.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 18 listopada 2014 r.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić, a dokonane przez Zamawiającego czynności naruszają bezwzględnie obowiązujące przepisy PZP.

W zakresie zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, wskazać należy, iż Zamawiający w piśmie z dnia 18 listopada 2014 r. wskazał przywołany przepis jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z postępowania, natomiast jako podstawę faktyczną uzasadniającą zastosowanie tego przepisu Zamawiający powołał okoliczność, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez brak świadectw, certyfikatów itp., w języku polskim, potwierdzających właściwości membran przez ich producenta bądź przez uprawnione laboratorium lub niezależny instytut. Podkreślić należy, iż przyjęte przez Zamawiającego stanowisko uznać należy za błędne. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z przyjętym stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w Informatorze UZP 2010 r., nr 1, s. 14-15:"(...) Przez "warunki udziału w postępowaniu" należy (...) rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 p.z.p. odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia. (...). Sama istota okoliczności wskazywanych w art. 24 ust. 1 wskazuje na to, iż mamy do czynienia z warunkami od których zależy dalszy udział wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne. Na powyższe wskazują wprost pozostałe przepisy ustawy, choćby art. 26 ust. 2a ustawy: "Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1". Artykuł 24 ust. 2 pkt 4 PZP nie odnosi się zatem do wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, które wskazuje on w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Podkreślić należy, iż czynność dokonana przez Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP stanowi jego ewidentne naruszenie. Odwołujący w sposób jednoznaczny w złożonej ofercie wykazał, iż spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego. Zatem należy uznać, iż Zamawiający w sposób niewłaściwy dokonał subsumpcji zaistniałego w sprawie stanu faktycznego (analizy złożonej przez

Odwołującego oferty wraz z załącznikami) do normy prawnej wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, która w przedmiotowej sprawie nie znajdzie zastosowania.

Jak stanowi art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP zamawiający obowiązany jest zawiadomić równocześnie, wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Nie sposób uznać, iż przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie odpowiada wymaganiom określonym przez ustawodawcę. Wskazać należy, iż prawidłowe przedstawienie przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego wykluczenia z postępowania winno zawierać wskazanie faktów, które Zamawiający uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, dla których nie dał wiary dowodom przeciwnym. Uzasadnienie prawne powinno natomiast zawierać wyjaśnienie podstawy prawnej z przytoczeniem przepisów prawa. Uzasadnienie jest także jednym z elementów decyzji zamawiającego, w której zamawiający formułuje jej motyw wykluczenia z postępowania. Podejmując decyzję o wykluczeniu, zamawiający powinien mieć na względzie art. 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Nieprzedstawienie przez Zamawiającego uzasadnienia swej decyzji Odwołującemu, zarówno w zakresie podstawy faktycznej decyzji o jego wykluczeniu z postępowania, jak i dokonanej subsumpcji tej podstawy faktycznej do obowiązujących przepisów prawa, stanowi szczególne naruszenie zasady równości uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również zasady skargowości wyrażonej w art. 180 ust. 1 PZP. Podkreślić należy, iż możliwości wnoszenia odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności i zaniechania zamawiających w przypadkach przewidzianych w PZP, ma na celu obronę praw wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w przypadku dokonania przez zamawiającego naruszeniem przepisów PZP, oczywiście w przypadkach przewidzianych przez ustawodawcę. Jednak dla pełnej realizacji zasady skargowości konieczny jest substrat zaskarżenia, a więc stosownie do przepisów PZP, dokonana przez Zamawiającego czynność, zawierająca wszelkie jej konieczne elementy formalne. W analizowanym przypadku, elementy obligatoryjne takiej czynności wyraża art. 24 ust. 3 PZP. Tym samym wskazanie przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18 listopada 2014 r. lakonicznego uzasadnienia faktycznego i prawnego, ogranicza w sposób istotny możliwość podjęcia obrony swych prawa przez Odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo KIO, jak choćby w wyroku z dnia 4 czerwca 2014 r.,

sygn. akt 983/14 „(...) obowiązkiem Zamawiającego było - zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP - podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania. Powinność tą należy, zdaniem Izby, odczytywać w ten sposób, że konieczne jest podanie wszystkich okoliczności faktycznych znanych zamawiającemu na moment podejmowania konkretnej decyzji.” Jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 2 i 3 Rozporządzenia w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym, zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich. W kontekście przytoczonej regulacji należy odnieść się do informacji wskazanej przez Zamawiającego. Zgodnie z treścią ust. 3 rozdziału VII [Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie muszą być dołączone do oferty] SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda: 1) oświadczenia Wykonawcy o gwarancji dostawy i montażu wszystkich membran o właściwościach wymaganych przez Zamawiającego - załącznik nr 8, 2) próbki oferowanej membrany o wymiarach 20x20 cm, 3) świadectwa, certyfikatu itp., w języku polskim, potwierdzającego właściwości membran przez ich producenta bądź przez uprawnione laboratorium lub niezależny instytut.

Odwołujący w pierwszej kolejności pragnie wskazać, iż warunek SIWZ jest wysoce niejednoznaczny i ta nieostrość pojęć nie może być tłumaczona na niekorzyść Odwołującego. Wśród kategorii oświadczeń i dokumentów Zamawiający nie wskazał jednoznacznie o jakie dokumenty chodzi, a co więcej, jaki kwalifikowany podmiot miałby być ich autorem. Użycie przez Zamawiającego zwrotu „itp.” w zakresie

wskazania dokumentu potwierdzającego właściwości przedmiotowych membran, należy interpretować w sposób jednoznaczny jako możliwość przedstawienia naukowego opracowania wskazującego właściwości oferowanych membran. Bezsprzecznie w tym zakresie opinia przedstawiona przez Odwołującego spełnia powyższe nieostre wymagania Zamawiającego. Przedstawiona opinia została sporządzona przez prof. zw. dr hab. inż. J. Z. oraz dr inż. Ł. S., członków zarządu Stowarzyszenie EKO BIEGŁY. Podkreślenia wymaga, iż Stowarzyszenie funkcjonuje na rynku od 2001 r., a celem działania owego stowarzyszenia jest m. in. sporządzanie opracowań, dokumentacji i prowadzenie prac badawczych z zakresu ochrony środowiska, podejmowanie działań na rzecz podnoszenia jakości i poziomu prac w zakresie ochrony środowiska. Ponadto przedmiotowy materiał - membrany, w oparciu m. in, o przedstawioną przez Odwołującego opinię, zostały skutecznie wykorzystane w realizacji inwestycji realizowanej przez Zakład Odpadów w Ścinawce Dolnej. Podkreślenia wymaga, iż proponowany przez Odwołującego materiał w ramach ww. inwestycji znalazł faktyczne zastosowanie w procesie technologicznym biosuszenia i biostabilizacji odpadów komunalnych. Dla potwierdzenia kwalifikacji ekspertów sporządzających w ramach Stowarzyszenia EKO BIEGŁY przedmiotową opinię ekspercką w załączeniu przedstawiamy zestawienie wskazujące na dorobek naukowy i doświadczenie Pana prof. zw. dr hab. inż. J. Z. oraz dr inż. Ł. S. .

Dowód; pismo Odwołującego z dnia 10 października 2014 r. wraz z załącznikiem.

Dowód: informacja z KRS dot. Stowarzyszenia EKO BIEGŁY,

Dowód: zestawienie informacji dotyczących autorów opinii eksperckiej

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, iż niejednoznaczne określenie przez Zamawiającego warunku w zakresie konieczności załączenia do oferty dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, nie może skutkować kwestionowaniem złożonego przez Odwołującego dokumentu - opinii eksperckiej określającej możliwości redukcji poziomu emisji cząstek odorowych w procesach permacji (separacji) gazów źle wonnych dla zastosowań membran półprzepuszczalnych, przy biostabilizacji (zamiennie biosuszenia) odpadów komunalnych, dla Zakładu Odpadów w Ścinawce Dolnej, gmina Radków, powiat Kłodzki, województwo Dolnośląskie, sporządzonej przez prof. zw. dr hab. inż. J. Z. oraz dr inż. Ł. S., członków zarządu Stowarzyszenie EKO BIEGŁY. Dokument ten w sposób wyczerpujący opisuje właściwości przedmiotowych membran.

Wszelkie niejednoznaczności nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Niejednoznaczność zapisu pkt 3 ust. 3 rozdziału VII SIWZ jest ewidentna, tym samym nie może to powodować pogorszenia sytuacji Odwołującego. Powyższe stanowisko potwierdza również stanowisko KIO, wyrażone choćby w wyroku KIO z dnia 17 listopada 2014r., sygn. akt 2297/14.

Wreszcie Odwołujący na marginesie wskazuje, jednocześnie podtrzymując stanowisko co do spełniania przez złożoną opinię warunków przedstawionych w pkt 3 ust. 3 rozdziału VII SIWZ, iż kwestionowane przez Zamawiającego dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia przetargu.

Opisane czynności Zamawiającego, naruszały podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP. Zgodnie z tą regułą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Trudno jednak uznać, że ta zasada została przez Zamawiającego nienaruszona, w sytuacji gdy Zamawiający wykluczył z postępowania i odrzucił ofertę Wykonawcy, który wykluczeniu z postępowania nie podlegał. Takie zachowanie Zamawiającego miało niewątpliwie wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania. Z tych też względów odwołanie niniejsze jest zasadne i konieczne.

Załączono dowody przedstawione w treści odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp wykluczył wykonawcę z postępowania uznając, że ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Uznał, że odwołujący nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym niezbędnym do prawidłowej realizacji zamówienia, w szczególności nie wykazał iż posiada wymagane materiały i środki techniczne, tj. membrany niezbędne do przykrycia przyłm kompostowych zgodnie z technologią wymaganą przez zamawiającego.

Z ostrożności wskazał, iż ewentualne uznanie, że błędnie zastosowano przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, nie miało to wpływu na wynik postępowania. W treści zawiadomienia o wyniku postępowania zamawiający wskazał, że oferta wykonawcy została odrzucona, co wskazuje na rzeczywistą intencję decyzji, w której uznano ofertę jako niespełniającą wymogów ze skutkiem w postaci uznania niezgodności oferty z treścią siwz. Tym samym wobec właściwego ustalenia podstawy faktycznej decyzji prowadzącej do odrzucenia oferty, nawet błędnie podana podstawa prawna

nie powodowałyby obowiązku dokonania jakiegokolwiek innego rozstrzygnięcia w tym postępowaniu przetargowym. Wskazał na orzecznictwo dot. art. 192 ust. 2 ustawy pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy polegającego na braku uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej decyzji zamawiający stwierdził, że decyzja została podjęta po uprzednim wezwaniu wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oferty poprzez złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie określonych w rozdziale VII pkt 3 ppkt 3 siwz wymogów. Zamawiający określił, iż wymaga konkretnych dokumentów tj. świadectw, certyfikatów itp. w języku polskim, potwierdzających właściwości membran przez ich producenta bądź przez uprawnione laboratorium lub niezależny instytut. W wezwaniu wskazano szczegółowo i precyzyjnie wszystkie właściwości i parametry techniczne, które powinna posiadać wymagana membrana.

W odpowiedzi otrzymał dokument, który w ocenie zamawiającego nie potwierdzał spełniania przez oferowane dostawy określonych wymagań technicznych. W decyzji o wykluczeniu wskazał na brak przedłożenia wymaganych dokumentów opisanych w siwz. Treść odwołania wskazuje przy tym, że wykonawca właściwie zrozumiał uzasadnienie skarżonej decyzji.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów /.../ zamawiający stwierdził, że dokonał szczegółowej analizy treści złożonej dokumentacji, w tym otrzymanej w wyniku wezwania, z uwzględnieniem wymogów siwz. Zauważył przy tym, że odwołujący nie kwestionował postanowień siwz.

Ocena uzupełnionego przez wykonawcę dokumentu tj. „Opinii eksperckiej określającej możliwości redukcji poziomu emisji cząstek odorowych w procesach permeacji (separacji) gazów źle wonnych dla zastosowań membran półprzepuszczalnych, przy biostabilizacji (zamiennie biosuszenia) odpadów komunalnych, dla Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów w Ścinawce Dolnej, gmina Radków, powiat kłodzki, woj. dolnośląskie” doprowadziła zamawiającego do uznania, iż nie jest to dokument wymagany w siwz. Zamawiający stwierdził, że żądany w siwz dokument nie mógł być dokumentem dowolnym. W świetle wymogów siwz powinien on:

a/ mieć formę świadectwa, certyfikatu lub podobną (o czym świadczy partykuła „i tym podobne itp.), np. aprobaty technicznej,

- b/ powinien być sporządzony w języku polskim,
- c/ powinien potwierdzać właściwość membran,
- d/ potwierdzenie powinno zostać dokonane przez producenta membrany, laboratorium lub niezależny instytut.

Zamawiający podkreślił, że zakreślił szeroki zakres formy dokumentów, jednakże oceniony nie zawiera odwołania do skonkretyzowanych badań lub metodologii, na podstawie których uzyskano wskazane w opinii wyniki.

Od strony formalnej wskazał na brak podpisu autorów, gdyż na pierwszej stronie znajduje się pieczętka oraz podpis prezesa stowarzyszenia, jednak nie pozwala to stwierdzić, czy podpis złożony jest w charakterze autora opinii czy tako wskazanie określonej instytucji (Stowarzyszenie Eko-Biegły).

Zamawiający stwierdził, że przedłożona dokumentacja powinna potwierdzać właściwości membran lecz wbrew stanowisku odwołującego nie opisuje wyczerpująco właściwości przedmiotowych membran.. Z liczącej 39 stron opinii, jedynie 3 strony odnoszą się, i to w sposób pośredni, do właściwości oferowanych membran. Na stronie 28 wskazano parametry techniczne membrany „Pro Eko Tex” bez jakiegokolwiek uzasadnienia czy oparcia w dokumentach źródłowych, bez powoływania się na jakiegokolwiek testy, bądź przedstawiania ich wyników. . w podsumowaniu na stronach 38-39 ponownie wymieniono poszczególne parametry techniczne. Nie zostało w żaden inny sposób wykazane, na jakiej podstawie została dokonana ocena parametrów technicznych membrany, brak podstaw potwierdzających zgodność z wymaganymi normami.

Jednocześnie wskazał, że z samej opinii (strona 28 – „Analiza Membran Typu ePTFE Stosowanych przez Wnioskodawcę” wynika, iż wyszczególnione w opinii parametry techniczne zostały oparte na określonej dokumentacji źródłowej. Treść opinii stanowi, iż „Według dokumentacji źródłowej, stanowiącej załącznik do niniejszej „Opinii...” dostarczonej przez Wnioskodawcę mamy do czynienia z materiałem membranowym spełniającym bardzo szeroko, wyżej opisanym systemem wykorzystującym Najlepszą dostępną Technikę (BAT Best Available Technique)”. Tymczasem opinia ekspercka przekazana zamawiającemu nie zawierał żadnych załączników lub dokumentacji źródłowej potwierdzającej posiadanie żądanych parametrów.

Z opinii nie wynika, że sporządzający opinię dokonał badań technicznych membrany, a tym samym przedstawia wyniki własnych badań w postaci szczegółowo opisywanych parametrów technicznych. Zamawiający zauważa, że to na wykonawcy

cięży obowiązek wykazania spełniania wymagań przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane, a zamawiający nie może domniemywać takich okoliczności.

Zgodnie z siwz dokument powinien nie tylko opisywać parametry techniczne membrany, ale również je potwierdzać. W niniejszej sprawie wykonawca jedynie opisał posiadane przez membranę parametry, ale w żaden sposób nie potwierdził tego wymaganymi dokumentami.

Nawet przy przyjęciu, że opinię sporządził niezależny instytut w kontekście postanowień siwz brak jest potwierdzenia właściwości membrany, gdyż podmiot ten nie wykonał samodzielnie badań potwierdzających właściwości membran ani nie przedłożył dokumentacji źródłowej potwierdzającej wymagane warunki techniczne.

Zamawiający stwierdził, że formę dokumentu i fakty, jakich potwierdzenia żądał wskazywał zarówno w rozdziale VIII ust. 3 pkt 3 siwz, jak również w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, który jako część opisu przedmiotu zamówienia jest elementem siwz. W pkt 5.3 ust. 5 PFU wskazano wprost: „Zamawiający oczekuje by membrana spełniała nw. Właściwości, które muszą być potwierdzone udokumentowanymi badaniami, a wyniki stanowiąc będą załącznik do oferty.”

Ponadto, także w razie uznania za poprawnie przedstawione parametry membrany, w treści opinii wskazano, że oferowana przez odwołującego membrana nie spełnia wymogów w zakresie gęstości-masy na jednostkę powierzchni. Wskazano na współczynnik $450 \pm 10\%g^* (m^2)^{-1}$ zgodnie z normą EN 12127:1997, natomiast zamawiający precyzyjnie określił ten parametr jako nie mniejszy niż 450-490 g/m². Wskazany wyżej procent błędu prowadzi do wniosku, że parametr miałby niższą wartość od minimalnego wymaganego (450).

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że wbrew zamawiającego także zarzuty formalne odwołania są istotne. Nie ma podstaw do ich negowania. Z powołaniem się na potrzebę szybkości postępowania o udzielenie zamówienia przypomniał treść zawiadomienia o wyniku postępowania, w którym bezzasadne było powołanie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy pzp. Zauważył, że sformułowanie w rozdziale 3 podpunkt 3 siwz nie jest precyzyjne w szczególności poprzez użycie zwrotu „itp.” co potwierdza również zamawiający, który w odpowiedzi na odwołanie podaje kolejny przykład dokumentu, który mógłby potwierdzać spełnienie przedmiotowego wymogu. Stwierdził, że

złożona w wyniku wezwania opinia ekspercka potwierdza spełnienie wymogu w zakresie będącym przedmiotem sporu. Zauważa ponownie, że sporne wymogi nie były określone precyzyjnie. Złożona opinia została podpisana przez jednego ze współautorów i potwierdza spełnienie wymogów określonych w Siwz jak i PFU. Dodatkowo wyjaśnił, że parametr gęstości wskazany w opinii z uwagą +/- 10% nie oznacza, że jest niezgodne z wymogiem ścisłym 450 g tak jak w Siwz. Stwierdził, że wyniki badań wymaganych we wcześniej podanych postanowieniach Siwz i PFU to wielkości liczbowe, które zostały przedstawione w złożonej opinii eksperckiej.

Zamawiający podtrzymał stanowisko ujęte w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że powołanie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy pzp w informacji o wyniku postępowania było błędne. Jednakże z uwagi na skuteczne odrzucenie oferty pozostaje to bez wpływu na wynik postępowania. Wskazał na wyrok KIO 2879/13. Zauważył, że w ofercie w załączniku 8 wykonawca potwierdził spełnienie wymaganych parametrów przez membrany. Właściwości membran należało potwierdzać dokumentem sporządzonym przez określony podmiot (uwaga u dołu zał. nr 8). Złożona opinia ekspercka nie stanowi wymaganego dokumentu. Na str. 28 tej opinii sporządzający powołał się na dokumenty źródłowe określone jako załącznik do opinii, jednakże nie przedstawione zamawiającemu. Z treści dokumentu nie wynika by jego autorzy dokonywali bezpośredniej oceny lub badań opisywanych membran. Zauważył, że w PFU w punkcie 5.3.5 str. 16 wskazano na wymóg przedstawienia wyników przeprowadzonych badań i załączenia ich do oferty. Przypomniał także zarzuty formalne do opinii w szczególności brak podpisu (podpisów).

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i poparł stanowisko zamawiającego. Wskazał na art.192 ust 2 ustawy pzp przy założeniu, że nastąpiło podanie błędnej podstawy prawnej, co jednak pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Stwierdził, że odwołujący nie uzupełnił oferty w odpowiedzi na precyzyjne wezwanie zamawiającego. Zakwestionował wartość złożonej opinii eksperckiej w kontekście ustalonej treści specyfikacji, w tym PFU.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych na piśmie oraz w toku rozprawy skład

orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że rozpatrywane odwołanie nie podlega odrzuceniu, na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy pzp, stąd też zostało skierowane na rozprawę.

Jak ustalono na podstawie treści zawiadomienia o wynikach postępowania (pismo zamawiającego z dnia 18 listopada 2014 r.) odwołujący się wykonawca został wykluczony z postępowania. Jako przyczynę takiej decyzji wskazano, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez brak świadectw, certyfikatów itp., w języku polskim, potwierdzających właściwości membran przez ich producenta bądź przez uprawnione laboratorium lub niezależny instytut. Następnie w powołanym piśmie stwierdzono, że oferta wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy pzp.

Skład orzekający Izby uznaje, że zamawiający opisaną wyżej czynnością naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp przez wskazanie tego przepisu w sytuacji braku ku temu przesłanek.

Jak wynika z uzasadnienia faktycznego rzeczywistą przyczyną wyeliminowania wykonawcy z postępowania było uznanie, że złożona oferta wraz z uzupełnionymi dokumentami nie jest zgodna z wymogami siwz. Złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Są to tzw. dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy potwierdzające, iż przedmiot oferty jest zgodny z SIWZ. Nie stanowiły dokumentów podmiotowych odnoszących się do cech wykonawcy, w takim tylko wypadku uzasadnione byłoby rozpatrywanie ewentualnych przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ustawy pzp.

Należy potwierdzić, iż zamawiający podał niewłaściwą podstawę prawną dla czynności odrzucenia oferty odwołującego (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp) – co na rozprawie przyznawał. Podstawą czynności tego typu winna być w rozpatrywanym przypadku dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – ustalona niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprowadzała się w tym przypadku do braku potwierdzenia zamawiającemu, iż w dniu składania ofert oferowane dostawy pozostawały zgodne z wymaganiami SIWZ.

Jednakże błędne powołanie przepisu – podstawy prawnej eliminacji oferty z postępowania – stanowiło w tym przypadku uchybienie formalne, które nie wpływa na wynik postępowania i jako takie, w związku z normą art. 192 ust. 2 Pzp, nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Skład orzekający uznaje bowiem, że dokumenty wymagane w myśl rozdziału VII pkt 3.3 siwz oraz wskazane w powołanych postanowienia PFU nie zawierały wymaganych informacji, w szczególności wyników przeprowadzonych badań. Na str. 28 złożonej opinii eksperckiej sporządzający powołał się na dokumenty źródłowe określone jako załącznik do opinii, jednakże nie zostały one przedstawione zamawiającemu. Z treści samego dokumentu nie wynika zatem, by jego autorzy dokonywali bezpośredniej oceny lub badań opisywanych membran. Również w toku postępowania odwoławczego wykonawca nie przedstawił w tym zakresie dowodu na okoliczność potwierdzenia właściwości spornych membran na zasadach wskazanych w siwz. Zasadniczą przyczyną, dla której Izba podzieliła stanowisko zamawiającego jest stwierdzenie, że przedstawione w opinii złożonej przez odwołującego parametry membrany wskazują na nie spełnienie wymogu w zakresie gęstości-masy na jednostkę powierzchni. Wskazano bowiem na współczynnik $450 \pm 10\%g^*(m^2)^{-1}$ zgodnie z normą EN 12127:1997, natomiast zamawiający precyzyjnie określił ten parametr jako nie mniejszy niż 450-490 g/m². Wskazany wyżej procent błędu prowadzi do wniosku, że parametr miałby niższą wartość od minimalnego wymaganego (450).

Z zastrzeżeniem dokonanego wyżej ustalenia uchybienia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Izba uznaje, że w pozostałym zakresie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy nie potwierdził się. W szczególności okoliczności postępowania w zakresie uzupełnienia dokumentu, jak i treść odwołania wskazują, że wykonawca w pełni i prawidłowo zrozumiał motywy decyzji zamawiającego.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z § 6 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów /.../ Zarówno wymogi dotyczące przedmiotowych dokumentów, jak i procedura ich oceny została dokonana prawidłowo, co wskazano wyżej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy pzp orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....