

Sygn. akt: KIO 2576/12

WYROK
z dnia 6 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2012 r. przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe REMBET Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa - Zakład Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa - Zakład Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe REMBET Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawy - Zakładu Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie na rzecz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego REMBET Sp. z o.o. kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Remontów i Konserwacji Dróg w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kruszyw dolomitowych.

W dniu 23 listopada 2012 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe REMBET Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w uzasadnieniu podając, że oferta nie zawierała żądanych przez Zamawiającego deklaracji zgodności oferowanych kruszyw z normą PN-EN 13242, wystawionych przez producenta, potwierdzających ich zgodność z wymaganiami Zamawiającego określonymi w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) i w SIWZ Część IV pkt 6. Zamawiający wskazał również, że na wezwanie w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp Odwołujący złożył dokumenty oznakowania CE wyrobu, a nie deklaracje zgodności, o których mowa w § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznakowania wyrobów budowlanych oznakowaniem CE (Dz.U. z 2004 r. Nr 195 poz. 2011) - dalej: rozporządzenie w sprawie systemów oceny zgodności.

W ocenie Odwołującego, odrzucenie jego oferty jest bezzasadne i sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że złożył deklaracje, które otrzymał od producenta kruszyw Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o., a deklaracje te w pełni uwzględniają opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do SIWZ) i są zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W szczególności deklaracje producenta Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o. potwierdzają zgodność kruszywa dolomitowego frakcji: 0-31,5 mm, 0-63 mm, 63 mm z normą PN-EN 13242, jak również przedstawiają wykaz badanych cech kruszywa według oceny wskazanej normy PN-EN 13242, co oznacza, że w całości spełniają wymogi określone przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, dokonując oceny, nie posłużył się treścią SIWZ, lecz treścią rozporządzenia w sprawie systemów oceny zgodności, do którego brak

jest odwołania w postanowieniach specyfikacji. Taka czynność jest, w ocenie Odwołującego, niedopuszczalna, bowiem oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ należy dokonywać w sposób literalny.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonawca był zobowiązany dołączyć do oferty wyłącznie kserokopie deklaracji zgodności wystawionych przez producenta kruszyw, potwierdzające ich jakość zgodną z normą PN-EN 13242. Zamawiający w SIWZ i w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie deklarowania zgodności kruszyw nie przywołał jakichkolwiek przepisów, w żaden sposób nie ograniczył wyboru systemów oceny zgodności kruszyw oraz formy przedstawienia deklaracji. Konsekwencją tak oznaczonego przedmiotu zamówienia winno być uznanie i dopuszczenie przez Zamawiającego wszystkich deklaracji producentów, którzy wobec dowolności zapisów SIWZ w różnej formie deklarują zgodność oferowanego kruszywa z normą PN-EN 13242.

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że sprzeczne z przepisami ustawy są zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, a które to zaniechania miały istotny wpływ na bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego. W szczególności dotyczy to przygotowania postępowania, w tym głównie opisu przedmiotu zamówienia, który zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu dyspozycja tego przepisu nie została wypełniona. Przedmiot zamówienia jest potraktowany w sposób dowolny, zaś ocena ofert przez Zamawiającego prowadzona jest z wykorzystaniem przepisów, które nie figurują w dokumentacji przetargowej opisującej przedmiot zamówienia, choćby przywołane wcześniej przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniechał czynności, do której był zobowiązany przepisem art. 30 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Zamawiający zaniechał wykonania obowiązku wynikającego z art.30 ust. 4, a przez jego niewykonanie, bezpodstawnie i w sposób dowolny odrzucił oferty wielu wykonawców, w tym Odwołującego, mimo że złożył on ofertę zgodną z SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie uznania jego oferty za niepodlegającą odrzuceniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z załącznikiem Nr 2 do SIWZ *Opis przedmiotu zamówienia*, zamówienie obejmuje dostawę kruszyw ze skał naturalnych zgodnych z normą PN-EN 13242, tj.:

- kruszywo dolomitowe frakcji 0-31,5 [mm] w ilości szacunkowej 3.200 ton,
- kruszywo dolomitowe frakcji 31,5-63,0 [mm] w ilości szacunkowej 1.500 ton,
- kruszywo dolomitowe frakcji 0-63,0 [mm] w ilości szacunkowej 500 ton,
- kruszywo dolomitowe frakcji 0-4 [mm] w ilości szacunkowej 100 ton.

W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w *Opisie przedmiotu zamówienia*, wykonawcy zobowiązani byli załączyć do oferty deklaracje zgodności oferowanych kruszyw z normą PN-EN 13242 wystawione przez producenta (części IV pkt 6 SIWZ oraz pkt I *Opisu przedmiotu zamówienia*).

Jedynym kryterium oceny ofert, zgodnie z postanowieniami części VII SIWZ, było kryterium ceny.

Do oferty Odwołującego (z ceną 357.772,00 zł), zostały załączone dokumenty:

- znakowania znakiem CE - kruszywo naturalne o ciągłym uziarnieniu, przekruszone 0/31,5 mm, z informacją o zgodności wyrobu z postanowieniami normy PN-EN 13242,
- znakowania znakiem CE - kruszywo naturalne łamane, grube 31,5-63 mm, z informacją o zgodności wyrobu z postanowieniami norm: PN-EN 12620, PN-EN 13043, PN-EN 13242, PN-EN 13450,
- znakowania znakiem CE - kruszywo o ciągłym uziarnieniu, przekruszone 0/63 mm, z informacją o zgodności wyrobu z postanowieniami normy PN-EN 13242,
- deklaracja zgodności WE Nr 2/11 - kruszywo drobne 0/4 mm - z normami PN-EN 13043, PN-EN 13242+A1, PN-EN 12620+A1.

W dniu 13 listopada 2012 r., Zamawiający - działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty o deklaracje zgodności oferowanych kruszyw z normą PN-EN 13242 dla kruszyw frakcji: 0-31,5 mm, 0-63 mm oraz 31,5-63 mm. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył dokumenty:

- znakowania znakiem CE - kruszywo o ciągłym uziarnieniu, przekruszone 0/31,5 mm, z informacją o zgodności wyrobu z postanowieniami normy PN-EN 13242,

- znakowania znakiem CE - kruszywo grube 31,5-63 mm, z informacją o zgodności wyrobu z postanowieniami norm: PN-EN 12620, PN-EN 13043, PN-EN 13242, PN-EN 13450,
- znakowania znakiem CE - kruszywo o ciągłym uziarnieniu 0/63 mm, z informacją o zgodności wyrobu z postanowieniami normy PN-EN 13242.

W dniu 19 listopada 2012 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w uzasadnieniu podając, że oferta nie zawierała żądanych przez Zamawiającego deklaracji zgodności oferowanych kruszyw z normą PN-EN 13242, wystawionych przez producenta, potwierdzających ich zgodność z wymaganiami określonymi w *Opisie przedmiotu zamówienia* (załącznik nr 2 do SIWZ) oraz w części IV pkt 6 SIWZ. Zamawiający wskazał, że na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca złożył dokumenty oznakowania CE wyrobu, a nie deklaracje zgodności, o których mowa w § 8 ust. 1 rozporządzenia w sprawie systemów oceny zgodności.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że oferowane przez niego kruszywa są zgodne z wymogiem zgodności z normą PN-EN 13242.

Zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie systemów oceny zgodności, przez wystawienie deklaracji zgodności producent wyrobu budowlanego oświadcza, że wyrób budowlany jest zgodny ze zharmonizowaną specyfikacją techniczną wyrobu. Przywołany przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty § 8 ww. rozporządzenia określa zakres informacji zamieszczanych w deklaracji zgodności, stanowiąc, że zawiera ona w szczególności: 1) numer nadany przez wydającego; 2) określenie, siedzibę i adres producenta oraz adres zakładu produkującego wyrób budowlany; 3) określenie, siedzibę i adres upoważnionego przedstawiciela, jeżeli producent ma siedzibę poza państwem członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego; 4) opis wyrobu budowlanego, w tym rodzaj i zastosowanie; 5) deklarowane właściwości użytkowe wyrobu budowlanego; 6) wskazanie zharmonizowanej specyfikacji technicznej wyrobu; 7) warunki dotyczące stosowania wyrobu budowlanego, wynikające ze zharmonizowanej specyfikacji technicznej

wyrobu; 8) oznaczenia i siedziby notyfikowanych jednostek, jeżeli brały one udział w ocenie zgodności wyrobu budowlanego; 9) imię, nazwisko i stanowisko osoby upoważnionej do podpisania deklaracji zgodności w imieniu producenta; 10) datę wystawienia. Natomiast zgodnie z § 8 ust. 2 rozporządzenia, deklarację zgodności wystawia się przed wprowadzeniem wyrobu budowlanego do obrotu, a producent przechowuje tę deklarację i przedkłada właściwym organom kontroli na ich żądanie.

W myśl § 11 rozporządzenia w sprawie systemów oceny zgodności, oznakowania CE producent dokonuje po wystawieniu deklaracji zgodności, a przed wprowadzeniem wyrobu budowlanego do obrotu. Oznakowanie to wskazuje, że wyrób budowlany jest zgodny ze zharmonizowaną specyfikacją techniczną wyrobu i zgodność ta została potwierdzona poprzez dokonanie oceny zgodności zgodnie z systemem oceny zgodności wyrobu budowlanego, wskazanym w tej specyfikacji.

Z przywołanych przepisów wynika, że deklaracja zgodności oraz dokument znakowania znakiem CE są dwoma różnymi dokumentami, nie można więc podzielić tezy Odwołującego, że złożone przez niego dokumenty są de facto deklaracjami zgodności. Niemniej jednak dokumenty te w sposób należyty i wystarczający potwierdzają zgodność wyrobu ze wskazaną przez Zamawiającego normą. Oznakowanie znakiem CE jest następstwem dokonania przez producenta procedury oceny zgodności, zakończonej wystawieniem deklaracji zgodności. Innymi słowy, do oznakowania znakiem CE może dojść w sytuacji, gdy wyrób został uprzednio poddany ocenie i wystawiono dla niego deklarację zgodności. Nie ma więc wątpliwości, że skoro dla kruszyw oferowanych przez Odwołującego wystawione zostały dokumenty znakowania znakiem CE, w których treści stwierdza się zgodność z normą PN-EN 13242, to wyrób został poddany wymaganym procedurom, w wyniku których potwierdzono jego zgodność ze wskazaną normą.

Brak wątpliwości co do zgodności kruszyw z normą PN-EN 13242 został zresztą przyznany przez Zamawiającego podczas rozprawy. Zamawiający przyznał, że skoro wystawiono dokumenty znakowania znakiem CE, to zgodność wyrobu z normą musiała zostać uprzednio stwierdzona deklaracją zgodności. Wyjaśnił jednak, że swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oparł na fakcie niezłożenia dokładnie takiego dokumentu, na jaki wskazywały postanowienia SIWZ. Dodał również, że udostępnienie przez producenta deklaracji zgodności w celu złożenia jej kopii w ofercie nie jest zabronione i zależy od dobrej woli producenta. Przyznał jednak, że producent nie ma takiego obowiązku.

W ocenie Izby nieuzasadnione jest odrzucenie oferty w sytuacji, gdy zgodność przedmiotu zamówienia z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego jest niewątpliwa i została udokumentowana. Sam fakt, że wykonawca nie złożył dokumentu, którego

producent nie miał obowiązku mu udostępnić, nie stanowi o wadliwości oferty. Odwołujący przedstawił bowiem dokument, który potwierdza w sposób niewątpliwy zgodność z oczekiwaniami Zamawiającego i z którego wynika, że dla oferowanego wyrobu została wystawiona deklaracja zgodności.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia (który to zarzut należałoby uznać za spóźniony), stanowisko Odwołującego wyrażone podczas rozprawy potwierdziło, że zarzut taki nie jest de facto podnoszony. Odwołujący przyznał, że samo brzmienie postanowień specyfikacji nie budziło jego zastrzeżeń, a istotą zarzutów odwołania jest sposób oceny dokumentów załączonych do oferty, nie zaś brzmienie specyfikacji.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – zostało uwzględnione.

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 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), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: