

Sygn. akt: KIO 2084/11

WYROK

z dnia 6 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2011 r. przez wykonawcę **Zbigniewa Dylewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo – Handlowy Zbigniew Dylewski, 87-600 Lipno, ul. Górna 20** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łanięta, 99-306 Łanięta, Łanięta 2**

przy udziale wykonawcy **Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EMKAN – PRO Krzysztof Murawski, 18-300 Zambrów, Pstrągi Gniewoty 6**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Zbigniewa Dylewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo – Handlowy Zbigniew Dylewski, 87-600 Lipno, ul. Górna 20** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zbigniewa Dylewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo – Handlowy Zbigniew Dylewski, 87-600 Lipno, ul. Górna 20** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zbigniewa Dylewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowo – Handlowy Zbigniew Dylewski, 87-600 Lipno, ul. Górna 20** na rzecz **Gminy Łanięta, 99-306 Łanięta, Łanięta 2** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Gminę Łanięta na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Łanięta (ZP.271.2.2011). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14.07.2011 r. pod numerem 199748 - 201 1. Wnoszący odwołanie wykonawca Zakład Usługowo-Handlowy Zbigniew Dylewski podniósł w odwołaniu zarzuty dotyczące czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oraz wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy EMKAN-PRO Krzysztof Murawski, Pstrągi Gniewoty 6. W uzasadnieniu odwołania stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem czynności zamawiającego naruszają art. 7 ust.1 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 91 ust.1 ustawy Pzp i w przypadku uwzględnienia odwołania miałbym szansę na uzyskanie zamówienia, ponieważ oferta wykonawcy złożona na urządzeniach posiadających dopuszczenie do stosowania w budownictwie, przy kryterium oceny ofert, jakim jest cena i przy fakcie złożenia oferty przez oferenta - firmę EMKAN-PRO Krzysztof Murawski z s. w m. Pstrągi Gniewoty na bazie urządzeń M-BOS nieposiadających dopuszczenia do stosowania w budownictwie, byłaby w zakresie przedmiotowego zadania najkorzystniejsza, gdyby nie doszło do jej nieuzasadnionego odrzucenia. Stwierdził także, że pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów prawa, a uszczerbkiem w interesie wnoszącego niniejsze odwołanie zachodzi adekwatny związek przyczynowy. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz powtórzenie czynności oceny oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie ze sprawdzeniem, czy urządzenia oferowane przez oferentów posiadają dopuszczenie do stosowania w budownictwie. Powołując się na zasady wprowadzania wyrobów budowlanych do obrotu określone ustawą z dnia 16 kwietnia 2004r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92, poz. 4881 ze zm.) wraz z przepisami wykonawczymi, określającą zasady wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych oraz zasady ich kontroli przez organy administracji publicznej stwierdził, że przydomowa oczyszczalnia ścieków, jako wyrób budowlany wprowadzony może być do obrotu na podstawie wskazanego przepisu prawa tylko w jeden konkretny sposób. Zgodnie z rozporządzenia ministra infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym (Dz. U. Nr 198, poz. 2041)

grupy tych wyrobów wymagają minimum systemu oceny zgodności 3, a więc z udziałem jednostki notyfikowanej (znak CE). Oferowana przez EMKAN-PRO Krzysztof Murawski na dzień dzisiejszy nie posiada dopuszczenia do obrotu i stosowania w budownictwie. Nie ma też żadnej pewności, że w przyszłości będzie dopuszczona do stosowania w budownictwie. Fakt ten (nie posiadania dopuszczenia do stosowania w budownictwie i brak potwierdzenia zgodności z normą PN EN 12566-3+A1: 2009 był znany dla zamawiającego przez cały czas trwania postępowania przetargowego - oferent wybrany, jako najkorzystniejszy przedstawił pismo na ten temat dla zamawiającej gminy Łanięta). Wykonawca wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, oferując rozwiązania równoważne (montaż oczyszczalni ścieków typoszereg BIOTIC) opisywanym przez zamawiającego, co było zgodne z postanowieniami SIWZ. W celu udowodnienia, że materiał (wyrób) jest równoważny w stosunku do wymogu określonego przez zamawiającego oraz posiada dopuszczenie do obrotu i stosowania w budownictwie przedstawił dokumenty pozwalające na stwierdzenie tego faktu, tj. deklarację CE wraz z kompletem badań wykonanych w laboratorium notyfikowanym - badaniem wytrzymałości, badaniem wodoszczelności, badaniem efektywności oczyszczania. W raporcie z badań efektywności, wykonanych przez laboratorium notyfikowane nr 1397 Statybos Produkcijos Sertifikavimo Cen tras z s. w Wilnie (nr raportu: 1397-CPD-023/B w punkcie 3 określono technologię pracy proponowanych oczyszczalni typoszeregu BIOTIC, jako: niskoobciążony osad czynny). Nigdzie w dokumentach będących podstawą dopuszczenia do stosowania w budownictwie przedstawionych dla Zamawiającego nie określono technologii pracy oczyszczalni typoszeregu BIOTIC, jako niskoobciążonego osadu czynnego wspomaganego złożem biologicznym zanurzonym typu fluidalnego. Zamawiający natomiast określił powód odrzucenia oferty, jako oferowanie przez wykonawcę oczyszczalni pracujących w technologii niskoobciążonego osadu czynnego wspomaganego złożem biologicznym zanurzonym typu fluidalnego. Podkreślił także, że w żadnym dokumencie załączonym do oferty nie było tak określonej technologii pracy oczyszczalni. Podniósł także, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO przez ofertę równoważną należy rozumieć taką, która przedstawia opis przedmiotu zamówienia o takich samych parametrach lub zbliżonych do tych, które zostały określone w SIWZ, lecz oznaczone innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Nie budzi wątpliwości, że produkt równoważny nie oznacza identyczności z produktem wskazanym w SIWZ, lecz musi mieć zbliżone cechy i parametry, które są istotne dla zamawiającego. Produkt zaoferowany przez wnoszącego odwołanie takie cechy posiada i w jego ocenie spełnia kryteria równoważności. Zaoferowany przedmiot zamówienia ma właściwości funkcjonalne i jakościowe takie same lub zbliżone do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Co więcej, produkt podobny do oferowanego, pracujący w tej samej technologii został uznany przez Zamawiającego za równoważny do zaprojektowanego

(oczyszczalnia M-BOŚ) . Przede wszystkim, zgodnie z obowiązującymi przepisami Prawa budowlanego oraz ustawy o wyrobach budowlanych oferowane oczyszczalnie spełniają wymagania polskiej normy przenoszącej normę europejską PN-EN 12566-3+A1 (Małe oczyszczalnie ścieków dla obliczeniowej liczby mieszkańców (OLM) do 50 - Część 3: Kontenerowe i/lub montowane na miejscu budowy domowe oczyszczalnie ścieków) i są oznakowane CE. Nie można zaś tego powiedzieć o urządzeniach M-BOŚ oferowanych przez firmę EMKAN-PRO Krzysztof Murawski. Fakt ten (nie posiadania dopuszczenia do stosowania w budownictwie i brak potwierdzenia zgodności z normą PN EN 12566-3+A 1: 2009 był znany dla zamawiającego przez cały czas trwania postępowania przetargowego). Wykonawca podkreślił także, że(...) miał świadomość tego, że zgodnie z Pzp i oczekiwaniami zamawiającego, powołując się na rozwiązanie równoważne obowiązany jest wykazać za pomocą wymaganych dokumentów, iż faktycznie oferowane rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym. W niniejszym stanie faktycznym, wnoszący odwołanie na potwierdzenie równoważności oferowanego rozwiązania załączył do oferty deklarację zgodności proponowanych urządzeń, a także raport z badań w notyfikowanym laboratorium (dotyczący efektywności oczyszczania, wodoszczelności oraz wytrzymałości konstrukcyjnej), które w jego ocenie w sposób wystarczający potwierdzają równoważność oferowanych wyrobów. Deklaracja zgodności wskazuje wyniki badań wykonanych przez notyfikowane laboratorium ze wskazaniem numeru jednostki prowadzącej badania, zaś raport efektywności oczyszczania wskazuje technologie, w jakiej pracuje oferowana oczyszczalnia ścieków”. Zdaniem wykonawcy przyjęcie, że decyzja zamawiającego jest prawidłowa oznaczałoby, że każdy może zaoferować urządzenia niedopuszczone dostosowania w budownictwie, mając jedynie nadzieję, że w dalszym czasie (bliżej nieokreślonym) proponowany materiał zostanie dopuszczony do obrotu i stosowania w budownictwie. W sytuacji takiej jak ta - wyboru oferty wskazującej literalnie produkt, o którym wiadomo, że nie posiada dopuszczenia do obrotu i stosowania w budownictwie - oferent nie mając prawa stosować takiego produktu na etapie budowy stosuje go - naraża się na wstrzymanie budowy przez właściwe terenowo organy nadzoru budowlanego.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił skutecznie przystąpienie – w terminie i formie określonych art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca - EMKAN-PRO Krzysztof Murawski wskazując na brak interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu, albowiem Izba stwierdziła, że odwołujący się wykonawca Zakład Usługowo-Handlowy Zbigniew Dylewski nie legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tym samym odwołanie podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań w nim podniesionych. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie i doktrynie podstawą skutecznego wniesienia odwołania jest wypełnienie przez wnoszącego odwołanie materialno-prawnej przesłanki, o której stanowi wskazany przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Z ustaleń Izby wynika, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp. Tak jak stwierdziła Izba przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane, których wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot, albowiem stanowi kwotę 1.555.218,84 zł, co stanowi równowartość 405.110,40 euro i ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej reki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego. Izba ustaliła także, że kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty stanowiła cena i wnoszący odwołanie wskazał w ofercie cenę w wysokości 1.100.000,99 zł, a w kwestionowanej ofercie wskazano cenę - 1.029.859,01 zł.

Czynnością zaskarżoną w tym przypadku jest czynność odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy oraz brak odrzucenia oferty wykonawcy konkurencyjnego – EMKAN-PRO Krzysztof Murawski i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Mając na uwadze wskazany art. 180 ust.2 ustawy Pzp nie jest możliwe zaskarżenie czynności oceny i braku odrzucenia oferty innego wykonawcy. W tych okolicznościach faktycznych nie jest także możliwe kwestionowanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym okoliczności prawne uniemożliwiają każdemu wykonawcy w tych

konkretnych okolicznościach faktycznych powoływanie się na interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp wobec ograniczenia możliwości prawnych podnoszenia zarzutów tylko do oferty odwołującego się wykonawcy.

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenia w niniejszej sprawie wskazują na brak – w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp - legitymacji do wniesienia odwołania przez wykonawcę - Zakład Usługowo-Handlowy Zbigniew Dylewski i tym samym zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy Izba pozostawiła bez merytorycznego rozpoznania.

Izba na marginesie stwierdza także, że w niniejszej sprawie, nawet gdyby uznać zasadność zarzutów dotyczących oferty odwołującego się wykonawcy miałyby – w takim przypadku – zastosowanie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzone naruszenie ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Tak jak wynika z przepisu art. 180 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba może orzekać tylko co do zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy, a zatem ewentualne uwzględnienie takiego zarzutu nie może spowodować uchylecia przez Izbę wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez konkurencyjnego wykonawcę, co do której podnoszone są zarzuty niedopuszczone ustawą Pzp i który to wykonawca złożył ofertę z najniższą ceną w tym postępowaniu.

Mając powyższe ustalenia na uwadze orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp uwzględniając § 3 pkt 2 lit. b 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.

.....