

Sygn. akt: KIO 756/11

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Krzysztofa Bobrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „KB-INSTALACJE” Krzysztof Bobrowski, ul. Gliniana 65, 91-336 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Gminy Janów, ul. Parkowa 3, 16-130 Janów**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Urząd Gminy Janów, ul. Parkowa 3, 16-130 Janów i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Krzysztofa Bobrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „KB-INSTALACJE” Krzysztof Bobrowski, ul. Gliniana 65, 91-336 Łódź tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Urzędu Gminy Janów, ul. Parkowa 3, 16-130 Janów na rzecz Krzysztofa Bobrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „KB-INSTALACJE” Krzysztof Bobrowski, ul. Gliniana 65, 91-336 Łódź kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą**

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Janów reprezentowana przez Wójta Gminy wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego w dniu 25.02.2011 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem ogłoszenia 30636 - 2011, o nadanej nazwie: „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Janów”.

W dniu 06 kwietnia 2011r. Odwołujący - Krzysztof Bobrowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: "KB-Instalacje" Krzysztof Bobrowski z siedzibą przy ul. Glinianej 65, w 91-336 Łodzi został powiadomiony o podjętej przez Zamawiającego czynności odrzucenia złożonej oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt.2 w związku z niespełnieniem przez wykonawcę warunku, o którym mowa w art.82 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego Euro-Pol Tomasz Mierzejewski, ul. Wiejska 77, 07-410 Ostrołęka.

Jako przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania Zamawiający podał niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Zamawiający zauważył, że zgodnie z przedmiarem robót (pkt 14, 15 i 16 przedmiaru oraz odpowiedzią na pytania Wykonawców) wymagał, aby proponowane do montażu bioreaktory odpowiadały ujętej w przedmiarze robót normie PN-EN 12566-3+A1:2009.

Uznał, że z załączonej do oferty Krajowej deklaracji zgodności wynika, że ujęte w deklaracji jednostki certyfikujące: „EKO-KOMPLEKS” J. Fidrysiak, J. Budzińska S.J. i Politechnika Łódzka, Laboratorium Badawcze Materiałów i Konstrukcji Budowlanych KBB nie znalazły się na liście jednostek notyfikowanych w UE, które posiadają uprawnienia do przeprowadzania badań i potwierdzenia, że dane urządzenia (bioreaktory) pracują zgodnie z w/w normą. W/w jednostki certyfikujące nie są również wymienione w Polskim Centrum Akredytacji jako jednostki akredytowane posiadające laboratoria do przeprowadzenia badań zgodnie z w/w normą.

Wskazał, że dla oczyszczalni ścieków wg. PN-EN 12566-3+A1:2009 obowiązujący jest trzeci system oceny zgodności, co oznacza, że badanie może przeprowadzić laboratorium notyfikowane (przy oznaczeniu CE) lub akredytowane (przy oznakowaniu znakiem budowlanym).

Z powyższymi czynnościami Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i w dniu 11.04.2011r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i ust.3, art.26 ust.3, art.26 ust.4, art.89 ust. 1 pkt.2, art.87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), twierdząc, że oferta złożona w prowadzonym postępowaniu przetargowym jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący przy tym wnosił o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert z udziałem Odwołującego z uwzględnieniem postanowień art.87 ust. 1, art. 26 ust.3 i art.26 ust.4 ustawy Pzp.

W swoim odwołaniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający go nie wzywał na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów oraz nie wzywał na podstawie art.26 ust.4 tejże ustawy do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonych w postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art.22 ust. 1 ustawy Pzp, jak również nie prowadził postępowania wyjaśniającego w oparciu o art.87 ust. 1 cyt. wyżej ustawy.

W ocenie Odwołującego podjęta przez Zamawiającego czynność była przedwczesna, a uzasadnienie podjętej czynności odrzucenia oferty wskazywało na naruszenie art.89 ust. 1 pkt.2 oraz art.7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podniósł, że treść złożonej w postępowaniu oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a wskazane w uzasadnieniu rozstrzygnięcia postępowania przetargowego okoliczności stanowiące podstawę odrzucenia złożonej oferty są niezasadne.

Odwołujący zaznaczył, że zaoferowane przez niego przydomowe oczyszczalnie ścieków spełniają wymagania Zamawiającego określone opisem przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Podkreślił, iż Zamawiający nie żądał w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających dopuszczenie oczyszczalni do obrotu zgodnie z ustawą o wyrobach budowlanych oraz na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - o systemie oceny zgodności, a pomimo braku żądania wskazanych powyżej dokumentów Odwołujący w treści oferty zawarł niezbędne dokumenty potwierdzające wymagania Zamawiającego między innymi: Krajową deklarację zgodności nr 01/10/210.

Wywodził, że z treści deklaracji w sposób jednoznaczny wynikało przeprowadzenie badań zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 12566-3+A1:2009, a parametry oczyszczalni zostały potwierdzone przez odpowiednie badania.

Twierdził, że badania te zostały wykonane przez laboratoria akredytowane, które są zgodne z obowiązującą normą oraz Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 24.07.2006 w sprawie warunków, jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego.

Poza tym argumentację Zamawiającego dotyczącą braku akredytacji laboratoriów na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 uważał za bezpodstawną, ponieważ rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym umożliwia wskazanym w treści Krajowej deklaracji jednostkom prowadzenie takich badań na podstawie §10 ust.2 tego rozporządzenia przy zastosowaniu innych równoważnych metod badania, a w świetle przywołanego powyżej przepisu prawa badania przeprowadzone przez akredytowane jednostki laboratoryjne stanowią podstawę do wystawienia przez producenta Krajowej deklaracji zgodności.

Wskazywał, że prawidłowość wprowadzenia do obrotu oferowanych oczyszczalni oraz wystawionej Krajowej deklaracji zgodności była objęta kontrolą przez Łódzkiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Łodzi dokonaną w dniach 01 października 2010 roku do 04 października 2010 roku - nr akt kontroli: 82/2010.

Powoływał się na wyniki z dokonanych ustaleń organu kontrolującego - Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Łodzi, według których oczyszczalnie

przydomowe POŚ-KA będące wyrobem budowlanym wprowadzone zostały do obrotu oraz oznakowane znakiem budowlanym zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Załączył do akt sprawy przedmiotowy protokół kontroli.

Ponadto podkreślił, iż zgodnie ze złożonym kosztorysem ofertowym Odwołujący w sposób jednoznaczny i oczywisty zadeklarował montaż bioreaktorów spełniających przywołaną w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (przedmiarów robót normę PN-EN 12566-3+A1:2009), a zgodnie z dyspozycją Zamawiającego potwierdzenie dopuszczenia do obrotu montowanych bioreaktorów nastąpić ma na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Brak jest jakichkolwiek podstaw ze strony Zamawiającego, by uznać treść złożonej oferty za sprzeczną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący również podniósł, iż dokonana przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty była przedwczesna, a wobec tego Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut zaniechania czynności wynikającej z treści art.26 ust.3 ustawy Pzp polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w §5 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), które – zdaniem Odwołującego - były żądane przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia, że oferowane oczyszczalnie odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Ostatecznie Odwołujący również postawił zarzut zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnień zarówno złożonych w postępowaniu dokumentów (w tym schematu oczyszczalni) na podstawie art.26 ust.4 Pzp, jak również w oparciu o art.87 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty Odwołującego, wyjaśnień Zamawiającego do SIWZ, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z póź. zm.). Zarzutów naruszenia art.26 ust.3 i 4 ustawy Pzp Izba nie rozpatrywała z powodu ich wycofania na rozprawie przez pełnomocnika Odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że załączona do oferty Odwołującego Krajowa deklaracja zgodności nr 01/10/2010 na wyrób budowlany: biologiczna oczyszczalnia ścieków POŚ-KA – Typoszereg urządzeń do oczyszczania ścieków miała charakter jedynie dokumentu fakultatywnego, co jednoznacznie wynika z wyjaśnień Zamawiającego do treści SIWZ z dnia 7.03.2011r.i 11.03.2011r.

Stosownie do udzielonych wykonawcom odpowiedzi Zamawiający stwierdził, że proponowane do montażu bioreaktory powinny odpowiadać ujętej w przedmiarze robót normie PN-EN 12566-3+A1:2009, pomimo tego, że Zamawiający nie żąda udokumentowania tego faktu na etapie składania ofert. Dodatkowo Zamawiający poinformował w tym piśmie wykonawców, że posiadanie przez materiały budowlane stosownych atestów, certyfikatów i deklaracji będzie sprawdzane przez jego Inspektora Nadzoru na każdym etapie realizacji inwestycji(prac montażowych).

Zamawiający pomimo takiej treści oświadczenia przeprowadził postępowanie sprawdzające mające na celu zakwestionowanie złożonej przez Odwołującego Krajowej deklaracji zgodności.

Następstwem zastosowania tej procedury przez Zamawiającego było uzyskanie w formie wydruku ze strony internetowej Zakresu akredytacji laboratorium badawczego nr AB 1044 wydanego w dniu 10.08.2010r.przez Polskie Centrum Akredytacji dla Laboratorium Eko-Kompleks J.Fidrysiak, J.Budzińska s.j. oraz Zakresu akredytacji laboratorium badawczego nr AB 536 wydanego z dnia 7.12.2010r.przez PCA dla Laboratorium badawczego materiałów i konstrukcji budowlanych Katedry Budownictwa Betonowego Politechniki Łódzkiej. Wydruki te nie zawierały normy wskazanej w Krajowej deklaracji zgodności.

Zdaniem Izby jednak ewentualny brak w zakresie akredytacji jednostki działającej na podstawie tej normy nie przesądza w sposób absolutny, iż Odwołujący nie posiada wymaganych prawem badań przeprowadzonych przez jednostki akredytowane, bowiem wystawienie przedmiotowych dokumentów nastąpiło znacznie przed datą złożenia ofert to jest przed dniem 15.03.2011r. Nie można zatem wykluczyć, iż w okresie tym doszło do istotnych zmian w zakresie akredytacji. Zamawiający zaś nie udowodnił w formie pisemnej, w sposób nie budzący wątpliwości, iż Odwołujący nie spełnia wymagań żądanej normy. Poza tym Izba dostrzegła w samym rozumowaniu Zamawiającego istnienie poważnych luk, bowiem w z jednej strony w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że nie można przyjąć, aby dokumenty, w tym Krajowa deklaracja zgodności, złożone przez wykonawcę zawierały błędy, a z drugiej strony na rozprawie miał zastrzeżenia do jej merytorycznej treści.

Należy zatem uznać, że przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie sprawdzające mające na celu weryfikację zakresu akredytacji jednostki certyfikującej wymienionej w przedłożonej Krajowej deklaracji zgodności zostało przeprowadzone niezgodnie z warunkami SIWZ, w sposób ewidentnie naruszający zasady uczciwej konkurencji i równości.

Z materiału dokumentacyjnego przedmiotowej sprawy wynika, iż Zamawiający, pomimo ustanowionego przez siebie wymogu wykazania spełniania normy dopiero na etapie realizacji inwestycji, przeprowadził postępowanie wyjaśniające w tym zakresie jedynie w stosunku do Odwołującego, pomijając innych wykonawców.

Za głosów Izba uznała wyjaśnienia pełnomocnika Zamawiającego, iż sprawdzał zakres akredytacji wobec wszystkich wykonawców, jednak nie był on w stanie przedłożyć na poparcie swych twierdzeń jakichkolwiek dokumentów.

Jeżeli zatem Zamawiający nie miał podstaw opartych w treści SIWZ do żądania złożenia Krajowej deklaracji zgodności na etapie składania ofert, to nie miał on również prawa do prowadzenia oceny merytorycznej przedmiotowego dokumentu.

Niemniej jednak, jeżeli ocena taka nastąpiła, to powinna się ona ograniczyć do uznania deklaracji wykonawcy, że typoszereg biologicznych oczyszczalni ścieków jest zgodny ze specyfikacją techniczną zawierającą normę PN-EN 12566-3+A1.

Należy wskazać, iż w myśl § 4 ust.1 rozporządzenie z dnia 11 sierpnia 2004 r. Ministra Infrastruktury w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym (Dz.U. Nr 198, poz. 2041) producent wyrobu budowlanego przez wystawienie krajowej deklaracji zgodności oświadcza, na swoją wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny ze specyfikacją techniczną. Krajową deklarację zgodności producent przechowuje i przedkłada właściwym organom kontroli na ich żądanie.

W kontekście powyższego przepisu Izba zważyła, że przeprowadzona u Odwołującego w dniu 1.10.2011r.kontrola Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Łodzi na przydomowe oczyszczalnie ścieków POŚKA 4 i POŚKA 8 produkcji Odwołującego nie wykazała, iżby wprowadzone do obrotu wyroby budowlane były niezgodne z przepisami ustawy o wyrobach budowlanych z dnia 16.04.2004r. W szczególności organ ten nie zarzucił Odwołującemu jako producentowi wyrobu sprzeczności złożonej deklaracji zgodności z normą PN-EN 12566-3:2005+A1:2009.

Z tych wszystkich powodów Izba przyjęła zapatrywanie, iż Zamawiający nie udowodnił istnienia sprzeczności pomiędzy treścią oferty a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadniającej odrzucenie oferty Odwołującego.

Izba nie uznała jednak za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie ma charakteru obligatoryjnego.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....