

Sygn. akt: KIO 424/13

WYROK
z dnia 13 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2013 r. przez wykonawcę **AWAS-Systemy Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Chrostkowo**

przy udziale wykonawcy A..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **"Wielobranżowy Zakład Usługowy - Andrzej Sieradzki"** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę AWAS-Systemy Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę AWAS-Systemy Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy AWAS-Systemy Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Gminy Chrostkowo kwotę **3 560 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **we Włocławku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Gmina Chrostkowo (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Chrostkowo”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 stycznia 2013 roku, nr ogłoszenia 31192 – 2013 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 25 lutego 2013 r. AWAS-Systemy Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość odrzucenia swojej oferty i zarzucała Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz zasad równości;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie:
 - 1) brak raportu na trwałość,
 - 2) wystawiona deklaracja nie odpowiada Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 11 sierpnia 2004 r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczenia wyrobów budowlanych oznakowaniem CE (Dz.U. nr 195 poz. 2011)
 - 3) przedstawione karty katalogowe oraz opis działania urządzenia (CAPE pkt. 5.2) wyraźnie wskazują, że jest to oczyszczalnia działająca na zasadzie złoża biologicznego, a nie jak wymaga SIWZ złoża i osadu w oddzielnych, następujących po sobie komorach. Urządzenie nie posiada dozowania ścieków z osadnika do bioreaktora realizowanego przez sterownik określony w SIWZ oraz nie posiada retencji buforowej. Urządzenia 2 i 3m3 nie posiadają recyrkulacjipodczas gdy oferta Odwołującego w rzeczywistości spełniała wszystkie wymogi SIWZ;

3. art. 92 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wskazania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego w zakresie podania konkretnych i rzeczywistego zakresu niezgodności wystawionej deklaracja z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 11 sierpnia 2004 r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczenia wyrobów budowlanych oznakowaniem CE (Dz.U. nr 195 poz. 2011).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o jego oddalenie. Odnośnie pierwszego zarzutu odwołania wskazywał, że zgodnie z normą można przedstawić badanie niezależnej instytucji, a badanie z tablicy pierwszej stosownej normy, wtedy gdy były robione badania na trwałość. Natomiast Odwołujący nie przedstawił badań potwierdzających właściwości materiału co do trwałości. Samo stwierdzenie, że urządzenie jest zgodne z normą nie jest wystarczające wobec wymagań zawartych w specyfikacji. Zamawiający mógł wymagać raportu na trwałość, tak samo jak deklaracji zgodności i takich dokumentów wymagał. Z dokumentów złożonych przez Odwołującego wynika, że przedłożono badania na skuteczność dokonanych przez jednostkę CSTB (od str. 114 oferty) i wymiary itd. dokonane przez jednostkę czeską – protokół badania przedstawiony w odpowiedzi na wezwanie oznaczone nr. ewid. 866/70/09/BT/AO/B, natomiast z żadnego protokołu nie wynika okoliczność, czy badano zastosowane materiały co do ich trwałości.

Odnośnie drugiego zarzutu odwołania wskazywał, że w pkt ZA.2.2 normy wskazano wymogi co do deklaracji zgodności, takie same jak w rozporządzeniu. Odwołujący na rozprawie przyznał, że przedłożony przez niego dokument nie posiada wszystkich wymaganych elementów oraz oświadczył, że nie złożył deklaracji zgodności, a jedynie wzór i zdaniem Zamawiającego sama ta okoliczność wystarczyła do odrzucenia oferty. Zamawiający zauważał, że przedstawiony przez Odwołującego dokument w odpowiedzi na wezwanie jest jedynie ewentualnie oznakowaniem CE, natomiast sam Odwołujący przyznał, że nie jest to deklaracja zgodności.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił A..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "Wielobranżowy Zakład Usługowy - Andrzej Sieradzki" we Włocławku, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiając odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ z powodu braku raportu na trwałość. Nie było sporne, że Odwołujący nie załączył wymaganego przez Zamawiającego raportu na trwałość. Odwołujący powoływał się na przypis c) pod tablicą nr 1 (opisującą wskazówki odnośnie przeprowadzania „wstępnych badań typu”) normy PN-EN 12566-3+A1, gdzie wskazano, że jeżeli producent stosuje materiały, których właściwości są już potwierdzone, to badanie trwałości nie jest konieczne. Potwierdzających właściwości materiału badań trwałości Odwołujący jednak nie przedstawił. W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów Odwołujący przedłożył (odnośnie brakującego raportu na trwałość) następujące dokumenty:

- 1) protokół z badania typu wyrobu nr ewidencyjny 1017-CPD-00.585.061/09/02/05/0 wraz z załącznikiem, który zawiera wyniki badań zbiornika,
- 2) ocenę wytrzymałości elementów przydomowej oczyszczalni ścieków przeprowadzoną przez Politechnikę Koszalińską,
- 3) uzupełnienie tłumaczenia raportu z badań z jednostki notyfikowanej CSTB oraz oświadczenie producenta oczyszczalni.

2. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując że złożona deklaracja nie odpowiada Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 11 sierpnia 2004 r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczenia wyrobów budowlanych oznakowaniem CE (Dz.U. nr 195 poz. 2011) bez wskazania zakresu niezgodności.

3. Ponadto Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem się na okoliczność, że „przedstawione karty katalogowe oraz opis działania urządzenia (CAPE pkt. 5.2) wyraźnie wskazują, że jest to oczyszczalnia działająca na zasadzie złoża biologicznego, a nie jak wymaga SIWZ złoża i osadu w oddzielnych, następujących po sobie komorach. Urządzenie nie posiada dozowania ścieków z osadnika do bioreaktora realizowanego przez sterownik określony w SIWZ oraz nie posiada retencji buforowej. Urządzenia 2 i 3m³ nie posiadają

recykulacji." Tymczasem Odwołujący podnosił, że w zaoferowanej oczyszczalni praca osadu czynnego realizowana jest poprzez napowietrzanie, natomiast złoża biologiczne realizowane jest w oparciu o zawieszane złoża.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że nie doszło do nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego.

Nie było sporne, że mimo wymogu Zamawiającego Odwołujący do oferty nie załączył raportu na trwałość. Argumentacja Odwołującego, dlaczego tego nie uczynił, nie zasługuje na akceptację. Zdaniem Odwołującego, ze złożonych dokumentów wynika, że trwałość jest zgodna z wymogami Zamawiającego – jednak Zamawiający w SIWZ wymagał wprost raportu na trwałość. Po pierwsze, zdaniem składu orzekającego, nie można jednoznacznie przesądzić, że jeżeli Zamawiający żąda dokumentu w pewnych sytuacjach „ponad normę” (norma w przypisie c) do tabeli nr 1 pozwala na niewykonywanie badań wstępnych typu co do trwałości w pewnej sytuacji), to nie musi to oznaczać, że taki dokument przez wykonawcę może nie być składany. Po drugie, gdyby nawet zaakceptować wywody Odwołującego – to powinien on złożyć dokument alternatywny, dopuszczony przez przypis c) do tabeli nr 1 normy – tj. potwierdzenie właściwości materiałów przez np. dostawcę. Odwołujący nie twierdził, że takie dokumenty złożył – wskazywał (już w uzupełnieniu dokumentów z dnia 14 lutego br.), że „najważniejszym dokumentem zawartym w ofercie jest protokół z badań skuteczności oczyszczania, który został zawarty w ofercie. Jakakolwiek próba podważania tych badań jest jednocześnie równoznaczna z podważaniem wiarygodności notyfikowanej przez Unię Europejskiej”. Odwołujący podnosił, że złożył protokół z badania typu wyrobu nr ewidencyjny 1017-CPD-00.585.061/09/02/05/0 wraz z załącznikiem, który zawiera wyniki badań zbiornika – jednak z badań tych nie wynika, że obejmowały one również badanie na trwałość; ocenę wytrzymałości elementów przydomowej oczyszczalni ścieków przeprowadzoną przez Politechnikę Koszalińską - nie można go jednak uznać za dokument równorzędny dokumentowi wydawanemu przez jednostkę notyfikowaną; uzupełnienie tłumaczenia raportu z badań z jednostki notyfikowanej CSTB - także nie dotyczy on trwałości, oraz oświadczenie producenta oczyszczalni, iż notyfikowane laboratorium CSTB „uznało wyniki badań w zakresie szczelności, trwałości i wytrzymałości wykonanych przez inne jednostki (w załączeniu) jako wystarczające” – nie wymieniono jednak, które to załączniki konkretnie mają potwierdzać trwałość, nie wskazano, że francuskie laboratorium opierało się na badaniach wykonanych przez Politechnikę Koszalińską. Reasumując, nie można uznać słuszności argumentacji Odwołującego, która zmierzała do tego, że z jakiegokolwiek potwierdzenia zgodności z normą wynika, że wykonano również badania na trwałość – gdyby tak było, to składanie raportu na trwałość nie byłoby konieczne wówczas, kiedy wykonawca składa deklarację zgodności z normą. Skoro wykonawca wezwany w tym

zakresie (do uzupełnienia raportu na trwałość) nie uzupełnił dokumentu w terminie, to słusznie Zamawiający odrzucił jego ofertę jako niezgodną z SIWZ.

Odwołujący miał słuszość co do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wskazania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie podania konkretnego i rzeczywistego zakresu niezgodności wystawionej deklaracji z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 11 sierpnia 2004 r. w sprawie systemów oceny zgodności, wymagań, jakie powinny spełniać notyfikowane jednostki uczestniczące w ocenie zgodności, oraz sposobu oznaczenia wyrobów budowlanych oznakowaniem CE (Dz.U. nr 195 poz. 2011). Faktycznie, formułując podstawy odrzucenia oferty Zamawiający nie skonkretyzował podstaw faktycznych w odniesieniu do deklaracji zgodności. Niemniej jednak powyższe nie miało wpływu na wynik postępowania – jak wskazano powyżej, oferta Odwołującego i tak podlegała odrzuceniu, a ponadto jak wynikało z uzasadnienia odwołania, Odwołujący miał świadomość, jakich elementów brakowało w jego deklaracji.

Odnosnie podstawy odrzucenia oferty ze wskazaniem, że z przedstawionych kart katalogowych oraz opisu działania urządzenia (CAPE pkt. 5.2) wynika, że zaoferowana przez Odwołującego oczyszczalnia działa na zasadzie złoża biologicznego, a nie jak wymaga SIWZ złoża i osadu w oddzielnych, następujących po sobie komorach, Izba stwierdziła, że o ile w dokumentach przedłożonych Zamawiającemu zaistniała rozbieżność co do właściwości oferowanej oczyszczalni – to zasadniczo Zamawiający powinien te rozbieżności wyjaśnić. Zwrócić trzeba uwagę, że Odwołujący nie kwestionował, że z raportu CAPE wynika inny sposób działania oczyszczalni, niż opisany w SIWZ – jednak twierdził, że nie ma to znaczenia, bowiem raport CAPE nie jest składany na potwierdzenie globalnych właściwości oczyszczalni, a jedynie utrzymywał, że raport ten jest raportem z testów, a nie opisem działania, nie opisuje technologii pracy, a jedynie przedstawia wyniki badań i został przedłożony na potwierdzenie spełnienia wymagań co do tych wyników. Jednak wyjaśnienie powyższej kwestii przez Zamawiającego również nie miałoby wpływu na rozstrzygnięcie, że względu na fakt, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z powodu braku przedłożenia Zamawiającemu raportu na trwałość.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 oraz 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, a naruszenie art. 92 ust. 1 pkt. 2 nie miało wpływu na wynik postępowania.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....