

Sygn. akt: KIO 1122/11

WYROK
z dnia 7 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2011 r. przez wykonawcę **Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO Krzysztof Murawski** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Czernice Borowe**

przy udziale wykonawcy **BIOCLAR-SZKILNIK Sp. z o.o. z siedzibą w Zapolicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO Krzysztof Murawski** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO Krzysztof Murawski** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Krzysztofa Murawskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO Krzysztof Murawski** na rzecz **Gminy Czernice Borowe** 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 (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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Czernice Borowe – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na *Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków w gminie Czernice Borowe*.

W dniu 28 maja 2011 r. wykonawca Krzysztof Murawski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMKAN-PRO Krzysztof Murawski wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w punkcie 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia – roboty budowlane” Zamawiający zamieścił zapis: *Do budowy wykorzystane będą wyłącznie urządzenia nowe posiadające aprobatę techniczną stosowaną w budownictwie według obowiązujących przepisów prawa budowlanego (urządzenia powinny posiadać znak CE oraz certyfikat zgodności z normą PN - EN 12566)*. Następnie, na pytanie jednego z wykonawców, czy Zamawiający w celu uzyskania pełnych i wiarygodnych informacji na temat proponowanych przez Wykonawców urządzeń będzie wymagał załączenia do ofert ww. dokumentów (certyfikatów, raportów z badań), Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Na etapie składania ofert Zamawiający nie żąda załączania aprobat technicznych stosowanych w budownictwie według obowiązujących przepisów prawa budowlanego*.

Wobec powyższego Odwołujący złożył ofertę bez załączania certyfikatów, raportów z badań, czy aprobat technicznych. W dniu 4 maja 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty i uzupełnienia dokumentów, których w SIWZ na etapie składania ofert nie żądał. Odwołujący na zadane w wezwaniu pytanie wyjaśnił w piśmie z 9 maja 2011 r., że: *Proponowane urządzenia dopuszczone są do obrotu i stosowania w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. Nr 92 poz. 881)*.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że oferowanego przez niego wyroby nie tylko spełniają wymagania ustawy o wyrobach budowlanych, ale także wymagania wynikające z Polskich Norm przenoszących normy europejskie, zgodnie z art. 30 Prawa zamówień publicznych i art. 10 Prawa budowlanego, o których to wymaganiach Zamawiający pisze w odpowiedzi na pytanie nr 1. Natomiast Zamawiający zadał pytanie niejasne i wezwał do uzupełnienia dokumentów, których na tym etapie postępowania nie mógł żądać.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 23 maja 2011 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą treść niezgodną z SIWZ, uzasadniając to niespełnieniem przez oferowaną oczyszczalnię biologiczną M-BOS nie spełnia warunku SIWZ dotyczącego posiadania przez urządzenie znaku CE oraz certyfikatu zgodności z normą PN - EN 12566, co powoduje, że urządzenie nie spełnia wymogów w zakresie ochrony środowiska w art. 76 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2010 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 25 poz. 150 z późn. zm.). Ponadto urządzenie nie posiada również warunków określonych w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2004 r. Nr 92 poz. 881 z późn. zm.), przez co jego zastosowanie naruszy art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane

Odwołujący podniósł, że nieznanne mu są powody powyższych wniosków Zamawiającego. Odwołujący nie załączył Aprobaty technicznej IOŚ nr AT/2088-08-0322 do oferty, ani do wyjaśnień. Zamawiający nie miał prawa wyciągać wniosków, które wyartykułował w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. Treść oferty Odwołującego jest zgodna z SIWZ, zatem odrzucenie jej w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 z uzasadnieniem przedstawionym w zawiadomieniu jest naruszeniem tego przepisu. Zamawiający swoimi działaniami doprowadził do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert, bowiem zgodnie z tymi kryteriami, oferta Odwołującego była najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone 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, w postaci nieuzyskania zamówienia, mimo złożenia najkorzystniejszej oferty.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego wykonawcy Konsorcjum August Ir Ko Ecohousepro, z następujących powodów: po pierwsze wykonawca ten zgłosił przystąpienie do postępowania po stronie Odwołującego po upływie określonego w art. 185 § 2 ustawy Pzp terminu na zgłoszenie przystąpienia (zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 czerwca 2011 r., natomiast wykonawca został wezwany przez Zamawiającego do udziału w postępowaniu odwoławczym 30 maja 2011 r.), po drugie – zgłaszający przystąpienie nie miał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpił. Oferta Konsorcjum została odrzucona, a odrzucenie to – wobec niewniesienia odwołania od tej czynności – stało się ostateczne, Konsorcjum utraciło zatem status wykonawcy w niniejszym postępowaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie 3 SIWZ postanowił, że *do budowy wykorzystane będą wyłącznie urządzenia nowe posiadające aprobatę techniczną stosowaną w budownictwie według obowiązujących przepisów prawa budowlanego (urządzenia powinny posiadać znak CE oraz certyfikat zgodności z normą PN - EN 12566)*. W toku postępowania jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem, czy *Zamawiający wymaga załączenia do ofert w/w dokumentów (certyfikatów, raportów z badań)*. W dniu 26 kwietnia 2011 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi, w której poinformował, że: *Na etapie składania ofert Zamawiający nie żąda załączania aprobat technicznych stosowanych w budownictwie według obowiązujących przepisów prawa budowlanego. W „Programie Budowy Przydomowych Oczyszczalni Ścieków” opracowanym przez WFOŚiGW w Warszawie z dnia 29.03.2011r. jest taki zapis: „Dofinansowania udziela się pod warunkiem, że: 4. do budowy wykorzystywane będą wyłącznie urządzenia nowe posiadające aprobatę techniczną stosowaną w budownictwie według obowiązujących przepisów prawa budowlanego (urządzenia powinny posiadać znak CE oraz certyfikat zgodności z normą PN - EN 12566)”. Wyroby budowlane wymienione w specyfikacji powinny spełniać wymagania wynikające z Polskich Norm przenoszących normy europejskie, zgodnie z art. 30 Prawa zamówień publicznych, art. 10 Prawa budowlanego i art. 5 ustawy o wyrobach budowlanych.*

Odwołujący, w dniu 4 maja 2011 r. został wezwany do wyjaśnienia treści oferty, tj. wyjaśnienia, czy *proponowane urządzenia posiadają normy zgodności CE i PN* i złożenia kopii tych dokumentów. W odpowiedzi poinformował, że *proponowane urządzenia dopuszczone są do obrotu i stosowania w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych*. Odwołujący nie przedstawił wraz z powyższymi wyjaśnieniami żadnych dokumentów.

Poza próbą wyjaśnienia treści oferty Zamawiający uzyskał opinię rzeczoznawcy MOŚZNiL, z której wynika, że warunek posiadania odpowiednich atestów, aprobat, a przede wszystkim deklaracji zgodności PN-EN 12566-3 i znaku CE, spośród zaoferowanych w tym postępowaniu urządzeń, posiada jedynie oczyszczalnia typu BIOCLAR.

W dniu 23 maja 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w uzasadnieniu wskazując, że: *Oczyszczalnia biologiczna M-BOŚ posiada Aprobata techniczną Instytutu Ochrony Środowiska AT/2088-08-0322. Aprobata techniczna IOŚ nr AT/2088-08-0322, dla oczyszczalni biologicznej M-BOŚ, nie spełnia warunku określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ustanawiającego wymóg posiadania przez urządzenie znaku CE oraz certyfikatu zgodności z normą PN - EN 12566. Instytut Ochrony Środowiska nie znalazł się na liście jednostek notyfikowanych w Unii Europejskiej, które posiadają uprawnienia do przeprowadzania badań zgodności z normą PN - EN 12566. Brak posiadania przez oczyszczalnię M-BOŚ znaku CE oraz certyfikatu zgodności z normą PN - EN 12566 powoduje, że urządzenie nie spełnia wymogów w zakresie ochrony środowiska w art. 76 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2010 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 25 poz. 150 z późn. zm.). Urządzenie nie posiada również warunków określonych w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. z 2004 r. Nr 92 poz. 881 z późn. zm.), przez co jego zastosowanie naruszy art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623 z późn. zm.), co w konsekwencji spowoduje brak możliwości jego użytkowania, bądź użytkowanie niezgodne z ustawą Prawo budowlane.*

W ocenie Izby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty była prawidłowa.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że jednym z wymogów SIWZ było, aby urządzenia wykorzystane do budowy posiadały znak CE oraz certyfikat zgodności z normą PN - EN 12566. Kwestią sporną jest uprawnienie Zamawiającego do weryfikacji spełnienia ww. warunku na etapie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Wg twierdzeń Odwołującego, Zamawiający nie miał prawa żądać od wykonawców wykazania spełnienia tego wymogu na etapie składania ofert, bowiem jednoznacznie stwierdził, że nie wymaga załączenia do oferty stosownych certyfikatów, a z SIWZ wynika, że obowiązek ich posiadania istnieje dopiero przy realizacji zamówienia.

Z powyższą tezą Odwołującego nie można się zgodzić. Po pierwsze, Zamawiający ma prawo i obowiązek zbadania oferty pod kątem jej zgodności ze specyfikacją. Przyczyną odrzucenia oferty nie było zaniechanie załączenia do niej stosownych certyfikatów, Zamawiający bowiem nie nałożył na wykonawców obowiązku ich przedstawienia, czemu jednoznacznie dał wyraz w odpowiedzi na pytanie dotyczące treści SIWZ. Nie zmienia to jednak faktu, że oferta musi spełniać wszystkie wymagania wynikające ze specyfikacji, a Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień w zakresie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymogami SIWZ. W sytuacji powzięcia przez Zamawiającego

wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SIWZ, uprawnionym działaniem jest wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto bezpodstawne jest twierdzenie, że oferowane urządzenia musiały posiadać stosowne certyfikatów dopiero w czasie realizacji umowy. Powinny być one zgodne ze specyfikacją już w momencie złożenia oferty, natomiast przesunięty w czasie został jedynie obowiązek przedłożenia tych certyfikatów.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, powziął wątpliwości co do zgodności oferty Odwołującego z wymogiem punktu 3 SIWZ. Wg wiedzy Zamawiającego, wynikającej – jak stwierdził na rozprawie – z powszechnie dostępnych informacji oraz potwierdzonej opinią rzeczoznawcy – oczyszczalnia oferowana przez Odwołującego posiada Aprobatę techniczną Instytutu Ochrony Środowiska, który nie jest jednostką notyfikowaną posiadającą uprawnienia do przeprowadzania badań zgodności z normą PN - EN 12566. Takie informacje czy wątpliwości Zamawiającego z pewnością nie mogły stanowić podstawy odrzucenia oferty, były natomiast okolicznościami w pełni uzasadniającymi zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienia, co Zamawiający uczynił.

Zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienia Zamawiający uprawniony był żądać dokumentów potwierdzających zgodność oferty z treścią SIWZ. Nie można bowiem oczekiwać od Zamawiającego bezkrytycznego przyjęcia twierdzeń wykonawcy, niepopartych żadnymi dowodami. W tej sytuacji złożenie certyfikatów nie było wynikającym z SIWZ obowiązkiem przedłożenia dokumentów w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale było elementem procedury wyjaśniania treści oferty i miało być środkiem do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego i wykazania zgodności oferty ze specyfikacją.

W takiej sytuacji obowiązkiem Odwołującego – który twierdzi, że jego oferta spełnia wymóg w zakresie posiadania certyfikatów zgodności – było wykazanie spełniania tego warunku, poprzez złożenie stosownych wyjaśnień i poparcie ich dowodami. Tymczasem udzielona przez wykonawcę odpowiedź nie zawiera de facto żadnego wyjaśnienia, a zgodność oferty ze specyfikacją nie została wykazana. Przyczyną odrzucenia oferty nie było jednak zaniechanie złożenia wystarczających wyjaśnień co do treści oferty, ale ocena Zamawiającego, która musiała zostać dokonana na podstawie wiedzy, jaką posiadał bez uzyskania wyjaśnień. W świetle tej wiedzy oferta nie odpowiadała treści SIWZ i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Czynność ta została przez Zamawiającego poprzedzona próbą wyjaśnienia treści oferty oraz zasięgnięciem opinii specjalisty, co świadczy o dołożeniu należytej staranności przy jej ocenie.

Bezpodstawne są zarzuty Odwołującego dotyczące braku precyzyjnych zapisów w piśmie wzywającym do wyjaśnień. Nieprzytoczenie w treści pisma norm, z którymi

zgodność Zamawiający chce zweryfikować nie świadczy o tym, że pismo było dla wykonawcy niezrozumiałe, w związku z czym nie miał on możliwości złożenia odpowiednich wyjaśnień. Odwołującemu znana była treść specyfikacji, zatem sformułowane przez Zamawiającego pytanie w świetle jej postanowień nie powinno nasuwać żadnych wątpliwości, oczywiste bowiem było, że Zamawiający oczekuje wyjaśnień w zakresie posiadania znak CE oraz certyfikatu zgodności z normą PN - EN 12566.

Podobnie za wadę wezwania do wyjaśnień nie można uznać podnoszonego przez Odwołującego braku wskazania w tym wezwaniu podstawy prawnej jego wystosowania. W treści pisma znalazło się bowiem jednoznaczne stwierdzenie, że wezwanie dotyczy wyjaśnienia treści oferty, tj. procedury z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

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 i 2b 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:

.....