

Sygn. akt: KIO 1748/11

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę Przemysława Gruszkę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „HOME&SERVICE” w Kunowie, 27-415 Kunów, Boksycka 153 w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Słupię (Jędrzejowską), 28-350 Słupia 257

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego się i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Przemysław Gruszka „HOME&SERVICE”.
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Słupię (Jędrzejowską), 28-350 Słupia 257 i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przemysława Gruszkę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „HOME&SERVICE” w Kunowie, 27-415 Kunów, Boksycka 153
 - 2.2 zasądza od Gminy Słupia (Jędrzejowska), 28-350 Słupia 257 na rzecz wykonawcy Przemysława Gruszki prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „HOME&SERVICE” w Kunowie, 27-415 Kunów, Boksycka 153, kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Gminę Słupia (Jędrzejowska) na „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków w Gminie Słupia (Jędrzejowska)”, wobec czynności odrzucenia oferty przedsiębiorcy Przemysław Gruszki, wykonawca ten wniósł w dniu 16 sierpnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1748/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 sierpnia 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty przekazanej w dniu 9 sierpnia 2011 r. faksem. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań nieprzekraczających kwot określonych w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy.

W odwołaniu postawiony został zarzut błędnego uzasadnienia faktycznego i błędnej oceny dokumentów załączonych do oferty (deklaracji zgodności, certyfikatów), która stanowiła podstawę podjęcia zaskarżonej decyzji. Odwołujący wniósł o uchylenie decyzji o odrzuceniu jego oferty, uznanie, iż oferta spełnia wymagania formalne i materialno-prawne do zakwalifikowania do przedmiotowego postępowania przetargowego i jej merytoryczne rozpatrzenie, przy założeniu, że nie występują zarzucane przez zamawiającego przyczyny formalne.

W uzasadnieniu, odwołujący odniósł się do okoliczności wskazanej przez zamawiającego, jako podstawa odrzucenia oferty i dotyczącej przedłożonej w ofercie deklaracji zgodności wydanej przez instytucję nie objętą wykazem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2011 r., w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych państw członków Unii Europejskiej upoważnionych do wydawania europejskich aprobat technicznych oraz wykazu wytycznych do europejskich aprobat technicznych. Odwołujący podnosił, iż wskazane rozporządzenie nie ma zastosowania do przydomowych oczyszczalni ścieków, a zakres jego stosowania określa załącznik nr 2. Odwołujący zaprzeczył możliwości uznania za właściwe twierdzenie, że przydomowa oczyszczalnia ścieków, opisana przez zamawiającego w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, powinna posiadać europejską aprobatę techniczną. Opisany przez zamawiającego za pomocą normy PN EN 12566-3:2005+A1:2009, jako „Małe oczyszczalnie ścieków do 50 RLM.3 część. Fabrycznie i (lub) na budowie zmontowane oczyszczalnie ścieków”, przedmiot zamówienia musi posiadać znak CE. Od 2 listopada 2010 r. przydomowe oczyszczalnie ścieków można oznakować CE tylko wtedy, gdy spełniają wymagania zawarte w normie EN 12566-3:2005+A1:2009. Wymagany system oceny zgodności jest systemem 3, w którym badania typu, muszą być

wykonywane przez laboratorium notyfikowane. Wykaz notyfikowanych laboratoriów badawczych w zakresie ww. normy jest publikowany w serwisie NANDO portalu Komisji Europejskiej. Pod numerem 1015 wymieniony został STROJIRENSK ZKUSEBNI USTAV s.p. z Brna, które to laboratorium przebadano zaofertowaną przez odwołującego przydomową oczyszczalnię ścieków, co potwierdza załączony do oferty certyfikat, wystawiony przez notyfikowaną jednostkę i sporządzona na podstawie badań w notyfikowanej jednostce deklaracja zgodności sporządzona przez producenta oczyszczalni.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie, Izba nie stwierdziła wystąpienia okoliczności mogących prowadzić do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym i rozpoznała zarzuty merytorycznie. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się w dążeniu do przywrócenia jego oferty do postępowania i tym samym umożliwienia jej wyboru jako najkorzystniejszej spośród pozostałych, nie odrzuconych przez zamawiającego ofert.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności oceny oferty odwołującego uznanej przez zamawiającego za niezgodną z treścią siwz, co skutkowało jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl. i dokonaniem wyboru oferty droższej, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu decyzji uznającej ofertę odwołującego za niezgodną z treścią siwz, zamawiający wskazał, że oferent przedłożył Deklarację Zgodności wydaną przez instytucję nie objętą wykazem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2011 r. w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych państw członkowskich Unii Europejskiej upoważnionych do wydania europejskich aprobat technicznych oraz wykazu wytycznych do europejskich aprobat technicznych (MP. Nr 44 poz. 481).

Mając na uwadze stanowiska stron, treść oferty oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia, a także złożone na rozprawie pisma, Izba uznała stanowisko odwołującego za zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż w sprawie nie było sporu co do ustalenia istnienia wymagania zamawiającego, aby oferowane urządzenie – przydomowa oczyszczalnia ścieków spełniała wymagania określone w normie zharmonizowanej PN EN 12566-3:2006+A1:2009 „Małe oczyszczalnie ścieków do 50 RLM. 3 część. Fabrycznie i (lub) na budowie zmontowane oczyszczalnie ścieków”. Wymaganie to zostało ujęte w zapisach specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, stanowiącej załącznik nr do siwz, jak również było przedmiotem kierowanych do zamawiającego pytań do treści siwz. Różnica stanowisk stron sprowadzała się do kwestii ustalenia, czy opisany przedmiot zamówienia powinien posiadać europejską aprobatę techniczną, tj. posiadać pozytywną ocenę techniczną poprzedzoną badaniem wykonywanym przez laboratorium notyfikowane objęte wykazem jednostek organizacyjnych ogłoszonym obwieszczeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2011 r. (MP, Nr 44, poz. 481). Podstawą odrzucenia oferty odwołującego było bowiem uznanie przez zamawiającego, iż złożone w ofercie dokumenty – deklaracja zgodności została wydana przez laboratorium nie objęte wykazem jednostek organizacyjnych państw członkowskich Unii Europejskiej upoważnionych do wydawania europejskich aprobat technicznych, stanowiący załącznik nr 1 do obwieszczenia Ministra Infrastruktury. Odwołujący załączył do oferty deklarację zgodności CE producenta oczyszczalni ścieków, jak również wydany przez notyfikowane laboratorium badawcze STROJIRENSKY ZKUSEBNI USTAV S.P. z Brna (wymienione na portalu Komisji Europejskiej pod numerem 1015) certyfikat, potwierdzający pozytywny wynik badań oczyszczalni ścieków na zgodność z normą zharmonizowaną EN 12566-3+A1:2009.

Mając na uwadze przywoływane przez strony postanowienia zawarte w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (pkt 2.5), jak również powoływane na rozprawie odpowiedzi zamawiającego na pytania dotyczące postanowień siwz, Izba uznała, iż zamawiający nie wymagał załączenia do oferty Aprobaty Technicznej (Certyfikatu) wydanego przez uprawnioną notyfikowaną jednostkę organizacyjną, jak również nie wymagał załączenia do oferty Deklaracji Zgodności WE wystawionej przez producenta oczyszczalni

W punkcie 2.5 stwior zamawiający określił wymagania, jakie musi spełniać urządzenie, poprzez wskazanie na konieczność zapewnienia zgodności z Dyrektywą Produktów Budowlanych 89/106/EEC, spełnienie wymagań Dyrektywy Unii Europejskiej 89/106/EEC stwierdzone przeprowadzonymi badaniami w jednostce notyfikowanej, odpowiadające wszystkim standardom PN EN 12566-3:2006+A1:2009 „Małe oczyszczalnie ścieków do 50 RLM. 3 część. Fabrycznie i (lub) na budowie zmontowane oczyszczalnie ścieków”. Zamawiający w dalszej treści tego punktu określił minimalne poziomy redukcji

zanieczyszczeń dla poszczególnych parametrów, stwierdzone wynikami badań. Zarówno w powoływanym punkcie załącznika nr 1 do siwz, jak i samej siwz, w tym w szczególności w punkcie dotyczącym wymaganych dokumentów (pkt 13), zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenie wymagań zamawiającego, a więc dokumentów, do których odesłanie zawiera art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby, również z treści odpowiedzi zamawiającego z dnia 8 oraz 13 lipca 2011 r. udzielonych na pytania wykonawców, nie można wywieść, iż wymóg taki został przez niego wskazany. W szczególności przeczy takiemu wnioskowi odpowiedź na pytanie nr 2 z dnia 8 lipca 2011 r., w którym to pytaniu wykonawca zwracał się o wyjaśnienie, czy wykonawcy mają obowiązek załączenia do oferty Aprobaty Technicznej (Certyfikatu) udzielonej przez notyfikowane jednostki (...) oraz Deklarację Zgodności WE producenta, a w odpowiedzi zamawiający jedynie wskazał na żądanie zgodności z normą PN EN 12566-3:2006+A1:2009 udzielonej przez notyfikowane jednostki (...), nie odnosząc się do kwestii istnienia obowiązku przedłożenia w ofercie wskazanych w zapytaniu dokumentów. Pozostałe odpowiedzi zamawiającego prowadzą jedynie do stwierdzenia konieczności spełniania przez dostarczane urządzenie normy PN EN 12566-3 +A1:2009. Izba nie przyjęła, jako wiążącej w postępowaniu wykonawców, informacji skierowanej przez zamawiającego do projektanta o żądaniu załączenia do oferty Aprobaty Technicznej lub Certyfikatu wydanego przez notyfikowaną jednostkę zgodną z Obwieszczeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18.05.2011 r. (...) oraz Deklaracji Zgodności WE, które to intencje nie znalazły odzwierciedlenia w zapisach siwz. W tej sytuacji, brak załączenia do oferty dokumentów, do których złożenia wykonawcy nie byli zobowiązani w oparciu o zapisy siwz, nie mógł stanowić samoistnej podstawy do negatywnej oceny oferty żadnego z wykonawców, a zatem stanowić podstawy do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz. Ponieważ wykonawca, pomimo braku takiego obowiązku, załączył do oferty dokumenty dotyczące oferowanej oczyszczalni ścieków, zamawiający mógł na tej podstawie dokonać sprawdzenia, czy urządzenie spełnia wymagania opisane w stwior. W tej sytuacji, w związku z niekorzystną oceną zamawiającego, konieczne było ustalenie, czy oferowane urządzenie odpowiada wymaganiom zamawiającego opisanym w siwz.

W ocenie Izby, ocena zamawiającego była nieprawidłowa, gdyż zaoferowana oczyszczalnia ścieków posiada Deklarację Zgodności CE z wymaganiami określonymi w Dyrektywie Europejskiej 89/106/EEC oraz z właściwościami i warunkami przedstawionymi w normie EN 12566-3+A1:2009, potwierdzone wynikami badań przeprowadzonymi w jednostce notyfikowanej (które to wymagania zostały wskazane w pkt 2.5 stwior). Zamawiający ustalając, czy oferowana oczyszczalnia spełnia wymagania nie mógł wykraczać w swojej ocenie poza wskazane w załączniku do siwz warunki dotyczące zamierzonego efektu

ekologicznego oraz sprawności urządzenia. Ponieważ zamawiający nie kwestionował wyników badań przeprowadzonych w jednostce notyfikowanej dotyczących procentowego poziomu redukcji zanieczyszczeń dla poszczególnych parametrów wskazanych załączniku nr 1 do siwz, ich ocena nie była objęta zakresem zarzutów podnoszonych w odwołaniu, a zatem nie była również przedmiotem badania przed Izbą. Kwestia sporną było natomiast ustalenie, czy jedynie urządzenie posiadające Aprobatę Techniczną (Certyfikat) wydaną przez jednostkę badawczą wskazaną w wykazie Ministerstwa Infrastruktury, spełniało wymagania opisane w siwz. W ocenie Izby, takiego wymagania nie sposób wywieść zarówno z samej siwz, jaki i całokształtu odpowiedzi zamawiającego. W pierwszej kolejności Izba miała na uwadze zakres postanowień zawartych w pkt 2.5 stwior, z których jedynie wynika, iż badanie urządzenia na zgodność z normą PN EN 12566-3:2006+A1:2009 miało być wykonane w jednostce notyfikowanej, a wyniki badań stanowić miały podstawę wydania Certyfikatu CE. W odpowiedzi zamawiającego z dnia 8 lipca 2011 r. udzielonej na pytanie nr 2 zamawiający wprowadził w ślad za treścią pytania wskazał na konieczność potwierdzenia pozytywnej oceny wyrobu przez notyfikowane jednostki organizacyjne objęte wykazem jednostek organizacyjnych państw członkowskich Unii Europejskiej upoważnionych do wydawania europejskich aprobat technicznych, stanowiącym załącznik do obwieszczenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2011 r. (Monitor Polski nr 44 poz. 481), to należy mieć na uwadze jego kolejną odpowiedź z dnia 13 lipca 2011 r., w której nie dopuścił innych certyfikatów oprócz wydanych przez jednostki notyfikowane w Unii Europejskiej. Jednostką notyfikowaną w Unii Europejskiej, pomimo, iż nie została wskazana w wykazie Ministerstwa Infrastruktury, jest laboratorium badawcze z Brna, której to okoliczności zamawiający nie zaprzeczał. W ocenie Izby, nie było zatem podstaw do kwestionowania pozytywnego wyniku badań przeprowadzonego według normy EN 12566-3+A1:2009, co stanowiło sprecyzowany w siwz warunek, jaki spełniać miało oferowane urządzenie. W ocenie Izby, skoro zaoferowana oczyszczalnia ścieków spełnia wymagania normy EN 12566-3+A1:2009, co potwierdzają niewymagane, jednak załączone do oferty dokumenty, to zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty z przyczyn, jakie wskazał w uzasadnieniu.

W tych okolicznościach nie było podstaw do utrzymania, jako prawidłowej oceny zamawiającego wskazującej na niezgodności oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była ofertą najtańszą spośród ofert, których zamawiający nie odrzucił, jej odrzucenie dokonane z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, miało znaczenie dla ustalonego wyniku postępowania. W związku z powyższym, mając na uwadze normę art. 192 ust. 2 ustawy, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności oceny ofert.

Uwzględniając odwołanie Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PrZamPubl, a także § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) i obciążyła kosztami postępowania zamawiającego. Izba zasądziła na rzecz odwołującego koszty poniesione przez stronę z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania, zaliczanego na podstawie § 3 ust. 1 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: