

WYROK
z dnia 28 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Krzysztofa Bobrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „KB-INSTALACJE” Krzysztof Bobrowski, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Szulborze Wielkie - w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków”,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wezwanie w ramach tej oceny Odwołującego do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom opisanym w pkt VI.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Szulborze Wielkie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10.000 zł 00 gr [słownie: dziesięciu tysięcy złotych, zero groszy] z kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego - Krzysztofa Bobrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „KB-INSTALACJE” Krzysztof Bobrowski;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 13.600 gr [trzynastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy] przez Zamawiającego - Gminę Szulborze Wielkie na rzecz Odwołującego - Krzysztofa Bobrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „KB-INSTALACJE” Krzysztof Bobrowski, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tekst jedn.: 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 w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę przydomowych oczyszczalni ścieków” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia wynosi 1.381.159,16 zł [359.770,55 euro].

Ogłoszenie o zamówieniu zostało ukazano się w dniu 10 lutego 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem ogłoszenia 49315 - 2011r.

Zamawiający w dacie 16 marca 2011 r. powiadomił wykonawców o dokonaniu oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Multi Kom Andrzej Nakielski w Ostrołęce i Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe WODBUM M. Wojtkowski w Warszawie, i odrzuceniu oferty Odwołującego. Od czynności odrzucenia oferty Odwołujący w dniu 21 marca 2011 r. wniósł odwołanie, zarzucając 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.

Odwołujący wniósł 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 ewentualnym uwzględnieniem postanowień art. 87 ust. 1, art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach określonych ustawą Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentuje, iż:

- Zamawiający nie wzywał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów oraz nie wzywał na podstawie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonych w postępowaniu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również nie prowadził postępowania wyjaśniającego w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

KIO 555/11 2

- Podjęta przez Zamawiającego czynność jest przedwczesna, a uzasadnienie odrzucenia oferty wskazuje w sposób jednoznaczny na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść złożonej w postępowaniu oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia: oferowane przez Odwołującego przydomowe oczyszczalnie ścieków spełniają wymagania Zamawiającego określone opisem przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Odwołujący w treści oferty zawarł niezbędne dokumenty potwierdzające wymagania Zamawiającego między innymi: Krajową deklarację zgodności nr 01/10/210 [strona 38 oferty], Raport z badań nr 43/10/1 [strona 41 oferty], Raport z badań nr 43/10/2 [strona 42 oferty], Raport z badań nr 13/12/2010 [strony 43 - 47 oferty]. Z treści deklaracji oraz złożonych raportów w sposób jednoznaczny wynika, iż badania przeprowadzono zgodnie z wymaganiami normy PN-EN 12566-3, a parametry oczyszczalni zostały potwierdzone przez odpowiednie badania. 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. Zasady wprowadzania wyrobów budowlanych do obrotu określa ustawa z dnia 16 kwietnia 2004r. o wyrobach budowlanych [Dz. U. Nr 92, poz. 881 z późn. zm.] wraz z przepisami wykonawczymi, określającą zasady wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych oraz zasady ich kontroli przez organy administracji publicznej. Przydomowa oczyszczalnia ścieków jako wyrób budowlany wprowadzony może być do obrotu na podstawie wskazanego przepisu prawa na dwie możliwości. Zgodnie z rozporządzeniem 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] lub akredytowanej [znak budowlany]. Oznakowanie wyrobu znakiem budowlanym następuje zgodnie z tym rozporządzeniem. Zarzut Zamawiającego dotyczący braku akredytacji laboratoriów na zgodność z normą PN-EN 12566-3+A1:2009 jest bezpodstawny, ponieważ przywołane rozporządzenie wskazanym w treści Krajowej deklaracji jednostkom prowadzenie takich badań na podstawie § 10 ust. 2 tego rozporządzenia przy zastosowaniu innych równoważnych metod badania. Rozporządzenie stanowi: „Zakres akredytacji laboratorium powinien odnosić się do metod badań wyrobów budowlanych i być określony przez odwołanie się do numerów norm na metody badań lub procedur

KIO 555/11 3

badawczych, przywołanych w specyfikacjach technicznych, lub innych równoważnych metod badania”. W świetle przywołanego powyżej przepisu, badania przeprowadzone przez akredytowane jednostki laboratoryjne stanowią podstawę do wystawienia przez producenta Krajowej deklaracji zgodności. Prawdliwość wprowadzenia do obrotu oferowanych oczyszczalni oraz wystawionej Krajowej deklaracji zgodności była objęta kontrolą przez Łódzkiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Łodzi dokonaną w dniach 1 października 2010 roku do 4 października 2010 roku - Nr akt kontroli: 82/2010. Jak wynika z dokonanych ustaleń organu kontrolującego, oczyszczalnie przydomowe POŚ-KA będące wyrobem budowlanym wprowadzone zostały do obrotu oraz oznakowane znakiem budowlanym zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Ustalenia organu kontrolującego potwierdzają prawidłowość wprowadzenia do obrotu wyrobu budowlanego jakim są przydomowe oczyszczalnie ścieków oraz prawidłowość wystawienia Krajowej deklaracji zgodności.

- Dokonana przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty jest przedwczesna: Odwołujący stawia Zamawiającemu zarzut zaniechania czynności wynikającej z treści art. 26 ust. 3 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], a żądanych przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w celu potwierdzenia, że oferowane oczyszczalnie odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

- Odwołujący również stawia zarzut zaniechania przez Zamawiającego wyjaśnień zarówno złożonych w postępowaniu dokumentów [w tym schematu oczyszczalni] na podstawie art. 26 ust. 4, jak również w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania, argumentując, iż nie wyzwał wykonawcy do uzupełnienia spornego dokumentu bowiem oczywistym jest, że oferta podlega odrzuceniu, ponieważ dokumentu potwierdzającego spełnienia wymagań normy nie da się uzupełnić, skoro laboratoria przeprowadzające badania nie posiadają w zakresie tej normy akredytacji. Powołał się Zamawiający na poglądy wyrażane w piśmiennictwie, to jest w Komentarzu do ustawy prawo zamówień publicznych a także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. KIO 1044/10.

KIO 595/11 4

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Oceniając stan faktyczny sprawy oraz kwestionowaną w odwołaniu i w granicach tego odwołania [zgodnie z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych] czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, uznano że w analizowanym zakresie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które – w myśl regulacji art. 192 ust. 2 ustawy, miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu postawił w treści pkt III.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także w pkt II.1.3 ogłoszenia wymaganie, by zaoferowany przedmiot: przydomowe oczyszczalnie ścieków były zgodne z normą PN-EN 12566–3+A1:2009.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wymagał złożenia kart katalogowych, rysunków, 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 tj. m.in. aprobat, atestów, deklaracji zgodności, certyfikatów wraz z dokumentami stanowiącymi podstawę do ich wydania a także potwierdzających skuteczność oczyszczalni (jakość oczyszczonych ścieków) zgodnie z rozporządzeniem w sprawie warunków jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi [pkt VI.10 specyfikacji]. W odpowiedziach na zadane wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie pytania [odpowiedzi na pytanie 2 i 3 z zestawu udzielonych odpowiedzi],

KIO 595/11 5

Zamawiający wyjaśnił, iż wymaga dołączenia dokumentów wraz z dokumentami stanowiącymi podstawę ich wydania.

Wraz z ofertą Odwołujący złożył *Krajową deklarację zgodności nr 01/10/2010* z dnia 6 października 2010 r. dla oferowanych przez siebie biologicznych oczyszczalni ścieków typu

POŚ-KA – Typoszereg urządzeń do oczyszczania ścieków, wskazującą w treści na spełnienie wymagań w zakresie zgodności z wymaganą normą, przy czym oznaczenie normy w części tytułowanej *Specyfikacja techniczna* zostało podane w sposób nie w pełni odpowiadający jej nomenklaturze: „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”

Zamawiający nie podnosił, by w *Krajowej deklaracji zgodności* dotyczącej oczyszczalni ścieków wskazana została niewłaściwa norma; nie kwestionował oznaczenia tej normy, która w deklaracji wskazuje jedynie początkową część właściwej normy, bez końcówki wskazującej na jej aktualizację [zwrócić warto uwagę, że sporna norma była aktualizowana, zaś jej kolejne aktualizacje znajdowały wyraz także w nazwie – numeracji normy, odnosząc się w końcowej części do odpowiedniego wskazania roku: EN 12566-3:2005, EN 12566 -3:2005+A1:2009).

Właściwe – wynikające z treści *Ogłoszenia Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 18 lutego 2010r. w sprawie wykazu norm zharmonizowanych* [Monitor Polski Nr 11, poz. 119], w pozycji 27 oznaczenie tej normy to *PN-EN 12566-3+A1:2009 [EN 12566-3:2005+A1:2009]*, przy czym norma ta zastąpiła wcześniejszą normę EN 12566-3:2005 z dniem 1 listopada 2009 r., zaś po rocznym okresie przejściowym, gdy dopuszczalne było posługiwanie się normą wcześniejszą, od dnia 1 listopada 2010 r. jest jedyną funkcjonującą normą zharmonizowaną z dyrektywą nowego podejścia 89/106/EWG w zakresie małych oczyszczalni ścieków dla liczby mieszkańców do 50 – Część 3: Kontenerowe i/lub montowane na miejscu budowy domowe oczyszczalnie ścieków.

Nie przesądzając, czy powyższe jest następstwem zwykłego błędu pisarskiego czy też wynika z innych powodów, złożona przez Odwołującego *Krajowa deklaracja zgodności* odnosi się do niepełnego oznaczenia wymaganej przez Zamawiającego normy, co powoduje, że nie sposób stwierdzić na podstawie tej deklaracji, czy spełnione zostało wymaganie postawione przez Zamawiającego w zakresie zgodności oferowanej oczyszczalni z normą PN-EN 12566–3+A1:2009.

Ponadto – i to było spornym między stronami – deklaracja ta opatrzona została raportami z badań: nr 43/10/1 [badanie wytrzymałościowe konstrukcji], nr 43/10/2 [badanie wodoszczelności oczyszczalni] przeprowadzonymi przez laboratorium, zgodnie z normą we

KIO 595/11 6

wcześniejszym, wycofanym brzmieniu, to jest PN-EN 12566-3; a także raportem z badań nr 13/12/2010 – w zakresie średnich wartości zanieczyszczeń na dopływie i odpływie przy przepływie nominalnym a także wartości skuteczności przy przepływie nominalnym - przez laboratorium, także zgodnie z normą PN-EN 12566-3. Powyższa okoliczność spowodowała odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z wymaganiem postawionym treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest wymaganiem, by oferowane oczyszczalnie spełniały wymagania wynikające z normy PN-EN 12566–3+A1:2009, co jest równoznaczne ze złożeniem deklaracji zgodności wraz z raportami badań odnoszącymi się do tej właśnie normy.

Poddając ocenie powyższą decyzję Zamawiającego wraz z uzasadniającymi ją zastrzeżeniami Zamawiającego dostrzec należało, iż zgodnie z treścią art. 4 i 5 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych [Dz.U. z 2004 r., Nr 92 poz. 881], wyrób budowlany może być wprowadzony do obrotu, jeżeli nadaje się do stosowania przy wykonywaniu robót budowlanych, w zakresie odpowiadającym jego właściwościom użytkowym i przeznaczeniu, to jest ma właściwości użytkowe umożliwiające prawidłowo zaprojektowanym i wykonanym obiektom budowlanym, w których ma być zastosowany w sposób trwały, spełnienie wymagań podstawowych. Wyrób budowlany nadaje się do stosowania przy wykonywaniu robót budowlanych, jeżeli jest: oznakowany CE; albo umieszczony w określonym przez Komisję Europejską wykazie wyrobów mających niewielkie znaczenie dla zdrowia i bezpieczeństwa, dla których producent wydał deklarację zgodności z uznanymi regułami sztuki budowlanej; albo oznakowany znakiem budowlanym. Bezspornym w sprawie jest, że oferowane oczyszczalnie stanowią wyrób budowlany, jak i to, że nie posiadają znaku CE [zgodnie 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 oznaczania wyrobów budowlanych*

oznakowaniem CE, Dz.U. z 2004, Nr 195, poz. 2011] oraz, że nie są umieszczone w określonym przez Komisję Europejską wykazie wyrobów mających niewielkie znaczenie dla zdrowia i bezpieczeństwa, dla których producent wydał deklarację zgodności z uznanymi regułami sztuki budowlanej. Odwołujący posługuje się w odniesieniu do oferowanej oczyszczalni, jako

dokumentem potwierdzającym dopuszczenie do obrotu [potwierdzającym, że wyrób budowlany nadaje się do stosowania) *Krajową deklaracją zgodności* na podstawie przepisów *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym* [Dz.U. z 2004, Nr 198, poz. 2041 ze zm.], znakując oczyszczalnie znakiem budowlanym zgodnie z powołanymi przepisami. Zgodnie z

KIO 595/11 7

treścią art. 8 ust. 1 ustawy o wyrobach budowlanych, oznakowanie wyrobu budowlanego znakiem budowlanym jest dopuszczalne, jeżeli producent, mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dokonał oceny zgodności i wydał, na swoją wyłączną odpowiedzialność, krajową deklarację zgodności z Polską Normą wyrobu albo aprobatą techniczną, przy czym – w myśl art. 9 ust. 1 tej ustawy - aprobaty technicznej udziela się dla wyrobu budowlanego, dla którego nie ustanowiono Polskiej Normy wyrobu, albo wyrobu budowlanego, którego właściwości użytkowe, odnoszące się do wymagań podstawowych, różnią się istotnie od właściwości określonej w Polskiej Normie wyrobu, objętego mandatem udzielonym przez Komisję Europejską na opracowanie norm zharmonizowanych lub wytycznych do europejskich aprobat technicznych; lub wykazem ministra właściwego do spraw budownictwa, gospodarki przestrzennej i mieszkaniowej. Potwierdza to także treść złożonego przez Odwołującego na rozprawie pisma Ministerstwa Infrastruktury Departamentu Rynku Budowlanego i Techniki z dnia 13 lipca 2010 r., w części końcowej pisma. Ocena zgodności obejmuje właściwości użytkowe wyrobu budowlanego, odpowiednio do jego przeznaczenia, mające wpływ na spełnienie przez obiekt budowlany wymagań podstawowych. Szczegółowe zasady znakowania wyrobów budowlanych znakiem budowlanym wynikają z *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym*, w którym wskazano [§ 2 pkt 1 i 4 *Rozporządzenia*], że jeśli mowa o specyfikacji technicznej - należy przez to rozumieć Polską Normę wyrobu, niemającą statusu normy wycofanej, lub aprobatę techniczną; a poprzez krajowy certyfikat zgodności - należy rozumieć dokument, wymagany do wydania krajowej deklaracji zgodności, wydany w trakcie oceny zgodności przez akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby, potwierdzający, że wyrób budowlany i proces jego wytwarzania są zgodne ze specyfikacją techniczną.

Zgodnie z powołanym rozporządzeniem, wyrób budowlany jest zgodny ze specyfikacją techniczną, jeżeli spełnia, odpowiednio do jego przeznaczenia, wymagania określone w tej specyfikacji, mające wpływ na spełnienie przez obiekt budowlany wymagań podstawowych. Oceny zgodności wyrobu budowlanego dokonuje producent, na podstawie zharmonizowanej specyfikacji technicznej wyrobu, o której mowa w przepisach o europejskich aprobatkach technicznych oraz polskich jednostkach organizacyjnych upoważnionych do ich wydawania, stosując system oceny zgodności wskazany w tej specyfikacji. Dla przydomowych oczyszczalni ścieków wymagany jest system oceny zgodności 3, to jest deklarowanie zgodności wyrobu przez producenta na podstawie wstępnego badania typu prowadzonego przez akredytowane

KIO 595/11 8

laboratorium oraz zakładowej kontroli produkcji [§ 4 ust. 3 pkt 5 *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym*). W ocenie zgodności wyrobów budowlanych uczestniczą akredytowane, zgodnie z przepisami o systemie oceny zgodności, jednostki certyfikujące oraz laboratoria, przy czym laboratorium wykonujące zadania akredytowanej jednostki w zakresie oceny zgodności wyrobów budowlanych powinno posiadać certyfikat akredytacji, potwierdzający spełnienie wymagań i warunków zawartych w Polskich Normach, określających ogólne wymagania dotyczące kompetencji laboratoriów badawczych i wzorcujących. Zakres akredytacji laboratorium powinien zaś odnosić się do metod badań wyrobów budowlanych i być określony przez odwołanie się do numerów norm na metody badań lub procedur badawczych, przywołanych w specyfikacjach technicznych, lub innych równoważnych metod badania [§ 9 i 10 ust. 2 *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym*]. Natomiast zgodnie z treścią art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności [tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 138, poz. 935), akredytacja jest udzielana przez Polskie Centrum Akredytacji, zwane dalej „Centrum Akredytacji”, na wniosek zainteresowanej jednostki certyfikującej, jednostki kontrolującej,

laboratorium lub innego podmiotu przeprowadzającego oceny zgodności lub weryfikacje, po dokonaniu ich oceny i potwierdzeniu, że spełniają wymagania i warunki określone w odpowiednich Polskich Normach, a w przypadku braku Polskich Norm - w odpowiednich dokumentach organizacji międzynarodowych.

W zakresie przydomowych oczyszczalni ścieków ustanowiono Polską Normę wyrobu budowlanego, to jest PN-EN 12566-3+A1:2009 [Ogłoszenie *Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 18 lutego 2010r. w sprawie wykazu norm zharmonizowanych*, Monitor Polski Nr 11, poz. 119, pozycja 27].

W świetle powyższego, sporna w sprawie kwestia dotycząca przeprowadzenia badań stanowiących podstawę wystawienia *Krajowej deklaracji zgodności*, to jest, czy zostały one przeprowadzone przez laboratoria posiadające akredytację w zakresie normy PN-EN 12566-3+A1:2009 winna być rozpatrywana w kontekście brzmienia przytoczonego wyżej przepisu: laboratorium przeprowadzające badania powinno posiadać akredytację określoną poprzez odwołanie się do numerów norm na metody badań lub procedur badawczych, przywołanych w specyfikacjach technicznych, lub innych równoważnych metod badania. Nie ulega wątpliwości, że norma przywołana w załączonych do oferty Odwołującego [krajowej deklaracji zgodności]

KIO 586/11 9

raportach z badań nie jest tą, do której odnosiło się wymaganie Zamawiającego, co oznacza, że oba laboratoria, które przeprowadziły badania potwierdzone raportami dołączonymi do krajowej deklaracji zgodności nie posiadają akredytacji w zakresie tej normy. Potwierdzają to także ustalenia poczynione przez Zamawiającego na podstawie informacji zawartych na stronie Polskiego Centrum Akredytacji oraz pozyskanych od jednego z podmiotów przeprowadzających badania. W informacjach o zakresie akredytacji każdego z dwóch podmiotów, które przeprowadziły badania stanowiące podstawę wystawienia przez Odwołującego Krajowej deklaracji zgodności wskazano, w pozycji *Normy i/lub udokumentowane procedury badawcze* zakres akredytacji każdego z podmiotów odnoszący się do zupełnie innych norm, aniżeli objęta wymaganiem Zamawiającego, w tym nie dotyczącym nawet wcześniejszej, nieaktualnej wersji tej normy [vide: Wykaz laboratoriów badawczych akredytowanych w oparciu o normę PN-EN ISO/IEC 17025: *Zakres akredytacji laboratorium badawczego nr AB 536* oraz *Zakres akredytacji laboratorium badawczego nr AB 1044*]. Potwierdza to także analiza treści raportów z badań dołączonych do Krajowej deklaracji zgodności załączonej do oferty Odwołującego. Po pierwsze: w każdym z tych raportów wskazano jedynie w sposób ogólny, że badania przeprowadzono zgodnie z normą, co nie jest równoznaczne z posiadaniem wymaganej przepisami [§ 4 ust. 3 pkt 5 *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym*] przez laboratorium akredytacji w zakresie tej normy. Przeprowadzenie bowiem badań w sposób odpowiadający metodologii badawczej danej normy, nawet w sposób w pełni czyniący zadość jej wymaganiom nie oznacza wykonania tych badań przez laboratorium posiadające akredytację w tym zakresie. Trafnie to zresztą dostrzegł Zamawiający, że na dwóch raportach z badań brak jest oznaczenia, że laboratorium je wykonujące posiada akredytację udzieloną przez Polskie Centrum Akredytacji; akredytacja tego laboratorium odnosi się bowiem do zakresu całkowicie innych norm aniżeli wymagana przez Zamawiającego. Po drugie, w przedmiotowych raportach z badań podano, że badania przeprowadzono zgodnie z normą PN-EN 12566-3 [zatem określoną w sposób ogólny], nie odnosząc tego do szczegółowej normy PN-EN 12566-3+A1:2009, co też nie pozwala na przyjęcie, że badania te odpowiadają normie wymaganej w tym postępowaniu.

Nie jest także potwierdzeniem tezy, iż załączoną do oferty Odwołującego Krajową deklarację zgodności oraz stanowiącą podstawę jej wystawienia raporty z badań wystawiono zgodnie z wymaganą normą PN-EN 12566-3+A1:2009 złożony przez Odwołującego na rozprawie protokół kontroli przeprowadzonej przez Łódzkiego Wojewódzkiego Inspektora

KIO 586/11 10

Nadzoru Budowlanego w Łodzi z dnia 1 października 2010r., w którym stwierdzono iż „w trakcie kontroli firma KB-Instalacje Krzysztof Bobrowski wystawiła deklarację zgodności nr 01/10/2010, którą objęła oczyszczalnię ścieków typu POŚ-KA 4 i POŚ-KA 8. Z dokonanych ustaleń wynika, iż powyższą deklarację zgodności kontrolowana firma wystawiła po zwróceniu przez kontrolującego uwagi, iż do obrotu mogą być wprowadzone wyłącznie oczyszczalnie ścieków, dla których producent wykonał badania typu zgodnie z tablicą

ZA 1 normy PN-EN 12566-3:2005+A1:2009 [...] a także: „[...] kontrolujący stwierdzają, że oczyszczalnie ścieków typu POŚ-KA 4 i POŚ-KA 8 były wprowadzone do obrotu zgodnie z przepisami ustawy o wyrobach budowlanych [...] a stwierdzone w trakcie kontroli uchybienia nie stanowią jej istotnego naruszenia”. Protokół ten odnosi się do okresu historycznego, kiedy wymagana norma funkcjonowała jeszcze równolegle z wersją ją poprzedzającą, nadto odnosi się do rodzaju wykonanych badań, to jest ich zgodności z właściwą normą, nie wykazując, że podmioty, które przeprowadziły badania posiadają akredytację w zakresie normy PN-EN 12566-3+A1:2009.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, iż właściwy był wniosek Zamawiającego, zgodnie z którym złożona w ofercie Krajowa deklaracja zgodności nr 01/10/2010 wraz z raportami z badań stanowiącymi podstawę jej wydania nie potwierdza wymagania, by oferowane oczyszczalnie były zgodne z normą PN-EN 12566-3+A1:2009. Powyższe jednak nie mogło automatycznie powodować odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych pozwala Zamawiającemu żądać po pierwsze dokumentów i oświadczeń dotyczących warunków udziału w postępowaniu [tzw. dokumenty i oświadczenia „podmiotowe”], po drugie – oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego [tzw. dokumenty i oświadczenia „przedmiotowe”, odnoszące się do przedmiotu zamówienia – w niniejszym postępowaniu jest to deklaracja zgodności]. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z kolei z art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wynika obowiązek Zamawiającego do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

KIO 586/11 11

Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zamawiający nie może bowiem podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy czy o odrzuceniu jego oferty nie mając absolutnej pewności co do spełnienia/niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych zarówno doktryna, jak i orzecznictwo interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Złożenie dokumentu, z którego treści wynika niespełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych [tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1915/09, publ. w „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze”, zeszyt nr 6, Warszawa, grudzień 2010 r., wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2011 r., sygn. KIO 38/11, z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. 70/2011]. Takie samo stanowisko wyrażane jest w piśmiennictwie: „Zasadą jest, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu jest czynnością obligatoryjną. W każdym przypadku, gdy czynność ta, obiektywnie rzecz biorąc, może doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej wykonawcy, tj. wykazania, że spełnia on warunek, zamawiający ma obowiązek takiego wezwania dokonać” [Anita Elżanowska, „Warunki udziału w postępowaniu”, Zamówienia Publiczne. Doradca, 26 marzec 2008 r., LEX 94469/1].

Wobec powyższego, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom opisanym w pkt VI.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jest są zgodne z normą 12566-3+A1:2009, na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, względnie dodatkowo wyjaśnić treść złożonych dokumentów z zastosowaniem instrumentu przewidzianego w art. 26 ust. 4 ustawy. Z tego powodu należy powtórzyć czynność badania i oceny ofert. Zaniechanie powyższego jest naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych i doprowadziło do przedwczesnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt

Zamawiający jest zwolniony z wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Konieczność unieważnienia postępowania nie zaistniała, również oferta Odwołującego – wbrew argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego - nie podlega odrzuceniu. Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu braku deklaracji zgodności, odwołującej się do normy PN-EN 12566-3+A1:2009, ponieważ z góry przesądził, iż taka deklaracja [w tym dopełniające ją raporty z badań, będących podstawą jej wystawienia] nie zostanie uzupełniona, a to z uwagi na to, iż laboratoria dokonujące badań nie posiadają akredytacji w zakresie normy PN-EN 12566-3+A1:2009. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż nie można antycypować, że dokument załączony do oferty, na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom, o którym mowa w pkt VI.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach ewentualnego wezwania do uzupełnienia nie zostanie uzupełniony w zakresie wymaganym treścią specyfikacji.

Reasumując, podzielono w tym zakresie pogląd Odwołującego, że odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku deklaracji zgodności bez uprzedniego wezwania było niezasadne, a co najmniej przedwczesne.

Nie uwzględniono zarzutu odwołania, zgodnie z którym Zamawiający zaniechał wyjaśnień złożonych w postępowaniu dokumentów [w tym schematu oczyszczalni] na podstawie art. 26 ust. 4, jak również w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w części odnoszącej się do schematu oczyszczalni – powyższa kwestia, to jest konstrukcja oczyszczalni nie była sporną w sprawie, zaś Odwołujący, stawiając powyższy zarzut bez szerszego uzasadnienia nie wykazał wpływu i znaczenia wyjaśnień dotyczących schematu oczyszczalni dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy; konstrukcja i budowa oczyszczalni nie była przyczyną odrzucenia oferty, zatem ta okoliczność pozostawała bez wpływu dla rozstrzygnięcia postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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]. Przyznano wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, to jest w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący: