Sygn. akt: KIO 248/16

WYROK
z dnia 4 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 marca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 lutego 2016 r.** przez wykonawcę **Fiorentini Polska sp. z .o.o., z siedzibą w Poznaniu**
w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**
przy udziale wykonawców: (i) **Elektrometal S.A., z siedzibą w Cieszynie;** oraz **(ii) HEAT POLAND sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Fiorentini Polska sp. z .o.o., z siedzibą w Poznaniu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Fiorentini Polska sp. z .o.o., z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **Fiorentini Polska sp. z .o.o., z siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego **Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2013 r., poz. 907 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 **Warszawie.**

Przewodniczący

……

Sygn. akt: KIO 248/16

UZASADNIENIE

W dniu 25 lutego 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy FIORENTINI POLSKA sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Polskiej Spółce Gazownictwa sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (dalej „Zamawiający"):

(1) niezasadnie wykluczenie Odwołującego w częściach nr 1, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w sprawie udzielania przez Zamawiającego zamówienia publicznego na „Dostawę fabrycznie nowych reduktorów ciśnienia gazu do 60 m3/H dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie", co w

konsekwencji odrzuceniem oferty Odwołującego;
(2) niezasadnie odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP;
(3) niezasadny wybór oferty złożonej przez HEAT Poland Sp. z o.o. (dot. części 1, 3, 4, 5, 10, 11, 12, 13 Zamówienia), oferty złożonej przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz" Sp. z o.o. (dot. części 7 Zamówienia), oraz oferty złożonej przez ELEKTROMETAL S.A. (dot. części 8,14 i 15 Zamówienia), jako najkorzystniejszych;
(4) niezasadne unieważnienie postępowania w zakresie części nr 16 i 17 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(a) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu w ramach wszystkich części, na które złożył oferty;
(b) art. 87 ust. 1 PZP poprzez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty, a w konsekwencji przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ramach wszystkich części, na które złożył oferty;
(c) art. 91 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez HEAT Poland Sp. z o.o. (dot. części 1, 3, 4, 5,10,11, 12,13 Zamówienia), oferty

złożonej przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz" Sp. z o.o. (dot. części 7 Zamówienia), oraz oferty złożonej przez ELEKTROMETAL S.A. (dot. części 8, 14 i 15 Zamówienia), podczas gdy najkorzystniejszą ofertę w tym zakresie złożył Odwołujący;
(d) art. 24 ust. 4 PZP - jego niewłaściwe zastosowanie poprzez uznanie oferty Odwołującego na odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
(e) art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 2 pkt 5 PZP poprzez uznanie, że oferta złożona przez HEAT Poland Sp. z o.o. (dot. części 1, 3, 4, 5, 10, 11, 12, 13 Zamówienia), oferta złożona przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz" Sp. z o.o. (dot. części 7 Zamówienia), oraz oferta złożona przez ELEKTROMETAL S.A. (dot. części 8, 14 i 15 Zamówienia) są najkorzystniejszymi ofertami, podczas gdy najkorzystniejszą ofertę w tych częściach zamówienia złożył Odwołujący;
(f) art. 93 ust 1 pkt 1 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i unieważnienie postępowania w zakresie części 16 i 17, w związku z uznaniem, że w zakresie tych części nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, podczas, gdy taka oferta została złożona przez Odwołującego;
(g) art. 26 ust. 4 PZP poprzez jego nie zastosowanie w sytuacji, gdy przedstawione w uzupełnieniu oferty przez Odwołującego dokumenty wzbudzały wątpliwości — i nie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; (ii) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez HEAT Poland Sp. z o.o. (dot części 1, 3, 4, 5, 10, 11, 12, 13 Zamówienia), oferty złożonej przez Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz" Sp. z o.o. (dot. części 7 Zamówienia), oraz oferty złożonej przez ELEKTROMETAL S.A. (dot. części 8, 14 i 15 Zamówienia) jako ofert najkorzystniejszych; (iii) unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie części 16 i 17; (iv) dokonanie ponownej oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Tadeusza Dziedzica (adres do wezwań: Instytut Nafty i Gazu ul. Lubicz 25 a, 31-503 Kraków) na okoliczność tego, jakie dokumenty należy uznać za dokumenty równoważne do krajowego

certyfikatu zgodności wskazanego w pkt 7.4.5. SIWZ dla oferowanych przez Odwołującego każdego typu reduktora pozwalającego na znakowanie go znakiem budowlanym, w sytuacji,

gdy dla tego typu reduktorów wydana została Aprobata Techniczna według systemu 3 oceny zgodności oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę fabrycznie nowych reduktorów ciśnienia gazu do 60 m3/h dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, znak: 2015/PSG1/WP- 000018. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 203- 369397.

W dniu 15 lutego 2016 r. Zamawiający drogą elektroniczna poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie oferta Odwołującego została odrzucona, a postępowanie w częściach 16 i 17 unieważnione, z tej przyczyny, iż nie złożono w tych częściach żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę na następujące części zamówienia: 1, 3, 4, 5, 7, 8,10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami pkt 7.4.5. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2015.2164, j.t.) oraz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego Wykonawca powinien załączyć do oferty m.in. aktualny krajowy certyfikat zgodności dla każdego oferowanego typu reduktora pozwalający na znakowanie reduktora znakiem budowlanym (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 ze zm.) lub w przypadku, gdy przepisy prawa będą tego wymagały dokument pozwalający na oznaczenie reduktora oznakowaniem zgodności „CE", lub dokument równoważny.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający uznała, że nie przedłożył dokumentu, o którym mowa w pkt 7.4.5 SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 PZP wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu

wymaganych przez Zamawiającego dla reduktorów FM10, FM25 i FMS oferowanych w ramach Części 1, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 i 17 Odwołujący przedłożył Krajową Deklarację Zgodności wraz Aprobatą Techniczną nr AT/2015-03-03 wydanie 1/2015 dla reduktorów do gazu FM i FMX na ciśnienie średnie do paliw gazowych wf PN-C- 04750:2011 z ustalonym ciśnieniem wyjściowym Pa równym 1,3 kPa lub 2,0 kPa przy ciśnieniu wejściowym Pe w zakresie 0,01 MPa do 0,5 MPa, w odmianach:

- FM10 o przepływie nominalnym gazu 10 m3/h,
- FM25 o przepływie nominalnym gazu 25 m3/h,
- FMS o przepływie nominalnym gazu 50 m3/h,
- FMX o przepływie nominalnym gazu 60 m3/h,

W ocenie Odwołującego złożone przez niego dokumenty te są dokumentami równoważnymi do krajowych certyfikatów zgodności wymaganych zgodnie z pkt. 7.4.5. SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w chwili obecnej obowiązują dwa podstawowe typy dokumentów określających cechy produktów przeznaczonych do stosowania w budownictwie: Polskie

Normy (PN) i Aprobaty Techniczne (AT). Polskie Normy Budowlane są ustalane i aktualizowane przez Polski Komitet Normalizacyjny. Natomiast dla wyrobów nieujętych w Polskich Normach oraz dla materiałów, których właściwości techniczne i użytkowe różnią się istotnie od właściwości określonych w Polskiej Normie, producent musi uzyskać Aprobatę Techniczną. Dotyczy to także reduktorów średniego ciśnienia, gdyż od 2013 r. nie istnieje Polska Norma dotycząca tych urządzeń (Polska Norma obowiązująca w tym zakresie została wycofana bez wznowienia).

Zgodnie z § 4 ust 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu ich oceny wg znakowania znakiem budowlanym producent dokonuje zgodności następujących systemów: systemów 1 + oraz 1 (tj. wg systemów wymagających od producenta uzyskania certyfikatu zgodności wyrobu, wydawanego przez jednostkę certyfikującą) oraz systemów 2+, 2, 3 oraz 4 (tj. wg systemów polegających na deklarowaniu zgodności wyrobu przez producenta). Zatem, w ocenie Odwołującego, czy produkt jest zgodny z Polską Normą lub gdy takiej nie ma — z Aprobatą Techniczną, oraz czy może zostać dopuszczony do obrotu, ocenia się jednym z dwóch systemów:
- certyfikacją zgodności;
- deklaracją zgodności.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z Załącznikiem nr 1 (poz. 45) do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanych reduktory do gazu na ciśnienie średnie są zakwalifikowane do systemu 3 oceny zgodności, czyli deklarowania zgodności wyrobu przez producenta na podstawie:
- wstępnego badania typu,
- zakładowej kontroli produkcyjnej.

Zgodnie więc z § 4 ust. 3 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym na wyroby budowlane zakwalifikowane do systemu 3 oceny zgodności nie ma konieczności uzyskania krajowego certyfikatu zgodności. Dokumentem równoważnym w tym wypadku, jest Krajowa Deklaracja Zgodności wraz z Aprobatą Techniczną, które to dokumenty zostały przez Odwołującego złożone w toku postępowania.

Odwołujący podkreślił, że na równoważność obu dokumentów, tj. certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności wskazuje również M.G. w artykule „Zasady wprowadzania wyrobów budowlanych do obrotu i powszechnego stosowania”, co znalazło szczególne odzwierciedlenie w tabeli zamieszczonej na stronie 36. Dowód: artykuł wraz ze schematem

Taki sam pogląd, w ocenie Odwołującego, reprezentowany jest przez A.P., która w artykule „Certyfikaty budowlane” wskazuje, że to, czy produkt jest zgodny w Polską Normą (lub gdy takiej nie ma - z Aprobatą Techniczną), ocenia się jednym z dwóch systemów:
• Certyfikacją zgodności — jest to procedura kontroli produktu, w wyniku której może on otrzymać certyfikat na znak bezpieczeństwa, albo certyfikat zgodności z Polską Normą lub Aprobatą Techniczną. Certyfikacja prowadzona jest przez jednostki niezależne od dostawcy i odbiorcy wyrobu, akredytowane przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji (PCBC);
• Deklaracją zgodności — jest oświadczeniem producenta, że jego produkt jest zgodny z Polską Normą bądź Aprobatą Techniczną.

Odwołujący wskazał dalej, że w myśl § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym producent wyrobu budowlanego przez wystawienie krajowej deklaracji zgodności oświadcza, na swoją wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny ze specyfikacją techniczną (aprobatą techniczną). Zgodnie więc z w/w

przepisem w związku art. 4 Ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych wyrób, na który została wydana Aprobata Techniczna zostaje dopuszczony do obrotu i stosowania na podstawie Krajowej Deklaracji Zgodności z Aprobatą.

Odwołujący wskazał, że reduktory FM10, FM25 i FMS oferowane przez niego, co również wynika z treści Aprobaty Technicznej AT/2015-03-03 wydanie 1/2015, zostały zakwalifikowane do systemu 3 oceny zgodności i mogły być wprowadzone do obrotu towarowego oraz użyte przy wykonywaniu robót budowlanych na podstawie Krajowej Deklaracji Zgodności, którą wydaje producent. Taka informacja została również umieszczona w samej Aprobacie zarówno w jej wersji jednostronicowej, jak i w jej punkcie 6.1. Deklaracja została przez Odwołującego jako producenta wydana i złożona w uzupełnieniu oferty. W związku z powyższym w ocenie Odwołującego nie ma prawnej możliwości, aby na wyroby zaoferowane przez Odwołującego wydane zostały dodatkowo krajowe certyfikaty zgodności wydane przez uprawnione jednostki certyfikujące. Dowód: zeznania świadka Tadeusza Dziedzica, opinia Instytutu Nafty i Gazu.

W ocenie Odwołującego pomimo spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, poprzez przedłożenie dokumentu równoważnego do krajowego certyfikatu zgodności dla oferowanych produktów, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił takiego dokumentu. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do przedłożonych przez Odwołującego dokumentów, tak jakby Odwołujący nie przedstawił w uzupełnieniu żadnych dokumentów, w tym krajowej deklaracji zgodności oraz aprobaty technicznej dla oferowanych reduktorów.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dokonał rzetelnego badania i oceny całości oferty, a w konsekwencji naruszył art. 87 PZP i przyjął, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ramach wszystkich części, na które złożył oferty. Zamawiający, w sytuacji gdy przedłożone przez Odwołującego dokumenty wzbudziły wątpliwości co do tego, czy są one równoważne z krajowym certyfikatem zgodności, powinien wezwać Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 PZP do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie, czego nie uczynił.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż przepisy art. 26 ust. 3 i 4 PZP stanowią oddzielne jednostki redakcyjne, co sugeruje, że oba tryby wezwania winny być stosowane przez Zamawiającego odrębnie. Jeżeli w ocenie Zamawiającego jakieś dokumenty przedłożone przez wykonawcę budzą wątpliwości, to powinien on wystąpić z wnioskiem o ich wyjaśnienie, przy czym nie ma przeszkód, aby czynił to wielokrotnie. W przedmiotowej

sprawie Zamawiający wezwał Odwołującego jedynie do uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie krajowych certyfikatów zgodności dla oferowanych produktów, lub też dokumentów równoważnych. Odwołujący uzupełnił swoją ofertę wyjaśniając, że przedłożone dokumenty są dokumentami równoważnymi składając w tym zakresie jednocześnie wyjaśnienia. Jeśli przedłożone dokumenty nadal wzbudzały wątpliwości Zamawiającego to powinien on skorzystać z opcji przewidzianej w art. 24 ust. 4 PZP i umożliwić Odwołującemu dalsze wyjaśnienia.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu w ramach wszystkich części, na które złożył oferty. W tej sytuacji doszło również do naruszenia art. 24 ust. 4 PZP, gdyż nie było podstaw do jego zastosowania i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą.

Odwołujący wskazał, że naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 PZP polegało zaś na tym, iż nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a gdyż spełniała ona warunki wskazane w SIWZ, oraz nie podlegała wykluczeniu. Zastosowanie więc tego przepisu w niniejszej sprawie nie było uzasadnione. Ponadto, w ocenie Odwołującego, dokonanie oceny ofert i wybór najkorzystniejszych z nich nastąpił z naruszeniem art. 91 ust. 1 PZP, gdyż nastąpiło to z pominięciem ważnej oferty złożonej przez Odwołującego. Bezpodstawne odrzucenie zaś oferty Odwołującego spowodowało nieuzasadnione zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP i

unieważnienie postępowania w części nr 16 i 17 zamówienia.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwanie Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2016 r. skierowane do Odwołującego oraz odpowiedź Odwołującego z dnia 26 stycznia 2016 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iv) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 15 lutego 2016 r. na okoliczność ustalenia wyboru oferty najkorzystniejszej; (v) zapytanie Zamawiającego z dnia 8 lutego 2016 skierowane do Instytutu Nafty i Gazu – Państwowy Instytut Badawczy oraz odpowiedź Instytutu Nafty i Gazy – Państwowy Instytut Badawczy z dnia 10 lutego 2016 r. na okoliczność ustalenia równoważności krajowej deklaracji zgodności z krajowym certyfikatem zgodności.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa fabrycznie nowych reduktorów ciśnienia gazu do 60m³/h dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Warszawie”.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 17 części. Zgodnie z pkt 7.4.5 SIWZ w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2015.2164, j.t.) oraz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego Wykonawca powinien załączyć do oferty m.in. aktualny krajowy certyfikat zgodności dla każdego oferowanego typu reduktora pozwalający na znakowanie reduktora znakiem budowlanym (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 ze zm.) lub w przypadku, gdy przepisy prawa będą tego wymagały dokument pozwalający na oznaczenie reduktora oznakowaniem zgodności „CE”, lub dokument równoważny.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 20 stycznia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do złożenia brakujących dokumentów wynikających z pkt 7.4.5 SIWZ dla zaoferowanych w części 1, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 i 17 reduktorów FM10, FM 25, FMS.

Pismem z dnia 26 stycznia 2016 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień i złożył dokumenty, wskazując iż w pkt 7.4.5 SIWZ Zamawiający dopuścić możliwość składania dokumentów równoważnych. W związku z tym Odwołujący złożył Krajową Deklarację Zgodności wraz z Aprobatą techniczną nr AT/2015-03-03 jako dokumenty równoważne do aktualnego krajowego certyfikatu zgodności.

Pismem z dnia 15 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze ofert najkorzystniejszych w poszczególnych częściach zamówienia. W części I, III, IV, V, VI, IX, X, XI, XII, XIII zamówienia została wybrana oferta wykonawcy Heat Poland sp. z o.o., w części II, VII – oferta wykonawcy Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz”, zaś w części VIII, XIV i XV oferta wykonawcy Elektrometal S.A. Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie części XVI i XVII postępowania.

W dniu 3 marca 2016 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnoszą o oddalenie podniesionych przez Odwołującego zarzutów.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wyłącznie w zakresie części 10, 11, 12, 14, 15, 16 i 17 zamówienia. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu pierwszym, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania w zakresie części 1, 3, 4, 5, 7 i 8. Oferta Odwołującego nie była ofertą najkorzystniejszą w powyższych częściach zamówienia, zaś w treści odwołania Odwołujący nie zakwestionował wyboru ofert wykonawców Heat Poland sp. z o.o., Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych Intergaz sp. z o.o. oraz Elektrometal S.A. dokonanego przez Zamawiającego.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazać należy, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowania. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 7.4.5 SIWZ.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że aby móc dokonać kwalifikacji działania Odwołującego z punktu widzenia jego zgodności lub niezgodności z wymaganiami SIWZ, konieczne jest wyjaśnienie sensu zapisów SIWZ, ustalenie właściwego ich rozumienia, przypisaniu im odpowiedniego znaczenia. Innymi słowy konieczne jest dokonanie interpretacji SIWZ. Zasada równego traktowania wykonawców w trakcie postępowania przetargowego wymaga, aby postanowienia SIWZ były w pierwszej kolejności poddane literalnej, językowej wykładani. Abstrahując od istniejącego w judykaturze podziału na poszczególne kategorie wykładni językowej, na potrzeby niniejszego rozstrzygnięcia Izba pod pojęciem wykładni językowej rozumie ustalenie znaczenia poszczególnych zwrotów zawartych w spornym zapisie SIWZ poprzez nadanie im znaczenia potocznego (chyba, że istnieją dostateczne racje przypisania poszczególnym zwrotom znaczenia odmiennego od potocznego), uwzględniając definicje legalne, jakie ustawodawca zawarł w odpowiednich aktach prawnych.

Dalej wskazać należy, że w pkt 7.4.5 SIWZ Zamawiający zawarł następujący warunek udziału w postępowaniu: „W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2015.2164, j.t.) oraz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom Zamawiającego Wykonawca powinien załączyć do oferty aktualny krajowy certyfikat zgodności dla każdego oferowanego typu reduktora pozwalający na znakowanie reduktora znakiem budowlanym (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 ze zm.) lub w przypadku, gdy przepisy prawa będą tego wymagały dokument pozwalający na oznaczenie reduktora oznakowaniem zgodności „CE”, lub dokument równoważny.”

Odwołujący powołując się na treść 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 ze zm.) (dalej „Rozporządzenie **w sprawie deklarowania zgodności”)** argumentował, że krajowa deklaracja zgodności jest dokumentem równoważnym do krajowego certyfikatu zgodności. Odwołujący podnosił również, że przedłożona przez niego krajowa deklaracja zgodności dla oferowanych reduktorów pozwala na oznaczenie ich znakiem budowlanym, a tym samym spełniony jest wymóg wskazany w SIWZ.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego. Po pierwsze wskazać należy, że w przywołanym postanowieniu SIWZ Zamawiający odwołał się do przepisów Rozporządzenia w sprawie deklarowania zgodności. Rozporządzenie to zawiera legalną definicję krajowego certyfikatu zgodności. Zgodnie z §2 ust. 3 krajowy certyfikat zgodności to dokument

wymagany do wydania krajowej deklaracji zgodności, wydany w trakcie oceny zgodności przez akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby, potwierdzającą, że wyrób budowlany i proces jego wytwarzania są zgodne ze specyfikacją techniczną tj. w Polską Normą wyrobu, mniemającą statusu normy wycofanej, lub aprobatą techniczną. Dalej w §7 przywołanej regulacji ustawodawca określił wymagania co do treści certyfikatu. Z kolei w §4 przywołanego rozporządzenia ustawodawca wskazał, że producent wyrobu budowlanego poprzez wystawnie krajowej deklaracji zgodności oświadcza, na swoją wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny ze specyfikacją techniczną. Nie ulega więc, w ocenie Izby, wątpliwości, że ustawodawca w Rozporządzeniu w sprawie deklarowania zgodności posługuje się dwoma odmiennymi rodzajami dokumentów (tj. krajowa deklaracja

zgodności oraz krajowy certyfikat zgodności). Nie ulega również, w ocenie Izby, wątpliwości, że w pkt 7.4.5 SIWZ Zamawiający odwołał się wyłącznie do jednego w powyższych dokumentów tj. do krajowego certyfikatu zgodności. Wynika to z literalnej wykładni spornego zapisu. Oznacza to, iż wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą dokument, którego legalna definicja została zawarta w Rozporządzeniu w sprawie deklarowania zgodności. Dokument ten umożliwiać miał oznaczenie oferowanych produktów znakiem budowlanym. Zapisy więc SIWZ nie budzą w ocenie Izby wątpliwości interpretacyjnych w powyższym zakresie.

Dalej rozstrzygnięcia wymagało czy krajowa deklaracja zgodności może być uznana za dokument równoważy do krajowego certyfikatu zgodności. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia równoważności ww. dokumentów, zaś sam Odwołujący nie przywołał żadnych zasadnych argumentów, które pozwoliłyby Izbie na przyjęcie jego twierdzeń za prawdziwe. Wskazać w tym zakresie należy, że opis warunków udziału w postępowaniu nie stanowi opisu przedmiotu zamówieniu, do którego ma zastosowanie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Żadna norma prawna nie nakłada na zamawiającego zakazu opisu warunków udziału w postępowaniu poprzez posłużenie się nazwami własnymi czy też dopuszczenie możliwości powoływania się na dokumenty równoważne. Skoro tak, to tym bardziej brak jest przepisu zobowiązującego zamawiającego do określenia zasad równoważności. Podkreślić jednakże należy, że racjonalnie działający zamawiający powinien wskazać elementy równoważności dopuszczając możliwość powoływania się na dokumenty równoważne na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Zaniechanie w tym zakresie nie stanowi naruszenia przepisów prawa. Jednakże opisanie zasad równoważności może uchronić zamawiających przez zarzutem arbitralnej i nieobiektywnej oceny dokumentów składanych przez poszczególnych wykonawców.

Za bezsporne uznać należy, że w omawianym stanie faktycznym Zamawiający zaniechał wskazania elementów równoważności, poprzestając na stwierdzeniu „lub równoważne". Jednakże brak określenie tych elementów nie legitymizuje dowolności wykonawców w określeniu parametrów równoważności, czego domaga się Odwołujący. Oceniając równoważność winno się mieć na uwadze przedmiot zamówienia, uwarunkowania prawne oraz obiektywne potrzeby zamawiającego związane z realizacją zamówienia. Zaś Odwołujący jako podmiot powołujący się na równoważność złożonych dokumentów winien wykazać, że mając na uwadze powyższe elementy, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jak Izba wskazała powyżej, Rozporządzanie w sprawie deklarowania zgodności zawiera definicję legalną krajowego certyfikatu zgodności. Wynika z niej m.in. iż certyfikat ten jest

wydawany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, a wiec podmiot niezależny od producenta. Z kolei krajowa deklaracja zgodności to dokument, w którym producent oświadcza na swoją wyłączoną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny ze specyfikacją techniczną. Odmienność podmiotu wydające powyższe dwa dokumenty stanowi przeszkodę do uznania je za dokumenty równoważne. Dokument bowiem równoważny to dokument mający równą wartość, równe znaczenie. Nie sposób przyjąć, iż deklaracja zgodności jest dokumentem równoważnym do certyfikatu zgodności, w sytuacji, gdy dokument ten wystawiony jest przez producenta, nie zaś przez niezależną jednostkę zewnętrzną, z czym

mamy do czynienia w przypadku krajowego certyfikatu zgodności. Podkreślić należy za Zamawiającym, że reduktory będące przedmiotem zamówienia są bardzo ważnym elementem bezpieczeństwa w dostawie gazu do budynków. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia istotnym z punktu widzenia Zamawiającego jest zapewnienie odbiorcom paliwa gazowego, poprzez stosowanie wysokiej jakości produktów. Dlatego też za obiektywnie uzasadniony uznać należy wymóg Zamawiającego legitymowania się przez wykonawców krajowym certyfikatem zgodności wydanym przez niezależną jednostkę akredytowaną, która w sposób obiektywny i profesjonalny potwierdza jakość oferowanych przez wykonawców produktów. W omawianym stanie faktycznym przyjęcie równoważności pomiędzy krajowym certyfikatem zgodności oraz krajową deklaracją zgodności niweczyłoby dążenie Zamawiającego do obiektywnego potwierdzenia jakość oferowanych produktów. Nie można bowiem przypisać równej wartości, znaczenia dokumentom pochodzącym od dwóch tak odmiennych podmiotów. Przyjęcie interpretacji zaproponowanej przez Odwołującego stanowiłoby również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu przetargowym. Wszyscy bowiem wykonawcy, z wyjątkiem Odwołującego, kierując się treścią SIWZ oraz regulacjami prawnymi ponieśli dodatkowe koszty związane z uzyskaniem krajowego certyfikatu zgodności, co miało wpływ na ostateczną cenę złożonych ofert. Odwołujący zaś prezentując korzystną dla siebie interpretację „równoważności" dokumentów kosztów takich uniknął, a tym samym miał możliwość zmniejszenia w sposób niezasadny kosztów realizacji zamówienia. Wskazać również należy, że złożona przez Zamawiającego opinia Instytutu Nafty i Gazu – Państwowy Instytut Badawczy w sposób jednoznaczny potwierdza, że krajowy certyfikat zgodności oraz krajowa deklaracja zgodności nie są dokumentami równoważnymi. Odwołujący zaś nie złożył Izbie dowodu przeciwnego.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż kluczowym elementem spornego zapisu SIWZ było wykazanie przez wykonawcę, że oferowany produkt jest znakowany znakiem budowlanym. Wybiórcza interpretacja SIWZ dokonana przez Odwołującego nie może być uznana za zasadną. Zamawiający bowiem posłużył się w pierwszej części spornego zapisu SIWZ określonym pojęciem, zdefiniowanym przez ustawodawcę tj. „krajowym certyfikatem

zgodności". Okoliczność, iż możliwość znakowania towaru znakiem budowanym jest możliwa po wystawieniu krajowej deklaracji zgodności jest irrelewantna, w ocenie Izby. Zamawiający nie posłużył się bowiem pojęciem „jakiegokolwiek dokumentu pozwalającego na znakowanie znakiem budowlanym", lecz konkretnym dokumentem zdefiniowanym w akcie prawnym. W definicji tej ustawodawca określił podmiot uprawniony do wydania przedmiotowego certyfikatu, którym nie może być sam producent, jak ma to miejsce w przypadku krajowej deklaracji zgodności. W konsekwencji, wykonawca miał możliwość powoływania się na dokument równoważny, o ile źródło jego pochodzenia będzie miało taką samą wartość jak w przypadku krajowego certyfikatu zgodności tj. dokument taki będzie wystawiony przez podmiot zewnętrzny, niezależny od producenta.

Podnoszona przez Odwołującego w treści odwołania prawna niemożliwość uzyskania krajowego certyfikatu zgodności dla oferowanych reduktorów nie została w żaden sposób Izbie wykazana. Niemożliwość ta nie wynika z żadnego postanowienia Rozporządzenia w sprawie deklarowania zgodności, zaś jak słusznie wskazał Zamawiającego, możliwość uzyskania certyfikatu wynika chociażby z art. 6 ust. 3 ustawy o systemie oceny zgodności (Dz.U.2015.1918). Twierdzeniom Odwołującego zaprzeczają również dokumenty złożone przez pozostałych wykonawców w postępowaniu, którzy wymagane krajowe certyfikaty zgodności złożyli. Taką możliwość, w ocenie Izby, ma również Odwołujący, jednakże musiałby poddać swoje produkty i proces ich wytwarzania ocenie jednostki akredytowanej i podnieść w związku z tym dodatkowe koszty.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego i brak jest podstaw do stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby złożone przez Odwołującego dokumenty w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jak również treść wyjaśnień były wystarczające do podjęcia

przez Zamawiającego decyzji o braku wykazanie przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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: ……