

Sygn. akt: KIO/UZP 1398/09

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 12 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 12 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.V. Prefabet Kluczbork S.A., 46-200 Kluczbork, ul. Kościuszki 33** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg we Włocławku, 87-800 Włocławek, ul. Zielna 13/21** protestu z dnia 28 sierpnia 2009 r.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża P.V. Prefabet Kluczbork S.A., 46-200 Kluczbork, ul. Kościuszki 33**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **P.V. Prefabet Kluczbork S.A., 46-200 Kluczbork, ul. Kościuszki 33,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **P.V. Prefabet Kluczbork S.A., 46-200 Kluczbork,**

**ul. Kościuszki 33** na rzecz **Miejskiego Zarządu Dróg we Włocławku, 87-800 Włocławek, ul. Zielna 13/21** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 538 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **P.V. Prefabet Kluczbork S.A., 46-200 Kluczbork, ul. Kościuszki 33.**

### **U z a s a d n i e n i e**

I. Miejski Zarząd Dróg, ul. Zielna 13/21, 87-800 Włocławek (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Przebudowa drogi krajowej Nr 1 (Program Operacyjny Infrastruktura I Środowisko)". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 10.07.2009 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 12 353 579,36 euro.

W dniu 10.07.2009 r. Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej.

P.V. Prefabet Kluczbork Spółka Akcyjna, ul. Kościuszki 33, 46-200 Kluczbork (dalej: Odwołujący) twierdzi, że o podstawie do wniesienia protestu powziął wiadomość w dn. 18.08.2009 oraz dnia 19.08.2009 r., tj. w dniach, kiedy otrzymał odpowiedzi Zamawiającego na pytania zadane do SIWZ.

W dniu 28.07.2009 r. Odwołujący złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 4.09.2009 r. poprzez jego odrzucenie. Odwołujący w dniu 14.09.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych (co następnie podtrzymał w odwołaniu) przez modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i uniemożliwiający zastosowanie materiałów równoważnych i wniósł „o unieważnienie postępowania i ponowne sporządzenie całej SIWZ”.

Zamawiający odrzucił protest, stwierdzając, że został on wniesiony po terminie, który biegł od dnia opublikowania SIWZ. Ponadto Zamawiający wskazał, że w dn. 17.08.2009 r. do Zamawiającego wpłynął protest, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a więc dotyczył tych samych okoliczności, które zostały zakwestionowane w proteście poprzedzonym niniejszym odwołaniem. Zamawiający protest z dn. 17.08.2009 r. odrzucił, a od takiego rozstrzygnięcia nie wniesiono odwołania.

Żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

W dniu 24.08.2009 r. upłynął termin składania ofert. W postępowaniu złożono 5 ofert.

II. Skład orzekający uznał, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ protest został wniesiony z uchybieniem terminu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Skład orzekający ustalił, co następuje:

1. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, na stronie 9 w części III SIWZ, zawarł postanowienie o treści:

„Dla wykopów otwartych przyjęto rury nawojowe CFW-GRP zgodnie z normą PN-EN 14364-2007 wykonane wyłącznie z żywicy z poliestrowej, włókna szklanego ECR o podwyższonej odporności na korozję i piasku kwarcowego, bez żadnych dodatkowych wypełniaczy np. węgla wapnia, o klasie sztywności SN10000 N/m<sup>2</sup> i sztywności długoterminowej minimum S50 6000 N/m<sup>2</sup>, ciśnieniu nominalnym PN1, łączonych za pomocą łączników systemowych producenta z uszczelkami wielowargowymi EPDM, lub równoważne. Za równoważne uważa się rury GRP oraz kształtki innych producentów spełniające wymagania normy PN-EN 14364-2007 o klasie sztywności SN10000 N/m<sup>2</sup> i ciśnieniu nominalnym PN1.” Ponadto w części I SIWZ Instrukcja dla wykonawców, na stronie 19, w pkt 5 Zamawiający postanowił, iż „Tam, gdzie w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, Dokumentacji projektowej, oraz w Kosztorysach ofertowych, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1 – 3 Ustawy, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnią uzyskanie parametrów techniczno – eksploatacyjnych - pod względem funkcjonalnym - nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach.”

2. W dniu 14.08.2009 r. na pytanie, czy „Zamawiający dopuszcza zastosowanie systemu kanalizacji wykonanego z betonu i żelbetu”, Zamawiający udzielił odpowiedzi, że nie

dopuszcza materiałów określonych w pytaniu, a w części III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia wskazał, jaki materiał uważa za równoważny.

3. Dnia 18.08.2009 Zamawiający na ponowne pytanie dotyczące materiału, z jakiego mają być wykonane rury oraz na pytanie, czy odpowiedzią z dn. 14.08.2009 r. Zamawiający dokona modyfikacji SIWZ, Zamawiający odpowiedział, że nie zmodyfikował SIWZ, a użycie słowa „modyfikacja” było omyłką pisarską i podtrzymał dotychczasowe wymogi odnośnie materiału, z którego mają być wykonane użyte w przedmiocie zamówienia rury.

4. Dnia 19.08.2009 r. Zamawiający opisał materiały, z jakich mają być wykonane łączniki do rur (powinny być z polimerobetonu).

W tak ustalonym stanie faktycznym, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że odpowiedzi Zamawiającego z dn. 14 sierpnia, 18 sierpnia i 19 sierpnia w żaden sposób nie zmodyfikowały pierwotnego brzmienia SIWZ. Zamawiający w części I SIWZ zawarł ogólne postanowienie, że dopuści inne rozwiązania o charakterze równoważnym, jeżeli będą miały te same funkcjonalności, jednak w części szczegółowej odnośnie rur zawarł jednoznacznie sprecyzowany wymóg, iż mają być one wykonane z materiału GRP, czyli z tworzywa sztucznego zbrojonego włóknem szklanym. Rury z betonu i żelbetu nie spełnią wymagań normy PN : EN 14364-2007, ponieważ jest to norma odnosząca się do tworzyw sztucznych. Beton i żelbet posiadają również inną klasę sztywności, niż wskazana przez Zamawiającego, jako parametr równoważności (wyjaśnienia co do cech materiałów złożył Zamawiający na posiedzeniu, nie zostały one zakwestionowane przez Odwołującego – Odwołujący nie twierdził, że beton i GRP to równoważne materiały, lecz wskazywał, że różnice między nimi nie wpływają na ich cechy funkcjonalne).

Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, nie zmienił w żadnym z pism wymogu co do oczekiwanego przez siebie materiału GRP – przeciwnie, za każdym razem stanowczo stwierdzał, że dopuszcza jedynie materiał GRP lub równoważny, przy czym wskazywał, że za materiał równoważny uzna materiał „z tej samej grupy, tj. termoutwardzalnych tworzyw sztucznych wzmocnionych włóknem szklanym”. Treści odpowiedzi Zamawiającego nie zmienia w żaden sposób użycie słowa „modyfikuje”, mimo że faktycznie odpowiedź z dn. 14.08.2009 r. była wyjaśnieniem SIWZ, a nie jej modyfikacją.

W ocenie składu orzekającego, jeżeli wykonawca uważał, że żądany przez Zamawiającego materiał (GRP) preferuje jednego wykonawcę, czy wręcz uniemożliwia Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty – powinien był wnieść protest na postanowienia SIWZ – termin do protestu na postanowienia SIWZ biegł od dnia 10.08.2009 r., tj. upłynął w dn. 24.07.2009 r. Ze względu na powyższe, protest poprzedzający niniejsze odwołanie był protestem złożonym po terminie, w związku z czym

odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 184 ust. 4 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący w dn. 17.08.2009 r. wniósł do Zamawiającego protest, dotyczący tych samych okoliczności – naruszenia art. 29 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w związku z wymogiem zastosowania rur i studzienek z materiału GRP (odpis protestu wraz z rozstrzygnięciem Zamawiający złożył do akt na posiedzeniu). Protest ten został odrzucony m. in. z uwagi na upływ terminu do jego wniesienia – Zamawiający stwierdził, że odnosił się on do postanowień zawartych w SIWZ.

Jak wynika z ustaleń powyżej, po wniesieniu protestu w dn. 17.08.2009 r. nie nastąpiły żadne nowe zdarzenia, które mogłyby wpłynąć na zmianę pierwotnych postanowień SIWZ odnośnie materiału, z którego mają być wykonane rury.

Należy zauważyć, że termin do oprostowania postanowień SIWZ nie może być przywrócony przez działania wykonawcy, polegające na składaniu pytań co do kwestii sprecyzowanych jednoznacznie w SIWZ. Rzeczywiście, jak zauważył Zamawiający na posiedzeniu, działania Odwołującego wydają się być ukierunkowane na przywrócenie terminu do wniesienia protestu, lecz nie jest to możliwe w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Ponieważ Izba ustaliła, że odwołanie podlega odrzuceniu, nie odnosiła się merytorycznie do zarzutu podniesionego przez Odwołującego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty wynagrodzenia Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Włocławku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....