

Sygn. akt: KIO 662/12

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Czmuda Sp. z o.o.**, 03-302 Warszawa, ul. Instytutowa 1 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Zakład Remontów i Konserwacji Dróg**, 02-495 Warszawa, plac Czerwca 1976 r. nr 1

przy udziale wykonawcy **3M Poland Sp. z o.o.**, 05-830 Nadarzyn, Al. Katowicka 117 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 662/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Czmuda Sp. z o.o.**, 03-302 Warszawa, ul. Instytutowa 1 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Czmuda Sp. z o.o.**, 03-302 Warszawa, ul. Instytutowa 1 tytułem 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa Zakład Remontów i Konserwacji Dróg na dostawę *prefabrykowanej białej taśmy odblaskowej (numer postępowania DPZP/174/PN/2012)*, wobec czynności odrzucenia oferty Czmuda Sp. z o.o. wykonawca ten wniósł w dniu 4 kwietnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 662/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 kwietnia 2012 r. O czynności zamawiającego, wnoszący odwołanie został powiadomiony w dniu 30.03.2012r. pismem informującym o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tym o podstawach odrzucenia oferty, przekazanym faksem.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12.03.2012 r., pozycja 75858. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań nieprzekraczających kwoty określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw i usług.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 4 i art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, do których naruszenia doprowadziło odrzucenie oferty odwołującego, zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie treści dokumentu – Aprobaty Technicznej IBDiM nr AT/2009-02-2525, a także dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert oraz ewentualne wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień, a także dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołujący w pierwszej kolejności wskazał na obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, który to przepis zakazuje dokonania odrzucenia oferty bez uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści dokumentów. W przedmiotowej sprawie wyjaśnienia wymagała treść Aprobaty Technicznej, w której zamieszczony został zapis o wykonaniu wierzchniej warstwy taśmy z „kulek szklanych i ceramicznych”. Zamawiający był zobowiązany do zwrócenia się o wyjaśnienie od strony technologicznej różnicy pomiędzy mikrokulkami szklanymi, a kulkami szklanymi i ceramicznymi. Oba pojęcia nie zostały zdefiniowane w treści Aprobat Technologicznych produktów firmy SNOLINE SPA (produkt

oferowany przez odwołującego) ani 3M POLAND (produkt na podstawie aprobaty, której zamawiający sformułował treść siwz). Odwołujący wskazał, iż pod pojęciem mikrokulki szklane należy rozumieć, ze względu na zastosowaną technologię, produkt będący w istocie ceramiką. Z uwagi na różne rozumienie pojęcia ceramiki i braku jednoznacznej definicji kulki ceramicznej, pojęcia kulki szklane i ceramiczne oraz mikrokulki szklane należy uznać za tożsame. Bez znajomości procesów technologicznych stosowanych przez obu producentów i ich podwykonawców, zamawiający nie mógł stwierdzić bez uzyskania wyjaśnień od odwołującego, czy pojęcie „mikrokulki szklane” jest czy nie jest tożsame z pojęciem „kulki szklane i ceramiczne”. Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty, która spełnia wymagania określone postanowieniami siwz.

W drugiej kolejności odwołujący podniósł, iż zamieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia, iż musi on być wykonany z „kulek szklanych i ceramicznych” stanowi naruszenie normy art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Opis przedmiotu zamówienia został sporządzony na podstawie Aprobaty Technicznej jednego podmiotu i stanowiło działanie utrudniające uczciwą konkurencję.

W dniu 10 kwietnia 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – 3M Poland Sp. z o.o.- którego ofertę zamawiający wybrał, jako najkorzystniejszą.

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 dwoma 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).

Izba na posiedzeniu stwierdziła, iż wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego zadośćczynił obowiązkowi nałożonemu w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dalszej kolejności Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i rozpoznała odwołanie merytorycznie po

przeprowadzeniu rozprawy. Wprawdzie w odwołaniu zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych został podniesiony z uchybieniem terminu, to jednak nie stanowiło to przeszkody do rozpoznania merytorycznego pozostałych zarzutów podniesionych wobec czynności oceny oferty odwołującego, odrzuconej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty złożonej przez Czmuda Sp. z o.o. Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Zakresem zaskarżenia skutecznie objęta została czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także zaniechania zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących dokumentu – Aprobata Techniczna (art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Jak wskazano powyżej Izba nie rozpoznawała zarzutów naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych podniesionych w związku z opisem przedmiotu zamówienia. Ewentualne zastrzeżenia w tym zakresie wykonawca mógł zgłaszać w terminie przewidzianym do wnoszenia odwołania na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określonym w art. 182 ust 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Po wyborze oferty najkorzystniejszej nie ma możliwości podważenia postanowień siwz, a tym bardziej żądania ich zmiany. Ocena oferty odwołującego, a w konsekwencji również jej weryfikacja przez Izbę dokonywana jest w kontekście postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którymi zgodność oferty odwołującego została przez zamawiającego zakwestionowana.

Zamawiający w informacji z dnia 30.03.2012 r. o podstawie odrzucenia oferty odwołującego wskazał, iż w dokumencie składanym na potwierdzenie, że dostawy spełniają wymagania podane w opisie przedmiotu zamówienia – Aprobacie Technicznej wskazano, że oferowana taśma jest wyrobem wykonanym z żywicy poliuretanowej, kruszywa przeciwpoślizgowego i mikrokulek szklanych, a wierzchnia jej warstwa zawiera jedynie kulki szklane.

Jak wynika z treści załącznika nr 2 do siwz – opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako prefabrykowaną taśmę odblaskową do trwałych grubowarstwowych poziomych oznakowań dróg, wykonaną z wielowarstwowego materiału składającego się z polimerów, wypełniaczy, kulek szklanych i ceramicznych, której wierzchnia warstwa powinna być wykonana z żywicy poliuretanowej odpornej na ścieranie oraz kulek ceramicznych (pkt II.2 i 3 załącznika).

Odwołujący zaoferował produkt SNOLINE SPA – taśmę odblaskową do stałego poziomego oznakowania dróg „TIKAPPA WR 0104”, dla którego wystawiono Aprobatę

Techniczną nr AT/2009-02-2525, załączoną do oferty (str. 15 i nast.). Z opisu przedmiotu Aprobaty Technicznej wynika, iż „Wierzchnia warstwa taśmy wykonana jest z żywicy poliuretanowej odpornej na ścieranie, kruszywa przeciwpoślizgowego i mikrokulek szklanych” (pkt 1.1 Aprobaty). W dalszej treści dokumentu powtórzono zapisy o wykonaniu taśmy między innymi z użyciem mikrokulek szklanych (pkt 4.1 Aprobaty).

W ocenie składu orzekającego treść Aprobaty nie pozostawiała żadnych wątpliwości w ustaleniu, iż do wykonania taśmy użyte są mikrokulki szklane. Temu stwierdzeniu nie zaprzeczał sam odwołujący, który zmierzał jedynie do wykazania równoważności pojęcia użytego w Aprobacie – „mikrokulki szklane” - z pojęciem opisanym przez zamawiającego w siwz – „kulki szklane i ceramiczne”. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż przywoływane przez odwołującego pojęcie „kulki szklane i ceramiczne” odnosiło się do opisu struktury taśm, jako całości, natomiast zamawiający odrzucił ofertę z tego powodu, iż warstwa wierzchnia oferowanej taśmy nie jest wykonana z kulek ceramicznych, o których mowa w pkt II.3 opisu przedmiotu zamówienia. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wyraźnie rozróżniał kulki szklane od ceramicznych z jednoczesnym wskazaniem na konieczność wykonania warstwy wierzchniej z kulek ceramicznych. W kontekście takich zapisów specyfikacji próba wykazania tożsamości pojęć „mikrokulki szklane” i „kulki szklane i ceramiczne” prowadziła faktycznie do zmiany warunków przedmiotowych przez uznanie, jako spełniającej wymagania zamawiającego taśmę, której warstwa wierzchnia wykonana byłaby z kulek szklanych. Izba nie przyjęła argumentacji odwołującego, w której dążył do wykazania braku jednoznaczności pojęć użytych przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, uzasadniającą traktowanie, jako pojęć tożsamyh „mikrokulki szklane” i „kulki szklane i ceramiczne”. W ocenie składu orzekającego, interpretacja postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi być dokonana z uwzględnieniem zasad wykładni literalnej, jak i branżowego charakteru zamówienia. Odwołujący poza odwołaniem się do pojęcia ceramiki oraz procesów technologicznych nie przedstawił dowodu na poparcie twierdzeń o tożsamości materiałów określanych w branży jako kulki ceramiczne i kulki szklane. Przedstawione przez przystępującego, jak i zamawiającego opracowania pozwalały na ustalenie, iż w branży drogowej istotne znaczenie przypisuje się rodzajowi materiałów, z jakich wykonywane są taśmy do oznakowania poziomego dróg. Mają one znaczenie dla podniesienia bezpieczeństwa użytkowników dróg, w szczególności w trudnych warunkach atmosferycznych (w trakcie opadów deszczu, jak i po zmroku). Jak wynika z przedłożonych publikacji tematycznych dotyczących wykonania oznakowania poziomego, mikrokulki ceramiczne określane, jako elementy optyczne (ceramiczne) charakteryzują się wysokim współczynnikiem odbłasku w stanie suchym i wilgotnym i są o wiele bardziej wytrzymałe na deformację i zgniecenia od mikrokulek szklanych (podręcznik oznakowania poziomego publikacji Stowarzyszenie Linia

Życia, 2011r.). Przy braku dowodów na okoliczność tożsamości mikrokulek szklanych i mikrokulek ceramicznych, obciążającego odwołującego, Izba uznała, iż nie było podstaw do oceny, jako spełniającego wymagania zamawiającego, produktu oznaczonego nazwą TIKAPPA WR 0104, wykonanego przy użyciu mikrokulek szklanych. W oparciu o stwierdzoną niezgodność produktu z wymaganiem zamawiającego – wykonania warstwy wierzchniej taśmy z kulek ceramicznych - zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie było zatem podstaw do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdzając, iż z uwagi na precyzyjność wymagań zamawiającego, jak i jednoznaczny opis produktu zamieszczony w Aprobacie Technicznej, nie zachodziła niejasność wymagająca wyjaśnienia z wykonawcą. Zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i dokumencie przedłożonym w ofercie przez odwołującego użyto zwrotów opisujących rodzaj materiału, z jakiego wykonuje się warstwę wierzchnią taśmy. Nie są to w ocenie składu orzekającego pojęcia niezidentyfikowane, nie pozwalające na ustalenie o jaki rodzaj materiału chodzi.

W związku z przedstawionym uzasadnieniem, odwołanie w zakresie rozpoznanych zarzutu podlegało w całości oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego.

Przewodniczący: