

Sygn. akt: KIO 569/13

WYROK
z dnia 25 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2013 r. przez wykonawcę – **E..... P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Maja” E..... P..... w Małkini** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stawiguda**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **E..... P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Maja” E..... P..... w Małkini** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **E..... P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Maja” E..... P..... w Małkini** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **E..... P....., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „Maja” E..... P..... w Małkini** na rzecz Gminy Stawiguda kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 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 Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Gmina Stawiguda (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Budowa placów zabaw w miejscowości Stawiguda.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 stycznia 2013 r., poz. 16423 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 11 marca 2013 r. E..... P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Maja” E..... P..... w Małkini (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała odrzucenie swojej oferty i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

W odwołaniu podnoszono, co następuje: Odwołujący na potwierdzenie zaoferowania przedmiotu zamówienia - urządzenia: „most na słupach z ruchomymi elementami na linach” zgodnego z wymogami Zamawiającego przedstawił kartę techniczną str. 27 pisma złożonego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że opis karty technicznej „(...) stalowe słupy 0 100 mm (...)” jest sprzeczny z częścią graficzną urządzenia. Odwołujący nie zgadza się z powyższym zarzutem. Kolor brązowy nie oznacza bowiem, że ww. elementy są drewniane. Poza tym opis jednoznacznie stwierdza, że słupy wykonane są ze stali. Ponadto, należy zauważyć, iż Zamawiający nie wezwał do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca nie miał zatem możliwości na złożenie wyjaśnień i potwierdzenie, że przedmiotowe urządzenie wykonane jest ze słupów stalowych zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał zatem podstaw, by odrzucić ofertę Wykonawcy z uwagi na to, że słupy na fotografii stanowiącej część karty technicznej według Zamawiającego wykonane są z drewna bez wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Ponadto, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podnosił, iż opis przedmiotowego urządzenia nie zgadza się z jego częścią graficzną z uwagi na to, że na załączonej fotografii zamiast lin widoczne są łańcuchy, co według Zamawiającego stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Należy mieć jednak na względzie, iż Odwołujący na załączonej fotografii zaznaczył, iż zamiast łańcuchów elementy będą zawieszane na linach, zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący nie zgadza się ze zdaniem Zamawiającego, że powyższe stanowi podstawę do

odrzućenia oferty. Zamawiający bezzasadnie bowiem zarzuca niezgodność oferty z SIWZ. Ponadto, z uwagi na to, że Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie nie miał podstaw do odrzućenia oferty. Ponadto, Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że z uwagi, na fakt, że klocki zawieszane na linkach są drewniane, zaproponowane urządzenie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia określonego w treści SIWZ przez Zamawiającego. Niemniej jednak, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w Informacji o zmianie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zmianie ogłoszenia, jak również w samym SIWZ i jego załącznikach nie określa, że elementy ruchome mostka mają być wykonane z tworzywa sztucznego. W uzasadnieniu decyzji o odrzućeniu oferty Zamawiający podaje, iż z uwagi na to, że w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielonych w dniu 8 lutego 2013 roku odpowiedział na pytanie Wykonawcy „czy zamawiający dopuszcza zastosowanie w placu zabaw mostka wiszącego balansującego z drewna rdzeniowego impregnowanego ciśnieniowo zawieszzonego na łańcuchach metalowych ocynkowanych zamiast mostu z oponami”, że nie dopuszcza do zastosowania w placu zabaw opisanego mostka wiszącego - stanowi to podstawę do uznania zaproponowanego przez Odwołującą urządzenia jako niezgodną z SIWZ. Ponadto, w ww. wyjaśnieniach na prośbę wykonawcy (pyt. 3) o wyrażenie zgody na zastosowanie urządzenia - mostu ruchomego - ruchoma kładka wg załączonej karty katalogowej, w której to Wykonawca określił, że w skład zestawu wchodzi 4 słupy stalowe o średnicy 102 mm, ocynkowane o długości 2,0 m, most ze szczepłem z tworzywa sztucznego, długość mostu 3,0 m, liny i siatki typu Herkules, Zamawiający jedynie dopuścił zastosowanie powyższego urządzenia. Powyższe nie stanowi jednak modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Prawdą jednak jest, że zgodnie z Ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia 21215-2013, data zamieszczenia 08.02.2013 Zamawiający zamienia most z oponami na most z ruchomymi elementami na linkach. Nie określa przy tym, w ocenie Odwołującego, z jakiego tworzywa mają być wykonane ruchome elementy. Z powyższego można tylko wywnioskować, że most z oponami zamieniony jest na most z oponami na słupach.

Ponadto, Zamawiający wskazując podstawy odrzućenia oferty Odwołującego podniósł, że część opisowa Karty technicznej Zestawu zabawowego jest sprzeczna z częścią graficzną karty – a mianowicie z części opisowej wynika, że dach zestawu wykonany będzie z półwałków impregnowanych próżniowo - ciśnieniowo (...) oraz obrzeża zabezpieczenia będą wykonane z rur stalowych wypełnionych sklejką wodoodporną liściastą (...), a część graficzna jednak przedstawia urządzenie, którego dach jest wykonany w jednolitej powierzchni, nie z półwałków oraz zabezpieczenia nie posiadają obrzeży z rur stalowych. W ocenie Odwołującego powyższe nie może stanowić podstawy do odrzućenia oferty Wykonawcy. Odwołująca w załączonej karcie technicznej, kiedy podaje skład zestawu

wymienia bowiem, że zestaw zawiera 6 zabezpieczeń. W części „Zabezpieczenia” podaje również, że obrzeża i rur stalowych wypełnione sklejką wodoodporną liściastą z filmem melaminowym. Zaproponowany zestaw jest zatem zgodny z SIWZ. W ocenie Odwołującej bezzasadne byłoby twierdzenie, że fotografie kart technicznych powinny przedstawiać każdy szczegół zaproponowanego urządzenia. Nie sposób jest bowiem przedstawić na rysunku najmniejszy szczegół. Ponadto, każda karta techniczna musiałaby posiadać szereg takich fotografii, które przedstawiałyby ujęcia z każdej strony oraz osobno każdy element danego urządzenia. Należy podkreślić, że opis a w ślad zanim również rysunki zaproponowanych urządzeń odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący również podnosił, że z zachowania Zamawiającego wynika, że preferuje konkretną, miejscową firmę – wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wnosił m.in. o nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności Zamawiającego i nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w modyfikacji SIWZ z dnia 8 lutego 2013 r. wskazał, że zamiast „mostu z oponami – 1 kpl” należy zaoferować „most na słupach z ruchomymi elementami na linkach – 1 kpl.”. W tym samym dniu, w odpowiedziach na pytania wykonawców wskazał, że nie dopuszcza mostka wiszącego opisanego następująco: „balansującego z drewna rdzeniowego impregnowanego ciśnieniowo zawieszzonego na łańcuchach metalowych ocynkowanych” (odpowiedź nr 2). Wskazał, że dopuszcza do zastosowania zamiast mostu

z oponami urządzenie o wskazanych parametrach, przy czym „most z ruchomymi talerzykami” ma być wykonany z polietylenu (PE).

2. Na potwierdzenie, że oferowane urządzenia odpowiadają określonym przez niego wymaganiom (rozdział VIII pkt. 8 SIWZ sekcja III.5 ogłoszenia 16423-2013 z dnia 31.01.2013r.), Zamawiający wymagał złożenia m.in. kart technicznych oferowanych urządzeń oraz ogrodzenia.

3. Ponieważ karty techniczne załączone do oferty Odwołującego były nieczytelne, Zamawiający wezwał do ich uzupełnienia. Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył wymagane karty techniczne.

4. Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych ze wskazaniem na następujące podstawy faktyczne:

1) zastosowanie drewnianych elementów ruchomych mostka (miały być z polietylenu – PE),

2) sprzeczność pomiędzy częścią opisową a graficzną karty technicznej ze strony 27 uzupełnienia – w opisowej wskazano na elementy stalowe, a z części graficznej wynika, że zastosowano elementy drewniane,

3) w uzupełnieniach na str. 30 i 31 zaistniała również sprzeczność pomiędzy częścią graficzną a opisową co do dachu i materiałów z których ma być wykonany (część opisowa jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego a opisowa nie),

4) na tych samych stronach uzupełnienia odnoszącego się do zestawu zabawowego nr 8 w części opisowej wskazano maksymalne wysokości upadku dla strefy A i B zgodne ze specyfikacją, natomiast część opisowa jest niezgodna z częścią rysunkową, ponieważ dla strefy A z części rysunkowej strefa upadku wynosi 1,20 m, a dla strefy B 2,20 m.

5. Nie było sporne, że odwołanie odnosiło się tylko do trzech podstaw faktycznych (pkt 4 ppkt 1-3 powyżej), a pomijało zagadnienie „maksymalnych wysokości upadku dla strefy A i B” (pkt 4 ppkt 4 powyżej). Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, że pominął tę podstawę faktyczną w wyniku przeoczenia.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Zarzuty podniesione w odwołaniu składają się z podstaw prawnych tj. wskazania przepisów, których naruszenie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu i podstaw faktycznych – wskazania okoliczności, które zdaniem Odwołującego pozwalają na stwierdzenie, że działania bądź zaniechania Zamawiającego były niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych. Jeżeli Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z kilkoma podstawami faktycznymi – Odwołujący, aby skutecznie wnieść odwołanie (w celu podważenia zasadności odrzucenia swojej oferty), musi zakwestionować każdą z podstaw faktycznych wskazanych przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty. Jeżeli zakwestionuje w odwołaniu tylko niektóre (nie wszystkie), to pozostałe (niezakwestionowane) nie zostają podważone w drodze środków ochrony prawnej, a więc pozostają w mocy. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący na rozprawie przyznał, że przez przeoczenie pominął w odwołaniu jedną z podstaw faktycznych odrzucenia oferty, odnoszącą się do maksymalnej wysokości swobodnego upadku. W takiej sytuacji, nawet jeśli tak opisana podstawa faktyczna odrzucenia oferty była wadliwa – to niewzruszona odwołaniem, uprawomocniła się. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). W takiej sytuacji, nawet gdyby Izba - po analizie podstaw faktycznych zakwestionowanych odwołaniem - uznała, że Zamawiający sformułował je wadliwie – i tak odwołanie musiałoby zostać oddalone, a to na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ewentualne uwzględnienie zarzutów odwołania w takim wypadku nie miałyby wpływu na wynik postępowania – bowiem i tak oferta Odwołującego pozostałaby odrzucona w związku z podstawą faktyczną pominiętą w odwołaniu, a wymienioną w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu są co najmniej częściowo słuszne (co do zakwestionowanych w odwołaniu podstaw faktycznych odrzucenia oferty opisanych w pkt 4 ppkt 2 i 3 w uzasadnieniu powyżej) – po stwierdzeniu ewentualnych rozbieżności w treści kart katalogowych Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy z wnioskiem o ich wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. W tym przypadku karty katalogowe nie wskazywały, że zaoferowano urządzenie niezgodne z SIWZ, a jedynie zawierały „wewnętrzną sprzeczność” pomiędzy częścią graficzną a rysunkową, którą to sprzeczność Zamawiający powinien był wyjaśnić. Natomiast wydaje się, że można przyznać rację Zamawiającemu, który wskazuje, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ w zakresie materiału, z jakiego powinny być wykonane elementy ruchome mostka – nie było sporne, że Odwołujący zaoferował urządzenie, w którym te elementy są drewniane. W ocenie Izby, Zamawiający w modyfikacji SIWZ i w odpowiedziach z dnia 8 lutego br. wskazał, że zamiast mostu z oponami należy zaoferować most na słupach z ruchomymi elementami na linkach, przy czym dopuścił zastosowanie mostu o określonych parametrach, w tym elementy ruchome miały być wykonane z polietylenu (PE). Rzeczywiście wyrażenie „dopuszcza do zastosowania”, użyte przez Zamawiającego w odpowiedzi nr 3, nie jest stanowcze, jednak w kontekście całości dokumentacji postępowania trudno było wywodzić, że można zastosować jakiegokolwiek urządzenie (most) z ruchomymi elementami o jakichkolwiek parametrach, z pominięciem parametrów opisanych w odpowiedzi nr 3 z dnia

8 lutego 2013 r. W takiej sytuacji należałoby uznać, że Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, z powodu zastosowania elementów ruchomych z drewna. Jednak nawet gdyby przyjąć pogląd przeciwny i zaakceptować wywody Odwołującego odnośnie braku stanowczości wytycznych wynikających z odpowiedzi nr 3 z dnia 8 lutego br., to i tak nie miałyby to wpływu na rozstrzygnięcie – a to z powodów opisanych wyżej, tj. ze względu na fakt, że Odwołujący nie objął odwołaniem wszystkich podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty, zatem w tym zakresie decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego pozostała w mocy.

Reasumując, Izba nie mogła stwierdzić naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Izba nie odnosiła się do argumentów dotyczących oferty uznanej za najkorzystniejszą – wartość zamówienia oszacowano poniżej tzw. progów unijnych, a więc zarzuty podniesione w odwołaniu mogą być rozpatrywane tylko co do odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....