Sygn. akt: KIO 802/19

WYROK

z dnia 15 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. D. „DRO - MAR",

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ostrowiec Świętokrzyski,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. D. „DRO - MAR" i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. D. „DRO - MAR" tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 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 Kielcach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 802/19

UZASADNIENIE

W dniu 30 kwietnia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy DRO-MAR M. D. ul. Próżna 5/25, 00-107 Warszawa Oddział Makowiec, ul.

Radomska 138,26-640 Skaryszew (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Gminie Ostrowiec Świętokrzyski (dalej „Zamawiający") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Modernizacja boiska wielofunkcyjnego przy PSP nr 4 w ramach projektu „Nowoczesna szkoła - modernizacja i wyposażenie w pomoce dydaktyczne publicznych szkół podstawowych w Ostrowcu Świętokrzyskim wraz z modernizacją infrastruktury sportowej" naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 24 kwietnia 2019 r., otrzymanym dnia 25.04.2019 drogą e-mail godz. 10:07, Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ dopuścił rozwiązania równoważne, ale w konsekwencji przy ocenie ofert nie zastosował tego przepisu, ponieważ stosuje wymagania tylko producenta szwajcarskiego CONICA (typ nawierzchni CONIPUR SP), a nie dopuszcza do stosowania nawierzchni rodzimych producentów PU, czym ogranicza konkurencję - naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że podstawową normą jest norma PN EN 14877:2014-2, która określa parametry minimalne dla nawierzchni PU. Zamawiający żądając innych parametrów - większych od minimalnych - ma obowiązek uzasadnić swoje żądania poprzez dowody, które potwierdzają konieczność zastosowania tych parametrów. W ocenie Odwołującego takich dowodów Zamawiający nie ma, natomiast stwierdza tylko w piśmie z dnia 26.04.2019, że „Zamawiający w roku 2018 zrealizował boisko przy szkole nr 14 w Ostrowcu Świętokrzyskim o parametrach identycznych jak w tej procedurze przetargowej bez uwag wykonawców dotyczących ograniczenia konkurencyjności', co nie może być dowodem w sprawie, a że wykonawcy nie wnosili uwag (co jest niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż uwagi były wnoszone w podobnej treści co w tym przypadku, jednak zamawiający udzielał lakonicznych i wymijających odpowiedzi) nie jest żadnym dowodem. Norma PN EN 14877:2014-2 podaje tylko parametry minimalne, a zamawiający żądając parametrów znacznie przekraczających parametry minimalne powinien to szczegółowo uzasadnić, a takiego uzasadnienia brak. W ocenie Odwołującego nie jest dla niego zrozumiałe dlaczego Zamawiający nie uznaje za właściwe parametry posiadane przez oferowaną przez niego nawierzchnię, które są znacznie

wyższe od minimalnych określanych normą, a jednocześnie faworyzuje i wskazuje rodzaj nawierzchni, którą produkuje tylko 1 producent.

Odwołujący wskazał, że po wnikliwym zapoznaniu się z przedmiotową dokumentacją stwierdzić należy, że Zamawiający ogranicza w sposób znaczny konkurencyjność postępowania:

- Manipuluje wymaganiami dotyczącymi parametrów technicznych i dokumentów dla nawierzchni poliuretanowych, dopuszczając do oferowania tylko jeden system

  nawierzchni PU tj. CONIPUR SP;

- Żąda bezpodstawnie certyfikatów i badań wykonanych przez laboratoria akredytowane przez Międzynarodową Organizację Lekkoatletyczną IAAF dla inwestycji, która z lekkoatletyką nie ma nic wspólnego;

- Odwołuje się do wyników badań IAAF a nie do wyników badań na potwierdzenie zgodności z normą PN EN 14877:2014-2;

- Wymaga, aby każda oferowana nawierzchnia PU mieściła się w przekombinowych ramach niezgodnych z logiką oraz normą PN EN 14877:2014-2. Zamawiający nie akcentuje lepszych wyników badan dla parametrów wytrzymałościowych takich jak wytrzymałość na rozciąganie (MPa) i wydłużenie w chwili zerwania (%);

- Niekompetentnie i w sposób bezwzględny ogranicza normę PN EN 14877:2014-2 wprowadzając zmiany w parametrach współczynnik tarcia, odkształcenie pionowe i amortyzacja. Zamawiający nie posiada żadnych analiz ani badań, którymi może poprzeć swoje hipotezy. Opiera się jedynie na własnych błędnych przypuszczeniach, które zgodnie z litera prawa nie maja ważności i nie mogą stanowić podstaw odrzucenia oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga następujących parametrów:

a) Wytrzymałość na rozciąganie 0,60-0,65 Mpa - norma > 0,4Mpa

b) Wydłużenie w chwili zerwania 79-81 % - norma > 40

c) Współczynnik tarcia 0,54 - 0,56 - jaka metodą określił to zamawiający?

d) Odkształcenie pionowe w temp. 23° 2,1 - 2,3mm - norma <6

e) Amortyzacja - redukcja siły w temp 23°C 40-41% - norma 35-55

f) Grubość całkowita nawierzchni min. 13mm norma > 7 mm

Odwołujący wskazał, że zaoferował system PU o następujących parametrach IAAF/ PN EN 14877:2014-2

a) Wytrzymałość na rozciąganie 1,08Mpa/1,1 Mpa - korzystniejszy

b) Wydłużenie w chwili zerwania 55%/75% - spełnia wymóg normy

c) Współczynnik tarcia 0,53 - norma nie określa tego parametru, bada się opór poślizgu dla nawierzchni suchej i mokrej w stopniach PTV - różnica 0,54 - 0,53 = 0,01 jest bez znaczenia

d) Odkształcenie pionowe w temp. 23°C 38%/36% - zgodna z normą

e) Grubość całkowita nawierzchni 13 mm - wymóg spełniony

Odwołujący wskazał, że oferowana nawierzchnia została zainstalowana na kilkuset obiektach w kraju i zagranicą, jest zaakceptowana przez IAAF, PZI_A (posiada świadectwa PZLA) jest zgodna z normami PN EN 14877:2014-2 i DIN 18035-6:2014, posiada atest PZH i badania WWA. Jest polskim produktem pozytywnie zaopiniowanym przez odpowiednie instytucje (na co załączamy wyniki badań ITB nr 00973/18/R-32 NZM/1, sprawozdanie z badań nr 40-LBŚ/506/G/16, BSG Sp. z o.o. Karta Techniczna) oraz użytkowników, ale jak widać nie radzi sobie z urzędnikami i ich fatalnymi wymogami.

W ocenie Odwołującego zgodnie z opisem podanym powyżej budzi wątpliwości czy osoby przygotowujące oraz przeprowadzające postępowanie zapewniły bezstronność i obiektywizm.

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp ponieważ odrzucenie oferty Odwołującego i wybranie innej było niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że naruszenie to polega na zawężeniu opisu przedmiotu zamówienia z bezpodstawnym ograniczeniem parametrów technicznych przewidzianych przez normę PN EN 14877:2014-2 bez podania przyczyny ich ograniczenia, co jest niejednoznaczne i wyczerpujące, a określenia te są niezrozumiałe i mają wpływa na sporządzenie oferty. Tak opisany przedmiot zamówienia ogranicza i utrudnia uczciwą konkurencję, co udowodnili wykonawcy w swoich zapytaniach do SIWZ.

W zakresie naruszenia art. 30 ust. 1 pkt. 2a, pkt 3 i 4 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że naruszenie to polega na naruszenia zawarciu w SIWZ bardzo wąskich przedziałów normy PN EN 14877:2014-2, a nie postawienie wymogów spełniania wymaganych parametrów technicznych minimalnych, lecz bez uzasadnienia zawyżenie tych parametrów, co ogranicza uczciwą konkurencję i eliminuje z postępowania część wykonawców.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i)

specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami (dalej „SIWZ") na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i wymagań Zamawiającego; (ii) ofertę Odwołującego oraz dokumenty złożone przez wykonawcę w dniu 23 kwietnia 2019 r. na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) informację o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 24 kwietnia 2019 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odrzucenia oferty wykonawcy.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Modernizacja boiska wielofunkcyjnego przy PSP nr 4 w ramach projektu „Nowoczesna szkoła - modernizacja i wyposażenie w pomoce dydaktyczne publicznych szkół podstawowych w Ostrowcu Świętokrzyskim wraz z modernizacją infrastruktury sportowej" naruszenie przepisów ustawy Pzp. SIWZ została opublikowana przez Zamawiającego w dniu 21 marca 2019 r.

Zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ - Rozdział XII, pkt 3.1.2 Zamawiający wymagał przedłożenia przez wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w celu potwierdzenia, że oferowane przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego m.in.: (i) certyfikatu IAAF; (ii) atestu Higienicznego PZH; (iii) aktualnych badania laboratoryjnego posiadającego akredytację IAAF potwierdzającego parametry oferowanej nawierzchni wymaganych przez Zamawiającego; (iv) aktualnego badania na zgodność z normą PN - EN 14877:2014, potwierdzającego wymagane parametry; (v) autoryzację producenta systemu wraz z określeniem gwarancji na produkt: (vi) kartę techniczną systemu; (vii) badania na bezpieczeństwo ekologiczne nawierzchni potwierdzające wymaganą zawartość związków chemicznych; (viii) kompletny raport z badania zawartości WWA.

WW. dokumenty i certyfikaty miały potwierdzać, że oferowana nawierzchnia boiska będzie spełniała następujące parametry:

a) Wytrzymałość na rozciąganie 0,60-0,65 Mpa

b) Wydłużenie w chwili zerwania 79-81 %

c) Współczynnik tarcia 0,54 - 0,56

d) Odkształcenie pionowe w temp. 23° 2,1 - 2,3 mm

e) Amortyzacja - redukcja siły w temp 23°C 40-41%

f) Grubość całkowita nawierzchni min. 13 mm

Parametry te zostały powtórzone przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 do SIWZ „Warunki techniczne realizacji zamówienia" oraz nr 6 „Tabela parametrów nawierzchni".

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertą w postępowaniu, która została najwyżej oceniona przez Zamawiającego wg. kryteriów oceny ofert. Izba ustaliła, że nie było sporne pomiędzy stronami, iż z dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 23 kwietnia 2019 r. oferowana przez Odwołującego nawierzchnia nie spełniała wymagań technicznych wymaganych przez Zamawiającego w następującym zakresie:

Wymagane parametry nawierzchni	Parametry oferowanej nawierzchni
Wytrzymałość na rozciąganie - 0,60 — 0,65 Mpa	Wytrzymałość na rozciąganie — 1,1 Mpa
Wydłużenie w chwili zerwania - 79 — 81 %	Wydłużenie w chwili zerwania - 75 %
Współczynnik tarcia - 0,54 — 0,56	Współczynnik tarcia - 0,60
Odkształcenie pionowe w temp. 23 ^{2}C - 2,1 — 2,3 mm	Odkształcenie pionowe w temp. 23^{2} C — 1,7 mm
Amortyzacja — redukcja siły w temp. 23 ^{Q}C - 40-41 %	Amortyzacja—redukcja sity w temp. 23 ^{Q}C — 36 %
Grubość całkowita nawierzchni - -Min 13 mm	Grubość całkowita nawierzchni - -Min 13 mm

Pismem z dnia 24 kwietnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu. W pierwszej kolejności wskazać należy, że pomimo, iż Odwołujący powołuje się na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty, odwołanie w zasadniczej części dotyczy postanowień SIWZ. Zarzuty i argumenty podniesione bowiem przez wykonawcę w treści odwołania dotyczące zapisów SIWZ w zakresie nadmiernych wymagań Zamawiającego co do nawierzchnie boiska, wymaganych parametrów technicznych, przewyższających wymagane minimalne wynikające z normy PN EN 14877:2014-2, braku uzasadnienia żądanych parametrów technicznych dotyczących nawierzchni boiska, zapisów dotyczących żądania określonych certyfikatów i wyników badań, odwoływania się w SIWZ do wyników badań IAAF, wymogu, by każda nawierzchnia mieściła się „w przekombinowych ramach niezgodnych z logiką oraz normą PN EN 14877:2014-2',

zapisów SIWZ dotyczących ograniczenia normy PN EN 14877:2014-2 poprzez wprowadzenie zmian w parametrach współczynnik tarcia, odkształcenie pionowe i amortyzacja, zapisów dotyczących zawężenia opisu przedmiotu zamówienia z bezpodstawnym ograniczeniem parametrów technicznych przewidzianych przez normę PN EN 14877:2014-2 bez podania przyczyny ich ograniczenia.

W ocenie Izby powyższe zarzuty i argumenty są w istocie polemiką Odwołującego z określonymi wymogami zawartymi w SIWZ, które była znana wykonawcy od dnia jej publikacji na stronie internetowej Zamawiającego tj. od dnia 21 marca 2019 r. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie internetowej. Tym samym termin na złożenie odwołania co do wymagań Zamawiającego w zakresie kwestionowanych zapisów SIWZ upłynął 26 marca 2019 roku. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Tym samym Izba uznała zarzuty podniesione przez Odwołującego dotyczące treści SIWZ za zarzuty spóźnione.

Natomiast Izba uznała, iż zarzut dotyczący zaoferowania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia równoważnego do przedmiotu zamówienia wymaganego przez Zamawiającego nie jest zarzutem spóźnionym i podlega rozpatrzeniu. W ocenie Izby zarzut ten jest jednak niezasadny. Zgodzić się należy z Odwołującym, że zgodnie z postanowieniem pkt 5 Rozdziału III SIWZ Zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych, pod warunkiem, że zapewniają one uzyskanie parametrów nie gorszych od założonych w SIWZ, przy czym jeśli wykonawca powołuje się na rozwiązania równoważne jest zobowiązany wykazać, że oferowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone w SIWZ. Zaznaczyć jednakże należy, że możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych była dopuszczona wyłącznie w sytuacji, gdy w SIWZ Zamawiający posłużył się nazwą producenta produktu lub nazwą rozwiązań, wskazał znaki towarowe, patenty lub pochodzenie, źródła pochodzenia, które charakteryzuje produkty lub usługi dostarczone przez konkretnego wykonawcę. Takich jednakże okoliczności Odwołujący nie wykazał. Wskazanie w treści SIWZ określonych wymagań technicznych, jakie musi spełniać nawierzchnia boiska nie sposób utożsamiać z opisem przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów czy pochodzenia. Co więcej wykazywanie na obecnym etapie postępowania, iż wymagane parametry techniczne

są możliwe do spełnienia tylko przez jednego producenta nawierzchni jest działaniem spóźnionym, gdyż dotyczy de facto kwestionowania postanowień SIWZ.

Ponadto, wskazać należy, że zastosowanie rozwiązań równoważnych przez wykonawcę powinno po pierwsze wynikać z treści oferty wykonawcy, zaś po drugie, zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawca powinien wykazać, iż proponowane rozwiązanie równoważne zapewnia uzyskanie nie gorszych parametrów technicznych niż te, które Zamawiający określił w SIWZ.

Odwołujący zaś w treści złożonej oferty w żaden sposób nie wskazał, iż oferuje rozwiązanie równoważnie. Nie wskazał na czym opiera ową równoważność i czego ona dotyczy. Nie jest bowiem jasne czy Odwołujący odwołujące się jakiś równoważnych norm technicznych czy innych aspektów związanych z realizacją zamówienia. Oferowania innego produktu niż wymagany przez Zamawiającego nie może być uznane za rozwiązanie równoważne, gdyż jest po prostu oferowaniem czegoś innego niż wymaga Zamawiający w SIWZ.

Po drugie, podkreślić należy, iż rozwiązanie równoważne nie może powodować, iż oferowany produkt osiąga parametry gorsze niż te wymagane przez Zamawiającego. A z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. Nawet bowiem gdyby przyjąć jak chciałaby Odwołujący, że oferuje produkt równoważny, to produkt ten osiąga parametry gorsze niż wymagane przez Zamawiającego, co skutkuje niezgodnością oferty wykonawcy z SIWZ. Tym samym oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Odwołujący argumentował, że zaoferował Zamawiającemu produkt lepszy, który spełnia wymagania minimalne określone w normie PN EN 14877:2014-2. Odwołujący pominął zupełnie fakt, że w tym zakresie Zamawiający postawił wymóg spełniania przez oferowane nawierzchnie konkretnych parametrów technicznych opisanych w SIWZ, a nie zaś oferowania jakiejkolwiek nawierzchni, która zapewniałaby ewentualną równoważność lub subiektywnie lepsze rozwiązania pod względem funkcjonalnym. Dokonując ww. zmian w ofercie w stosunku do wymagań SIWZ Odwołujący pominął stanowcze ustalenia Zamawiającego o konieczności zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Zmieniając parametry wymagane przez Zamawiającego, Odwołujący argumentuje, iż oferuje produkt równie dobry. Jednakże to co w subiektywnej opinii Odwołującego może być uznane za produkt lepszy, takim produktem nie musi być w konkretnych okolicznościach w jakich będzie on montowany i użytkowany. Jak wskazał sam Zamawiający, wymagania techniczne co do nawierzchni mają znaczenie dla jakości i sposobu jej użytkowania.

Zaznaczyć przy tym należy, że nie sposób stawiać zarzutu Zamawiającemu, iż określił wymagania techniczne co do oferowanych nawierzchni na poziomie wyższym niż minimalne wymagania wskazane w normie PN EN 14877:2014-2. Takie działanie Zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp i stanowi wyraz dbałości o jakość przedmiotu zamówienia. Jeśli jednak, jak twierdzi Odwołujący, podwyższone wymagania techniczne Zamawiającego de facto wskazują na produkt jednego wykonawcy, to takie działanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. Okoliczności takie wykonawcy winien jednak wykazać na etapie publikacji SIWZ. Izba będąc związana przepisami ustawy Pzp nie może rozpatrywać zarzutów wniesionych po terminie wynikającym z przepisów ustawy. Wykonawca może jednakże zwrócić się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o przeprowadzenia stosowanej kontroli działań Zamawiającego, który to organ nie jest związany terminami zawitymi, tak jak Izba.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1

972
z zm.).

Przewodniczący: .....