Sygn. akt: KIO/UZP 807/08

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Luiza Łamejko

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SAN-GAZ „KARDACH" Sp. J., 63-200 Jarocin, ul. Brzozowa 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Burmistrz Miasta Oława, 55-200 Oława, Plac Zamkowy 15** protestu z dnia 22 lipca 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **SAN-GAZ „KARDACH" Sp. J., 63-200 Jarocin, ul. Brzozowa 3**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SAN-GAZ „KARDACH" Sp. J., 63-200 Jarocin, ul. Brzozowa 3,**

---

2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,

3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAN-GAZ „KARDACH" Sp. J., 63-200 Jarocin, ul. Brzozowa 3.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Burmistrz Miasta Oława prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa kanalizacji deszczowej od ulicy 3 Maja do rowu SB w Oławie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 17 lipca 2008 r. pod nr 162783-2008.

Dnia 22 lipca 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec treści ogłoszenia, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 29 i 30 przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i uniemożliwia złożenie oferty równoważnej oraz art. 7 przez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
Odwołujący się wskazuje, iż Zamawiający naruszył jego interes prawny, gdyż pozbawił go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia nawet w przypadku, gdyby jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, gdyż postępowanie prowadzone jest w sposób

uniemożliwiający zawarcie ważnej umowy.

Zdaniem Odwołującego się, zgodnie z art. 29 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, to wskazaniu takiemu muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważny". Podobnie, gdy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 30 ustawy Pzp, zobowiązany jest wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne.

Tymczasem Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia przez wskazanie na znak towarowy lub wskazanie innych parametrów, które charakteryzują konkretną markę. Świadczy o tym następujący opis materiału: „zastosowanie rur z PE o sztywności obwodowej SN4 według normy PN-EN ISO 9969 np. typu WEHOLITE firmy KWH PIPE (…) Projektuje się typowe studzienki ekscentryczne DN1000 wykonane w technologii WEHO (…) Przed wylotem do odbiornika zastosowano osadnik typu O/S o średnicy wewnętrznej 3000 mm, średnicy zewnętrznej 3300 mm oraz objętości czynnej V=15 m^3 firmy EKOL-UNICON Sp. z o.o. Projektuje się wlot i wylot z osadnika z rur PE WEHOLITE o średnicy DN900 i właz klasy D400 (…) Dla zabezpieczenia przez przedostawaniem się do wód zanieczyszczeń ropopochodnych dobrano separator lamelowy typu PSW LMELA typu 100/1000S firmy EKOL-UNICON Sp z o.o.".

Dodatkowo Odwołujący się zarzuca, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych z zachowaniem Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane oraz nie zapewnił dokładnego opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie wymagań funkcjonalnych, które to mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.

Odwołujący się wniósł o zmianę opisu przedmiotu zamówienia na zgodny z ustawą i unieważnienie postępowania na postawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp ze względu na niemożność konwalidacji ww. czynności.

Dnia 25 lipca 2008 r. Zamawiający protest uwzględnił w ten sposób, że dokonał modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i wykreślił z opisu technicznego (pkt 3) nazwy producentów i materiałów, na które wskazywał Odwołujący się.

Zamawiający nie widzi podstaw do unieważnienia postępowania wobec uwzględnienia protestu i dokonania modyfikacji SIWZ, która w przedmiotowym zakresie jest dopuszczalna. Zwraca uwagę, że zgodnie z art. 38 ust. 5 ustawy Pzp modyfikacja SIWZ nie może dotyczyć jedynie kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełniania.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł dnia 29 lipca 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Zdaniem Odwołującego się mimo, że Zamawiający wykreślił nazwy własne z opisu przedmiotu zamówienia, to nadal nie podaje cech, jakie ma spełniać przedmiot zamówienia i nie pojawiają się wyrazy „lub równoważny".

Dodatkowo Odwołujący się podnosi, że opisując przedmiot zamówienia Zamawiający wskazał na konkretny rodzaj tworzywa sztucznego – polietylenu, tymczasem w budownictwie stosuje się rury również z innych tworzyw sztucznych, jak np. polipropylen, PCV, poliester.

Podobnie Zamawiający dopuszcza jedynie studnie z tworzyw sztucznych monolityczne, natomiast na rynku budowlanym są dostępne również studnie z tworzyw sztucznych o budowie modułowej, jak również studnie betonowe. W tych okolicznościach, w ocenie Odwołującego się, Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał, że użycie tych materiałów było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

Odwołujący się zwraca uwagę, że wskazanie na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie wymaga nie tylko użycia określenia „lub równoważne", ale również wymogów w zakresie „równoważności oferty".

Ponadto Odwołujący się podkreśla, że Zamawiający narusza ustawę Pzp także wówczas, gdy, mimo że istnieją sposoby opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny

i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, opisuje go przez wskazanie na znak towarowy lub innych parametrów przesądzających o wyborze konkretnej marki.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołującemu się przysługuje uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej, bowiem jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący się jako podmiot zainteresowany złożeniem oferty posiada interes prawny w wykazaniu naruszeń Zamawiającego, które w sposób nie budzący wątpliwości mogłyby uniemożliwiać ubieganie się o udzielenie zamówienia. Dla oceny istnienia interesu prawnego nie ma znaczenia fakt, że Odwołujący się nie prowadzi działalności gospodarczej w zakresie robót budowlanych, chociażby z tego względu, że zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 z późn. zm.) podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Tym samym każdy przedsiębiorca może prowadzić dowolną działalność, chyba że jest ona obwarowana obowiązkiem uzyskania koncesji lub zezwolenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego się zawartym w proteście, wniesione środki ochrony prawnej dotyczą postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a nie czynności ogłoszenia. Jak wynika bowiem z treści protestu i odwołania, Odwołujący się kwestionuje zapisy Projektu wykonawczego, stanowiącego element dokumentacji projektowej, między innymi za pomocą której dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia. Dokumentacja ta z kolei zawarta jest w SIWZ.

W opisie technicznym, w pkt 3 Projektu wykonawczego Zamawiający wskazał nazwy własne materiałów i producentów, tj. rury np. typu WEHOLITE firmy KWH PIPE (wiersz 13-14,34), osadnik firmy EKOL-UNICON Sp. z o.o. (wiersz 33-34), separator lamelowy typu PSW LAMELA firmy EKOL-UNICON Sp. z o.o. (wiersz 46-47) oraz określoną technologię WEHO (wiersz 20).

Jednakże zgodnie z rozstrzygnięciem protestu z dnia 25 lipca 2008 r. Zamawiający wykreślił wszystkie wskazane nazwy własne materiałów i technologii oraz nazwy producentów, dodatkowo w wierszu 46 słowo „typu" zastąpił wskazując na określony parametr, tj. przepustowość nominalna 100 dm^3/s i maksymalna przepustowość hydrauliczna 1000 dm^3/s.

W tych okolicznościach twierdzenia Odwołującego się, iż konieczne jest jeszcze użycie słów „lub równoważny" nie znajduje uzasadnienia. Skoro Zamawiający postanowił odstąpić od wskazania konkretnego produktu, czy producenta, żądanie Odwołującego się, w świetle przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, należy uznać za bezpodstawne, również w okolicznościach, gdyby przyjąć, że producentem żądanych przez Zamawiającego rur i studni jest jedynie firma KWH PIPE, czego Odwołujący się nie udowodnił. Zgodnie bowiem z oświadczeniem Odwołującego się, złożonym na rozprawie, firma KWH PIPE dokonuje sprzedaży bezpośredniej wszystkim odbiorcom. Nie ma zatem przeszkód, żeby potencjalni wykonawcy nabyli materiały od tego producenta. Z powyższego wynika jednoznacznie, że dostęp do produktów nie jest utrudniony i każdy z wykonawców może je nabyć bez żadnych ograniczeń. Okoliczność, że producent może w tym stanie faktycznym wykorzystać sytuację i podwyższyć cenę pozostaje bez znaczenia na ocenę prawną badanego stanu faktycznego. Zaś rozstrzyganie w przedmiocie naruszeń ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 249, poz.2104 z późn. zm.) pozostaje poza kognicją Izby. Ponadto Odwołujący się nie wykazał ewentualnie, że producent zamierza złożyć ofertę i realizować zamówienie samodzielnie lub w ramach konsorcjum, co ewentualnie stawiałoby go w uprzywilejowanej pozycji. W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż argument Odwołującego się, iż Zamawiający wskazał konkretny rodzaj tworzywa, z którego mają być wykonane rury, czy też studnie, nie potwierdza zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Z całą

mocą należy bowiem podkreślić, że obowiązek przestrzegania reguł dotyczących opisywania przedmiotu zamówienia nie pozostaje w sprzeczności z potrzebami Zamawiającego. Na Zamawiającym ciąży obowiązek obiektywnego opisu przedmiotu zamówienia, z którym sprzężone jest uprawnienia do opisywania przedmiotu zamówienia w sposób zapewniający realizację potrzeb Zamawiającego. Jak z powyższego wynika nie oznacza to zatem, że Zamawiający ma obowiązek zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez

wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Ponadto Odwołujący się nie wykazał, że użycie kwestionowanych materiałów nie jest uzasadnione specyfiką zamówienia. Fakt, że na rynku istnieją inne produkty, nie przesądza o obowiązku dopuszczenia każdego z nich.

Odwołujący się podnosi, iż mimo usunięcia nazw własnych, Zamawiający nie podaje cech przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela prezentowanego stanowiska, gdyż zarówno w powoływanym Projekcie wykonawczym, jak i w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej kanalizacji deszczowej (rozdział 2 Materiały) podano parametry techniczne oraz sformułowano wymagania (wynikające z powołanych norm) dotyczące rur, studzienek, osadników i separatorów. Odwołujący się nie udowodnił, że wykreślenie nazw towarów i producentów czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznaczny i niewyczerpujący, zatem zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp również nie znalazł potwierdzenia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut naruszenia przepisu art. 30 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony, gdyż zarówno z Projektu wykonawczego, jak i Szczegółowej Specyfikacji Technicznej wynikają cechy żądanych materiałów, które to cechy odpowiadają wymaganiom zawartym w Polskich Normach przenoszących normy europejskie. Powyższe potwierdza chociażby wiersz 13 w pkt 3 Projektu wykonawczego, gdzie Zamawiający wyraźnie powołuje się na Polską Normę przenoszącą normę europejską.

Dokonanie opisu przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie powoduje, że zarzut naruszenia przepisu art. 30 ust. 2 i 3 ustawy Pzp należy uznać za bezpodstawny.

Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, o którym mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp powoduje obowiązek wskazania, że Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, istotne dla rozstrzygnięcia rozpatrywanej kwestii są postanowienia pkt 3 SIWZ, z których wynika możliwość zastosowania innych odpowiedników rynkowych, równoważnych ze wskazanymi, żądanymi materiałami. Skoro więc Odwołujący się kwestionuje cechy materiału (rury) zgodne z wymaganiami normy, to w świetle przywołanego zapisu SIWZ należy przyjąć, że Zamawiający podał pewne wymagania minimalne wynikające z normy (istotne dla Zamawiającego, sam Zamawiający mówi, bowiem o standardzie) i dopuszcza rozwiązania równoważne, a wobec braku żądania dokumentu potwierdzającego zgodność produktu z powołaną normą, nie ulega wątpliwości, że wykonawca może zaproponować produkty nie mające certyfikatu zgodności z normą zastosowaną przez Zamawiającego, o ile wyroby te spełniają wymagania będące przedmiotem oceny tej zgodności. W związku z powyższym dodatkowe użycie słów „lub równoważny” należy uznać za bezcelowe, biorąc pod uwagę treść SIWZ i zakres zarzutów

Odwołującego się (w zakresie norm odnoszących się jedynie do rur, bowiem kwestionowana jest treść Projektu wykonawczego, tj. rury z PE o sztywności obwodowej SN4 według normy PN-EN ISO 9969).

Zarzut naruszenia przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowy, gdyż dotyczy dalszego etapu postępowania – badania i oceny ofert.

Skoro Odwołujący się nie wykazał, że Zamawiający odstąpił od opisywania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem przepisów art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp, obowiązek opisania przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisu art. 30 ust. 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła również naruszenia przepisu art. 30 ust. 7 ustawy Pzp, bowiem Odwołujący się nie przedstawił twierdzeń służących poparciu

przedmiotowego zarzutu.

Brak przesłanek do uwzględnienia zarzutów z art. 29 i 30 ustawy Pzp powoduje, że nie ma podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp.

W kwestii żądań Odwołującego się, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że brak podstaw do uwzględnienia odwołania nie skutkuje uwzględnieniem żądania alternatywnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty, a ponadto brak przesłanek do stwierdzenia, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik badanego postępowania. Izba nie stwierdziła naruszeń na obecnym etapie postępowania, nie może być więc mowy również o naruszeniach, które skutkowałyby nieważnością umowy na dalszym etapie postępowania z powodu badanych zarzutów.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu.**

Przewodniczący:
……

Członkowie:
……
……

_____

* *niepotrzebne skreślić*