

Sygn. akt: KIO 381/15

WYROK
z dnia 16 marca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2015 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2015 roku przez wykonawcę OLAN Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Tarnowskiej przy ulicy Szkolnej 6, 33-200 Dąbrowa Tarnowska

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach przy ulicy Zgłobickiej 8, 33-113 Zgłobice

przy udziale COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędzie przy ulicy Nowej 49, 62-070 Pałędzie zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę OLAN Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Tarnowskiej przy ulicy Szkolnej 6, 33-200 Dąbrowa Tarnowska i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę OLAN Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Tarnowskiej przy ulicy Szkolnej 6, 33-200 Dąbrowa Tarnowska;
 - 2.2. zasądza od wykonawcę OLAN Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Tarnowskiej przy ulicy Szkolnej 6, 33-200 Dąbrowa Tarnowska na rzecz Zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach przy ulicy Zgłobickiej 8, 33-113 Zgłobice **3 843 zł 88 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset czterdzieści trzy złote osiemdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Tarnowie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Zamawiającego Powiatowy Zarząd Dróg w Tarnowie z siedzibą w Zgłobicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „*Zakup bez dostawy 100 ton emulsji asfaltowej kationowej c65B3PU/RC do remontów cząstkowych nawierzchni dróg powiatowych Powiatu Tarnowskiego*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 lutego 2015 roku pod pozycją 24926.

27 lutego 2015 roku wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 23 lutego 2015 roku i zarzucił Zamawiającemu:

- 1) niezastosowanie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), - przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
 - niezastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy - pomimo takiego obowiązku i potrzeby, w sytuacji gdy Zamawiający miał wątpliwości co do dokumentów przedstawionych przez Odwołującego,
 - niezastosowanie art. 30 ust. 4 ustawy - pomimo takiego obowiązku i potrzeby, Zamawiający opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm nie dopuścił rozwiązania równoważnego opisanym,
 - wadliwe zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - przez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji, podczas gdy Odwołujący spełniał wszelkie kryteria określone w SIWZ;
 - wadliwe zastosowanie art. 91 ust. 1 ustawy - przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji,

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 23 lutego 2014 r., polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,

- 2) unieważnienie przez Zamawiającego czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty, którą została oferta wykonawcy COLAS POLSKA Sp. z o.o.,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert,
- 4) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. oferty Odwołującego.
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przepisów Ustawy PZP, Zamawiający pozbawił Odwołującego się możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Jak bowiem Odwołujący stwierdził, jego oferta posiadała najniższą cenę i w sytuacji gdyby nie została odrzucona z przedmiotowego postępowania, to oferta Olan Południe Sp. z o.o. powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a zarazem nie podlegająca wykluczeniu bądź też odrzuceniu.

W związku z powyższym nie może budzić żadnej wątpliwości, iż Odwołujący zgodnie z dyspozycją art. 179 ust. 1 PZP, ma interes w uzyskaniu zamówienia jako Wykonawca składający ofertę w przedmiotowym przetargu oraz jest Wykonawcą który poniósł szkodę poprzez naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy PZP. Nadmienić należy, iż nie zachodzą również przesłanki odnośnie art. 192 ust. 2 Ustawy PZP gdyż naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Termin wniesienia odwołania został zachowany, ponieważ informacja o rozstrzygnięciu postępowania oraz odrzuceniu oferty Olan Południe Sp. z o.o., została przesłana przez Zamawiającego faksem i odebrana w dniu 23 lutego 2015 r.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Pismem z dnia 23 lutego 2015 r., - znak: ZP.271.4.5.2015 Zamawiający poinformował, że w przetargu nieograniczonym na zadanie pod nazwą: „Zakup bez dostawy 100 ton emulsji asfaltowej kationowej C65B3PU/RC do remontów cząstkowych nawierzchni dróg powiatowych Powiatu Tarnowskiego”, - OLAN Południe Sp. z o.o. została na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych

Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). W uzasadnieniu faktycznym jako powodów odrzucenia Zamawiający podał że, w opisie przedmiotu zamówienia pkt. 3 ppkt. 8 SIWZ podano, że emulsja musi spełniać wymogi obecnie obowiązującej normy PN-EN 13808:2013-10 gdzie indeks rozpadu dla emulsji C65B3PU/RC wynosi 70-155 (3) a dodatkowym wymaganiem Zamawiającego było aby Indeks rozpadu był równy lub większy niż 120 (g/100g). Natomiast w ofercie Odwołującego załączono deklarację własności użytkowych, która odwołuje się do normy PN-EN 13808:2010 gdzie indeks rozpadu jest na poziomie 50-100 (3) a więc złożona oferta zdaniem Zamawiającego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący z czynnością Zamawiającego nie zgodził się z niżej podanych powodów.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż rzeczywiście w opisie przedmiotu zamówienia pkt 3 ppkt 8 SIWZ - podano, że emulsja asfaltowa musi spełniać wymagania obecnie obowiązującej normy PN-EN 13808:2013-10 gdzie indeks rozpadu dla emulsji C65B3 PU/RC wynosi 70-155 (3) a dodatkowym wymaganiem Zamawiającego było: Indeks rozpadu: > lub = 120 (g/100g).

Zmawiający nie wziął w ogóle pod uwagę, iż zgodnie z Komunikatem Komisji w ramach wykonywania rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011r., ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG, w odniesieniu do normy EN 13808:2013 „Asfalty i lepiszcza asfaltowe - Zasady klasyfikacji kationowych emulsji asfaltowych (która po zatwierdzeniu przez Prezesa PKN 14 października 2013 r., uzyskała status normy krajowej pod nr ref. PN-EN 13808:2013-10), data dostępności w/w normy jako normy zharmonizowanej została ustalona na dzień 08.08.2014 r., oraz została określona końcowa data okresu przejściowego na jej wdrożenie przez producentów kationowych emulsji asfaltowych, która została ustalona na dzień 08.08.2015 roku. Potwierdzeniem powyższego jest również ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym UE (2014/C359/01) z dnia 10.10.2014 r., Polskich Norm Zharmonizowanych, Rozporządzenia (UE) NR 305/2011, Dyrektywa: Materiały Budowlane (CPR), który jest publikowany na stronie internetowej Polskiego Komitetu Normalizacyjnego. Powyższe oznacza w praktyce, że do dnia 08.08.2015 roku obowiązuje okres przejściowy dla producentów kationowych emulsji asfaltowych w celu dokonania oceny zgodności oraz uzyskania pełnego prawa do

deklarowania zgodności z PN-EN 13808:2013-10. Co za tym idzie w okresie do dnia 08.08.2015 r. nadal obowiązuje także poprzednia norma PN-EN 13808:2010 i Odwołujący mógł się tą normą posługiwać w chwili ogłoszenia i rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu. Przepisy rozporządzenia (UE) nr 305/2011 są nadrzędne wobec wszelkich przepisów zharmonizowanych norm (2015/C054/02) a więc do 08.08.2015 roku kationowe emulsje asfaltowe mogą być wprowadzane do obrotu w oparciu o normę PN-EN 13808:2010.

Odnosnie dodatkowego wymogu Zamawiającego, dotyczącego Indeksu rozpadu dla emulsji C65B3PU/RC, który wynosi 70-155 (3) aby Indeks rozpadu był: > lub = 120 (g/100g) - (wg PN-EN 13808:2013-10), wskazać należy na okoliczność, iż własność indeksu rozpadu określana jest metodą badania wg EN 13075-1 zarówno w wg wymogów normy PN-EN 13808:2010 jak i wg wymogów normy PN-EN 13808-2013-10. W skrócie wskazać należy, iż badanie to polega na wprowadzeniu określonej ilości wypełniacza (piasku wzorcowego) w gramach potrzebnych do koagulacji 100g kationowej emulsji asfaltowej.

Różnica pomiędzy normą 13808 z 2010, a 2013 roku polega na zastosowaniu dwóch różnych wypełniaczy (piasków wzorcowych):

- wg PN-EN 13808:2010 używany jest wypełniacz (piasek wzorcowy) o nazwie SIKAISOL, wymagany wynik dla emulsji asfaltowej C65B3 PU/RC wynosi pomiędzy 50-100 g/100g,
- wg PN-EN 13808:2013-10 używany jest wypełniacz (piasek wzorcowy) o nazwie FORSHAMMER, wymagany wynik dla emulsji asfaltowej C65B3PU/RC wynosi pomiędzy 70- 155 g/100g.

Wyżej wymieniona norma EN 13075-1, wg której określana jest własność indeksu rozpadu podaje odniesienie do wypełniacza (piasku wzorcowego) SIKAISOL, użytego jako wypełniacz wzorcowy.

Natomiast przy zmianie na wypełniacz równoważny FORSHAMMER należy zastosować następującą regułę:

$$IRFORSHAMMER = IRSIKAISOL \times 1,4$$

IRFORSHAMMER - Indeks rozpadu określona z użyciem wypełniacza FORSHAMMER

IRSIK AISOL - Indeks rozpadu określona z użyciem wypełniacza SIKAISOL

Według dodatkowego wymogu zamawiającego indeks rozpadu powinien wynosić:
IRFORSHAMMER >lub = od 120 do 155 g/100g

Natomiast według załączonej do oferty Odwołującego deklaracji własności użytkowych, w której jest odniesienie do PE-EN 13808:2010 (gdzie indeks rozpadu jest określony w przedziale 50-100 g/100g i klasie indeksu rozpadu (3)), po przeliczeniu indeks przedstawia się następująco:

50 (IRSIKAI SOL) X 1,4 = 70 (IRFORSHAMMER) g/100g

100 (IRSIKAI SOL) X 1,4 = 140 (IRFORSHAMMER) g/100g

Tak więc po stosownym przeliczeniu zgodnie z w/w przelicznikiem opisanym w we wskazanej normie EN 13075-1 do której odwołują się obie normy PN-EN 13808:2010 i PN-EN 13808:2013-10 „Asfalty i lepiszcza asfaltowe - Zasady klasyfikacji kationowych emulsji asfaltowych:

- nominalny indeks rozpadu wg załączonej oferty po przeliczeniu wynosi od 70 do 140 g/100g,

- wymagany SIWZ indeks rozpadu wynosi od 120 do 155 g/100g,

a więc indeks rozpadu zawiera się w przedziale od 120 do 140 g/100g tym samym jako rozwiązanie równoważne odpowiada wymaganiom opisanym w SIWZ i PN-EN 13808-2013-10.

Jak wykazano powyżej oferowana kationowa emulsja asfaltowa w 100% spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz Polskich Normach Zharmonizowanych. Wymóg spełnienia wymagań tylko i wyłącznie na podstawie - zdaniem Zamawiającego: „obecnie obowiązującej normy PN-EN 13808: 2013-10” bez dopuszczenia rozwiązania równoważnego opisywanemu, które w praktyce spełnia wymagania SIWZ i obowiązującej równoważnej normy PN-EN 13808:2010 stanowi niezgodność z przepisami art. 30 ust. 4 PZP.

W związku z powyższym Zamawiający, zdaniem Odwołującego nie powinien odrzucać jego oferty w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wedle stanowiska przedstawionego w wyroku KIO z 30 marca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 321/10 odrzucić ofertę można, gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści specyfikacji. W żadnym razie nie można tego dokonać, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, uzupełniona zgodnie z dyspozycją art. 26 ustawy, albo wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności ze specyfikacją. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie potwierdzono, że o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić jedynie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w

całości (KIO/UZP 1093/08). *Ratio legis* art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jest odpowiednio: eliminacja z postępowania ofert, na których podstawie nie można zrealizować danego zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz niedających możliwości prawidłowego ustalenia ceny i w konsekwencji prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Zamawiającego (obowiązku zapłaty). W niniejszym przypadku jednak takie okoliczności z pewnością nie zachodzą, gdyż Odwołujący miał pełne prawo posłużyć się normą PN-EN 13808:2010.

Dorobkiem doktryny oraz orzecznictwa KIO, jest pogląd, że norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Zatem, o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji zamówienia w całości. Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje odniesienie normy tegoż przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań Zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. O niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można więc mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w specyfikacji.

Mając, zatem na względzie powyższe - w kontekście opisu przedmiotu zamówienia - o udzielenie zamówienia publicznego trudno przyjąć, jakoby sposób przygotowania oferty przez Odwołującego, jak i sama jej treść stanowiła przesłankę do jej odrzucenia, tym bardziej, że zarówno nowa norma podana przez Zamawiającego PN-EN 13808:2013-10, jak i norma wcześniejsza podana przez Odwołującego PN-EN 13808:2010 w okresie od 08.08.2014 r., do 08.08.2015 r., obowiązują równolegle.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wyrazem zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest m.in. precyzyjne i niebudzące

wątpliwości sporządzenie specyfikacji. Stosownie do wyroku Zespołu Arbitrów z 28 maja 2007 r. w sprawie o sygnaturze UZP/ZO/0-598/07 postanowienia specyfikacji muszą być na tyle jednoznaczne, aby nie dopuszczały rozbieżności interpretacyjnych, a wszelkie wątpliwości nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawców.

Nie można zapominać, iż specyfikacja ma chronić interes prawny wykonawcy, że jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne, jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok ZA z 30 maja 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-1076/05; wyrok ZA z 18 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O- 2197/05). Tym samym, zamawiający nie może obciążać wykonawców odpowiedzialnością za -swoj brak rozeznania w obowiązujących norma technicznych i w związku z tym nie może wykluczyć wykonawców, którzy spełniają ogólnie postawione warunki udziału w postępowaniu.

Pamiętać przy tym należy, iż postępowanie prowadzone w ramach zamówień publicznych powinno zmierzać do wyboru najkorzystniejszej oferty a nie służyć do wykluczenia ofert z błahych, nieistotnych powodów. W niniejszym przypadku należy również wskazać na zapis art. 26 ust. 4 ustawy, który wyraźnie wskazuje, iż wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. W sytuacji kiedy Zamawiający miał wątpliwości co do normy jaka posłużył się Odwołujący, to wystarczyło wezwać go do złożenia wyjaśnień i w takim przypadku z pewnością nie doszłoby do bezpodstawnego odrzucenia oferty Olan Południe Sp. z o.o. Niemniej jednak Zamawiający, z niewiadomych powodów tego zaniechał.

W zakresie ostatniego z zarzutów tj. naruszenia dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy, wedle którego Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji Odwołujący wskazał, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 lutego 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędzie. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 27 lutego 2015 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 2 marca 2015 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z ich udziałem Stron.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

*W zakresie zarzutu naruszenia art. 30 ust 4 ustawy – *Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym* - Izba uznała, że zarzut jest niezasadny.*

Postępowanie zostało opublikowane w dniu 4 lutego 2015 roku w Biuletynie Zamówień publicznych. Zgodnie z obowiązującymi przepisami (art. 180 ust. 2 ustawy) odwołanie, w przypadku, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy, na etapie ogłoszenia postępowania przysługuje wyłącznie wobec czynności opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki bądź zapytania o cenę, natomiast na etapie po otwarciu ofert odwołanie przysługuje od czynności zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania bądź odrzucenia oferty odwołującego.

Podniesiony przez Odwołującego w złożonym odwołaniu zarzut naruszenia art. 30 ust. 4 ustawy dotyczy czynności Zamawiającego związanych z opisem przedmiotu zamówienia, nie mieści się w katalogu czynności zawartych w art. 180 ust.2. Izba wskazuje również, odnosząc się do terminu na zgłoszenie zarzutu, że zarzut ten należało podnosić po ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w terminie przewidzianym na

wniesienie odwołani (art. 181 ust. 1 ustawy w związku z art. 182 ust.2 pkt 2 ustawy) – czyli w terminie 5 dni od publikacji ogłoszenia o zamówieniu przekazując Zamawiającemu Informację o naruszeniu prawa zgodnie z art. 181 ustawy.

II.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 a dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego*
– Izba uznała zarzut za niezasadny.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie przez Odwołującego brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniem jakie złożył Odwołujący a wymaganiami Zamawiającego.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie

odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępnie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w części 3 – *Przedmiot zamówienia* Zamawiający podał, że:

Emulsja musi spełniać wymagania obecnie obowiązującej normy PN-EN 13808:2013-10 Zawartość asfaltu nie mniej jak 65%. Wymaganie Zamawiającego: Indeks rozpadu: ≥ 120 (g/100g)

W części 5 SIWZ – *Termin realizacji przedmiotu zamówienia* Zamawiający podał: *Wymagany termin realizacji zamówienia: sukcesywnie wg potrzeb Zamawiającego w terminie: od daty podpisania umowy do: 30 listopada 2015 r.*

Odwołujący zaoferował Kationową emulsję asfaltową C65 B3 PU/RC, dla której przedstawił

Deklaracje właściwości użytkowych nr 03/O/WWA/13 w tabeli zawartej w pkt 9 w wierszu 4 *indeks rozpadu (sikaisol)* w kolumnie *właściwości użytkowe* podane 50-100 (3) oraz została wskazana w kolumnie *zharmonizowana specyfikacja techniczna* norma *PN-EN13808:2010 Asfalty i lepiszcza asfaltowe – zasady klasyfikacji kationowych emulsji asfaltowych*

W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego.

Nie jest sporne między Stronami, że Odwołujący zaoferował emulsję asfaltową C65 B3 PU/RC zgodną z normą PN-EN13808:2010.

Odwołujący wyjaśniał, że obecnie dopuszczone są zarówno kationowe emulsje asfaltowe zgodne z normą PN-EN13808:2010 jak i PN-EN 13808:2013-10 - obie normy odwołują się do tego samego produktu, a różni je to, że inny jest użyty wypełniacz wzorcowy do przeprowadzenia badania indeksu rozpadu.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego przedstawioną na rozprawie, że Zamawiający dokonuje oceny spełnienia wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia jedynie na chwilę składania i otwarcia ofert; wręcz należy stwierdzić, że takie stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie prowadziło do tego, że co innego wykonawca mógłby zaoferować a co innego faktycznie dostarczać – co oczywiście wypacza sens prowadzenia postępowania, określania przedmiotu zamówienia a następnie jego badani. Zamawiający jednoznacznie określił jaką kationową emulsję asfaltową chciał w postępowaniu otrzymać (zgodną z normą PN-EN 13808:2013-10), nie ma więc na tym etapie postępowania znaczenia, co podnosił Odwołujący, że obecnie – lecz jedynie do dnia 8 sierpnia 2015 roku – dopuszczone są kationowe emulsje asfaltowe zgodne z normą PN-EN13808:2010 jak i PN-EN 13808:2013-10. Zamawiający określił termin realizacji zamówienia jako końcowy podając 30 listopada 2015 roku, jak również wskazał, że emulsja ma spełniać wymagania obowiązującej obecnie normy, która również będzie obowiązywała w całym okresie realizacji zamówienia.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że nie jest uprawniony do wystawienia deklaracji właściwości użytkowych na podstawie certyfikatu Zakładowej Kontroli Produkcji z 2010 r. jak również nie może wystawić deklaracji CE za zgodność z normą z PN-EN 13808:2013-10, bowiem posiada uprawnienie certyfikatu Zakładowej Kontroli Produkcji za zgodność z normą PN-EN13808:2010.

W ocenie Izby wskazywany przez Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie sposób przeliczenia indeksu rozpadu, który Zamawiający określił w SIWZ na poziomie ≥ 120 (g/100g) potwierdza dodatkowo niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Samo przeliczenie według wskazanego w odwołaniu sposobu obliczenia indeksu rozpadu dokonane przez Odwołującego w oparciu o normę EN 13075-1 nie potwierdza zgodności oferowanej kationowej emulsji asfaltowej z wymaganiami normy PN-EN 13808:2013-10 określonej przez Zamawiającego. Odwołujący podał, że posiada uprawnienie certyfikatu Zakładowej Kontroli Produkcji za zgodność z normą PN-EN13808:2010, gdzie według tej normy używany jest wypełniacz o nazwie Sikaisol (indeks rozpadu 50-100 g/100g). Natomiast dokonane przeliczenie z użyciem wypełniacza o nazwie Forshammer, używanego wg normy PN-EN 13808:2013-10, potwierdza jedynie to, że po przeliczeniu z użyciem innego wypełniacza indeks rozpadu wynosi od 70 do 140 g/100g. Nie potwierdza to przeliczenie zgodności z normą PN-EN 13808:2013-10, jednocześnie wskazując, że indeks rozpadu jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, bowiem jest poniżej 120 g/100g czego Zamawiający nie dopuścił.

Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie dopuszczał rozwiązań równoważnych, jednocześnie poza odniesieniem się do normy wskazał wymagania szczególne, które muszą zostać spełnione (indeks rozpadu, zawartość asfaltu).

Izba nie zgodziła się ze stwierdzeniem Odwołującego, że miał pełne prawo posłużyć się normą PN-EN13808:2010 – fakt, że norma ta obowiązuje nie powoduje automatycznego uprawnienia do zaoferowania przedmiotu zgodnie z tą normą w sytuacji, gdy Zamawiający wymaga zgodności z inną normą, oraz określa dodatkowe wymagania, który ma spełniać oferowany przedmiot. Oferowany przedmiot w ofercie następnie będzie dostarczony w ramach realizacji zamówienia, tym samym jego niezgodność na etapie ofertowym nie może być sanowana na etapie realizacji. Izba wskazuje, że postanowienia SWIZ były jednoznaczne i precyzyjne, nie budzące wątpliwości ani nie dopuszczające rozbieżności interpretacyjnych. Wskazać należy również, że jeżeli wykonawca nie kwestionował postanowień SWIZ na etapie po ogłoszeniu postępowania (porównaj punkt I uzasadnienia) to na etapie oceny ofert nie ma już takiej skutecznej prawnej możliwości. Postanowienia SWIZ mają chronić wykonawców w postępowaniu w ten sposób, że postanowienia określone w SWIZ będą stosowane przez Zamawiającego i w oparciu o te postanowienia SWIZ będą oceniane oferty przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany postanowień SWIZ po upływie terminu składania ofert i nie jest uprawniony do dokonywania oceny ofert w oparciu o regulacje niezawarte w SIWZ.

III.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy – *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do wyjaśnienia dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust.1 ustawy* – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą Deklarację własności użytkowych emulsji (pkt część 7 pkt 8 ppkt 4 SWIZ). W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał jakie to wątpliwości miały powodować konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego dokumentu. Uwzględniając fakt, że Odwołujący zaoferował kationową emulsję asfaltowa zgodną z normą PN-EN13808:2010, nie było podstaw wyjaśniania złożonych dokumentów. Z dokumentów złożonych przez Odwołującego jednoznacznie wynikało co zaoferował Odwołujący w postępowaniu, w dokumentach nie było żadnych niejasności podlegających wyjaśnieniu. Jednocześnie Izba dodaje, że postawiony zarzut w odwołaniu jest bardzo ogólny, w zasadzie hasłowo odnoszący się do wskazanego przepisu bez szczegółowego uzasadnienia i wykazania elementów, które w ocenie Odwołującego mogły być niejasne i mogły podlegać wyjaśnieniu.

IV.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia* – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdzała dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

V.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* - Izba uznała zarzut za niezasadny.

W ocenie Izba działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasady zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

Odwołujący w swoim odwołaniu jak i na rozprawie potwierdził, że zaoferował kationową emulsję asfaltową niezgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Natomiast Zamawiający w sposób prawidłowy, z poszanowaniem obowiązujących przepisów dokonał oceny oferty Odwołującego. Odnosząc się do oferty konkurencyjnej na rozprawie, jako uzasadnienie naruszenia konkurencji i niewłaściwej oceny oferty Odwołującego, Odwołujący nie wykazał, że wykonawcy złożyli oferty, w których zaoferowali produkt niezgodny z określoną przez Zamawiającego normą. Zasady z art. 7 ust. 1 ustawy stanowią generalne regulacja skuteczny zarzut naruszenia tego artykułu może być podniesiony skutecznie w sytuacji naruszenia wykazania przepisu szczególnego przez czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Izba wskazując, że z uwagi na kontradiktoryjny charakter postępowania Izba nie jest zobowiązana do uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone

skutki prawne.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

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 ust. 3 pkt. 1 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 ze zmianami). Izba wskazuje, że nie zostały zasądzone koszty uczestnikowi postępowania odwoławczego, bowiem zgodnie z § 5 ust. 3 pkt. 1 ww. w przypadku oddalenia odwołania, Izba zasądza od odwołującego na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego koszty jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie uwzględnił odwołania w całości jak również uczestnik postępowania odwoławczego nie składał sprzeciwu.

Przewodniczący:

