

Sygn. akt: KIO 1059/15

WYROK
z dnia 2 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2015 r. przez **Impektir Operations Sp. z o.o. Sp.k., ul. Koźłatków 20; 62-850 Lisków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Zakład Remontów i Konserwacji Dróg, Plac Czerwca 1976; 02-495 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy **Alpida sp. z o.o., ul. Portofino 10 lok. 30; 02-764 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Impektir Operations Sp. z o.o. Sp.k., ul. Koźłatków 20; 62-850 Lisków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Impektir Operations Sp. z o.o. Sp.k., ul. Koźłatków 20; 62-850 Lisków**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) 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

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa Zakład Remontów i Konserwacji Dróg, Plac Czerwca 1976; 02-495 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa wyrobów kamiennych do zagospodarowania lewobrzeżnego bulwaru Wisły”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 kwietnia 2015 roku, pozycja 95290.

Dnia 15 maja 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 20 maja 2015 roku wykonawca Impektir Operations Sp. z o.o. Sp.k., ul. Koźlątków 20; 62-850 Lisków (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wadliwe przyjęcie, iż zachodzi przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz odrzucenie oferty odwołującego, której treść odpowiada treści s.i.w.z.,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 30 ust. 1-4 ustawy Pzp, poprzez błędne opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą norm, specyfikacji technicznych i klas wyrobów, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz zaniechanie przez zamawiającego wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne z tymi wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia, w konsekwencji czego uznanie oferty odwołującego za nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej odrzucenie,
- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i poprawienia błędów w złożonych dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 oraz złożenia w określonym terminie wymaganych oświadczeń i dokumentów spełniających przez odwołującego warunków udziału w ww. postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego,
- 4) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez błędne sformułowanie w opisie przedmiotu zamówienia parametrów materiałów objętych zamówieniem i użyciem nieaktualnych klas wyrobów i uprzywilejowanie wykonawców, którzy w swoich ofertach (deklaracjach właściwości

użytkowych) wskazali niewłaściwe parametry i jakość oferowanych materiałów niespełniających obecnie obowiązujących norm;

5) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania, z ostrożności procesowej, w razie nie uznania ww. naruszeń, odwołujący zarzucił zaskarżonym czynnościom naruszenie:

6) art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie złożonej przez odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a dotyczącej wskazanej klasy, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uchylenia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego (oraz wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów załączonych do oferty),
- 2) ponownego badania i oceny ofert,
- 3) ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,

jednocześnie odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

- 4) zawnioskowanych w odwołaniu dowodów z dokumentów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
- 5) przesłuchania stron postępowania z ograniczeniem do odwołującego,
- 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa;

Ponadto z ostrożności, w przypadku kwestionowania przez zamawiającego, że wskazane przez odwołującego w złożonej przez niego ofercie parametry i klasy (w szczególności w Deklaracjach Właściwości Użytkowych) spełniają obecnie obowiązujące normy i odpowiadają jakościowo tym wskazanym przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia oraz w przypadku uznania, że powyższy fakt nie został potwierdzony innym dowodem, wnoszę o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na powyższe okoliczności.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia (OPZ) będący załącznikiem nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazywał, że wyroby kamienne będące przedmiotem dostawy powinny spełniać określone parametry.

W OPZ zamieszczono następujące wymagania:

1. Krawężnik kamienny uliczny prosty o wymiarach: szerokość = 15 cm, wysokość = 30 cm, skos 3/12 cm, długość odcinków 8-1,2 mb, wykonany w Kl. 2/F1 - 25 mb,
2. Płyty chodnikowe o wymiarach 49,7 x 74,7 x 5 cm, wykonane w Kl. P2/F1 - 435 m²,
3. Kostka kamienna o wymiarze 5/7 cm surowo - łupana, nieregularna, wykonana w klasie T2/F1 - 40 ton,
4. Kostka kamienna o wymiarze 9/11 cm surowo - łupana, nieregularna, wykonana w klasie T2/F1 - 30 ton,
5. Elementy schodów wykonane w klasie P2/F1.

W wyżej wskazanym OPZ, zdaniem odwołującego, zastosowano nieobowiązujące już normy techniczne dotyczące wskazanych materiałów. Odwołujący wskazał, iż składając ofertę, zastosował aktualnie obowiązujące normy techniczne dla wyżej wskazanych produktów, które spełniają parametry wymagane przez zamawiającego z tym, że oznaczone inną klasą.

Odwołujący w ofercie zawarł następujące normy dla przedmiotowych materiałów:

1. Krawężnik kamienny uliczny prosty - zharmonizowana specyfikacja techniczna: PN-EN-1343:2013-05E,
2. Płyty chodnikowe o wymiarach 49,7x74,7x5 cm - zharmonizowana specyfikacja techniczna: PN EN 1341:2013-05E,
3. Kostka kamienna o wymiarze 5/7 cm surowo - łupana, nieregularna - zharmonizowana specyfikacja techniczna: PN EN-1342:2013-05E,
4. Kostka kamienna o wymiarze 9/11 cm surowo - łupana, nieregularna - zharmonizowana specyfikacja techniczna: PN EN-1342:2013-05E.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał na literalną niezgodność klas wskazanych w ofercie odwołującego, podając jednocześnie, że odstąpił od wzywania wykonawcy do uzupełnienia oferty, ponieważ uznał, że niezgodności te są niemożliwe do usunięcia.

Zdaniem odwołującego, zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp powinien sprawdzić, czy niezgodność oferty z s.i.w.z. nie podlega poprawieniu. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie podmiotowych warunków zamawiającego, dotyczących udziału w postępowaniu, nie stanowią treści oferty.

Jakiegokolwiek błędy w tym zakresie nie powinny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, koniecznym było w przedmiotowej sprawie zweryfikowanie oraz wyjaśnienie przez zamawiającego kwestii związanej z nieprecyzyjnym określeniem klas poszczególnych wyrobów. Gdyby zamawiający dokonał prawidłowej analizy norm i klas wskazanych w OPZ oraz ofercie (w szczególności w Deklaracji Właściwości Użytkowych) doszedłby do przekonania, że są one równoważne, a odwołujący jako profesjonalny wieloletni dostawca na rynek wyrobów kamiennych jest zobowiązany do posiadania DWU zgodnie z normami stosowanymi na rynku europejskim tego typu dostaw.

Mając powyższe na uwadze odwołujący przedstawił porównanie poszczególnych norm i klas:

1. norma PN-EN 1343 dot. krawężników - zgodnie z OPZ miały zostać wykonane w Kl. 2/F1 => w obecnie obowiązującej normie nie ma tych oznaczeń, są natomiast wskazane bardziej liberalne klasy 1;

2. norma PN-EN 1341 dot. płyt chodnikowych i elementów schodów - zgodnie z OPZ miały zostać wykonane w KL P2/F1 => oznaczenie klasy F1 nie występuje w nowym wydaniu normy. F1 jest klasą opisującą mrozoodporność materiału i mówi o tym, że spadek średniej wytrzymałości na ściskanie i/lub zginanie po badaniu mrozoodporności. Jeśli spadek wynosi mniej, niż 20% to materiał uznajemy za mrozoodporny. Na deklaracjach widnieje zapis o spadku wytrzymałości mniejszym, niż 20%, czyli warunek został spełniony;

3. norma PN-EN 1342 dot. kostki kamiennej - zgodnie z OPZ miała zostać wykonana w Kl. T2/F1 => „odchyłki” względem grubości kostki dla kostki surowo-łupanej o rozmiarze nominalnym w granicach 60-120 mm ma się następująco dla norm EN 1342:2003 T1 - 30 mm, T2 -15 mm EN 1342:2013 kl. 0 - brak wymagania, kl. 1-15 mm, kl. 2-10 mm, czyli względem grubości kostki klasa T2 (2003 rok) odpowiada klasie 1 (2013 rok);

4. wytrzymałość na ściskanie w stanie powietrzno-suchym (nie mniej niż 160 MPa) dot. krawężników => badanie wytrzymałości na ściskanie nie jest badaniem przewidzianym przez normę EN 1343 (norma na krawężniki), ponieważ krawężnik ze względu na swój wydłużony kształt poddawany jest obciążeniu niszczącemu zginającemu, a nie ściskającemu. Jednakże w DWU na kostkę brukową widnieje, że materiał ten posiada wytrzymałość na ściskanie pow. 215 MPa;

5. odnośnie klasy mrozoodporności dla płyt i kostki => klasa mrozoodporności F1 w normach z 2013 roku nie występuje;

6. nasiąkliwość wodą - nie więcej niż 0,5 % => jest w DWU 0,3% zatem mieści się w wytycznych znajdujących się w OPZ.

Przyjęte kryteria i podanie w OPZ nieaktualnych oznaczeń poszczególnych wyrobów uprzywilejowują wykonawców posiadających nie dostosowane do nowych przepisów

deklaracje właściwości użytkowych w sytuacji, gdy uprzywilejowanie takie nie znajduje uzasadnienia ani w jakości oferowanych towarów, ani nie zostało oparte o obowiązujące normy, co w rzeczywistości uniemożliwia realne i obiektywne porównanie jakości poszczególnych wyrobów. Zdaniem odwołującego zamawiający nie dokonał prawidłowego opisu sposobu oceny kryterium jakościowego, w oparciu o niejasne i nielogiczne zasady certyfikacji wg. określonych norm i klas, w konsekwencji czego należy uznać, że zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz przeprowadził postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w przetargu.

Zamawiający, w dniu 1 czerwca 2015 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż odwołujący wskazał w złożonych przez siebie Deklaracjach Właściwości Użytkowych (DWU), że oferowany przez niego asortyment będzie posiadał klasę 1. Tolerancje (odchyłki, odnoszące się do wymiarów) we wskazanej klasie 1, zarówno w normie z 2003 r., jak i w anglojęzycznej normie z 2013 r. (przykładowo dla płyt kamiennych w normie PN-EN 1341:2003, jak i w normie PN-EN 1341:2013-05E), są mniej rygorystyczne niż tolerancje przewidziane w klasie. Oznacza to, że odwołujący zaoferował asortyment, który mógł posiadać większe odstępstwa, niż odstępstwa przewidziane przez zamawiającego w s.i.w.z. oraz w OPZ, a w konsekwencji gorszą jakość wykonania. Przykładowo dla płyt powyżej długości 700 mm:

- 1) w normie 1341:2003 tolerancja dla klasy 2 (P2) wynosi +/- 3 mm (i takiej żądał zamawiający), zaś dla klasy 1 (P1) wynosi +/- 5 mm, natomiast
- 2) w normie 1341:2013 tolerancja dla klasy 2 (P2) wynosi +/- 2 mm, zaś dla klasy 1 (P1) wynosi +/- 4 mm (i taką zaoferował odwołujący).

Dowód: Norma 1341:2003, Norma 1341:2013.

Zamawiający wskazał, że z powyższego wynika, że zamawiający dopuszczał maksymalną tolerancję +/- 3 mm, podczas gdy odwołujący zaoferował płyty z tolerancją +/- 4 mm, niedopuszczalną dla zamawiającego. Różnica 1 mm w rozmiarze płyt chodnikowych ma ogromne znaczenie w procesie budowlanym. Zbyt duże odstępstwo, jeśli chodzi o ich wielkość, mogłoby spowodować nieprawidłową realizację robót przez zamawiającego. Zamawiane materiały budowlane miały być wykorzystane przez zamawiającego do zagospodarowania lewobrzeżnego bulwaru Wisły, tj. do dokończenia realizacji robót rozpoczętych i niezakończonych w tym miejscu przez inny podmiot. Wobec konieczności kontynuacji rozpoczętego procesu budowlanego, zamawiający musiał zamówić asortyment o takich samych parametrach, jak materiały uprzednio wbudowane. Zamawiający określając normy, jakie miały spełniać zamawiane przez niego wyroby kamienne opierał się na

przekazanej mu przez inwestora (m.st. Warszawa - Zarząd Mienia m.st. Warszawy) specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik do projektu budowlanego.

Zamawiający podkreślił, że wartość wskazanych powyżej płyt chodnikowych stanowiła około 75 % wartości całego zamówienia. A zatem zamawiający dopuszczając zakup płyt o - jak to wskazano powyżej - większej tolerancji, dokonałby w 75 % zakupu niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia asortymentu.

Zamawiający wskazał, że mając obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem podanych norm, nie miał obowiązku ich przywołania w tym opisie. Miał tylko obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z tych norm. W specyfikacji zamawiający miał możliwość zażądania wyższych parametrów dostaw, niż to wynika z norm, ponieważ ze wskazanych powyżej względów (z uwagi na prowadzony proces budowlany oraz wymogi specyfikacji technicznych) uznał to za uzasadnione. I tak też zamawiający opisał przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający - nie mając takiego obowiązku - zdecydował się na przywołanie Polskich Norm w s.i.w.z. oraz w OPZ. Ponadto w OPZ wskazał na wymagane przez niego kryteria jakościowe, tj. klasę wykonania 2 (określaną w zależności od asortymentu jako klasa 2, T2 lub P2) oraz mrozoodporność - „F1”. Wykonawca, składając ofertę, ma obowiązek udowodnić, że spełnia ona parametry określone przez zamawiającego. Odwołujący tego nie udowodnił. Wprawdzie zamawiający w opisie przedmiotu nie zawarł wskazania, że dopuszcza rozwiązania równoważne, jednakże dokonując badania ofert zamawiający nie brał pod uwagę okoliczności, jaka norma została wskazana przez wykonawców w deklaracjach właściwości użytkowych, tylko sprawdzał, czy oferowany asortyment spełnia wymagania jakościowe postawione przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Na odwołującym ciążył obowiązek udokumentowania wszystkich parametrów jakościowych wymienionych w s.i.w.z. w taki sposób, aby zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do prawidłowości złożonej oferty. Odwołujący nie udokumentował tych parametrów, lecz złożonymi dokumentami wprost wskazał, że oferowane dostawy nie spełniają wymagań jakościowych podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto zamawiający wskazał, że podnoszenie w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 30 ustawy Pzp, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty jest spóźnione i niedopuszczalne. Zamawiający podniósł również argument, że w postępowaniu zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do treści złożonych przez odwołującego DWU, zamawiający nie tylko nie miał obowiązku, ale również z uwagi na możliwość narażenia się (przy tak jednoznacznych zapisach złożonych przez odwołującego dokumentów) na zarzut nierównego traktowania wykonawców, nie był uprawniony do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Dlatego też brak zwrócenia się przez zamawiającego do odwołującego o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie

stanowił naruszenia przepisów prawa, a odrzucenie oferty odwołującego, wobec jednoznacznej niezgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. w przedmiotowym postępowaniu, było konieczne z uwagi na dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że intencją ustawodawcy w zakresie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Należy także mieć na względzie, iż dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą powodować tego, że zamawiający zaczyna konstruować istotne elementy oferty, co przecież należy do obowiązków wykonawcy. Dokonanie przez zamawiającego zmiany klasy wskazanej przez odwołującego w DWU, stanowiłoby niedopuszczalną ingerencję zamawiającego w treść oferty. Oferta odwołującego nie była obciążona nieistotną wadą i jako taka nie podlegała poprawieniu.

Izba zważyła, co następuje.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

W pkt. 1 załącznika nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia - część I” zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa wyrobów kamiennych, przeznaczonych do zakończenia robót związanych z zagospodarowaniem bulwarów wiślanych w Warszawie (część I), w klasie 2 (klasa 2/P2/T2) oraz, że wszystkie wyżej wymienione wyroby muszą spełniać wymagania norm:

- PN-EN 1343 dot. krawężników
- PN-EN 1341 dot. płyt chodnikowych i elementów schodów
- PN-EN 1342 dot. kostki kamiennej,

jak również zażądał od wykonawców załączenia do oferty - w celu potwierdzenia zgodności oferowanych wyrobów z wymaganiami podanymi w OPZ DWU (wraz z orzeczeniem o jakości wykorzystanego do produkcji asortymentu surowca) lub dokumenty oznakowania CE - dla wszystkich oferowanych wyrobów, potwierdzające zgodność ze wskazanymi normami i dodatkowymi wymaganiami dotyczącymi jakości wykonania (KL .../F1) oraz wielkość i barwę uziarnienia materiału, z którego wykonane są zamawiane wyroby. Żądanie załączenia do oferty wskazanych powyżej dokumentów zamawiający również sformułował w części IV ust. 6 s.i.w.z. Ponadto zamawiający w OPZ określił wymagania, jakim muszą odpowiadać oferowane dostawy - między innymi klasę wykonania 2 (określaną w zależności od asortymentu jako klasa 2, T2 lub P2). Klasa 2 określa dopuszczalne tolerancje wymiarowe dla poszczególnych pozycji zamawianego asortymentu.

Odwołujący załączył do oferty dokumenty, z których wprost wynika, że oferowane dostawy nie są zgodne z wymaganiami określonymi w OPZ. Wszystkie DWU zawierają informację o klasie wykonania - 1 (klasa 1/P1/T1), podczas gdy zamawiający w OPZ wskazał jednoznacznie, że wymaga, aby asortyment był wykonany w klasie 2 (klasa 2/P2/T2). Wykonawca załączył ponadto do oferty dokumenty oznakowania CE dla płyt i kostki - oprócz właściwej klasy mrozoodporności (F1), wskazują na klasę wykonania 1. Z kolei dla krawężników brak jest informacji o wytrzymałości na ściskanie materiału, z którego są one wykonane, zaś dla płyt i kostki - brak informacji o klasie mrozoodporności.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą Polskich Norm. Przy każdej z pozycji zamawianego asortymentu zamawiający wskazał także parametr jakościowy „F1”. Powyższy parametr dotyczy mrozoodporności i świadczy w sposób jednoznaczny o tym, że zamawiający powoływał się na normy z 2003 r. (w tym na wskazaną powyżej normę PN-EN 1341:2003), w których to parametr ten występuje i jest określona jego wielkość. W normach z 2013 r. nie ma tego parametru.

Zgodnie z ustawą o normalizacji (Dz. U. z 2002 r. nr 169, poz. 1386 z późn. zm.) stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne. Większość norm zharmonizowanych jest na bieżąco wprowadzana do normalizacji polskiej, jako normy PN-EN. W przypadku, gdy nie jest opracowane tłumaczenie na język polski, Polski Komitet Normalizacyjny dystrybuuje je jako normy uznaniowe, przywołując treść normy europejskiej w języku oryginalnym. Zgodnie z art. 5 ust. 4 ustawy o normalizacji norma może być przywołana w akcie prawnym tylko po jej przetłumaczeniu na język polski. Nieprzetłumaczonych na język polski norm uznaniowych nie zaleca się do stosowania w specyfikacjach technicznych. Normy wskazane przez odwołującego w złożonych przez niego DWU nie zostały przetłumaczone na język polski. Są to więc tak zwane normy uznaniowe. Ze wskazanych powyżej względów, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie miał obowiązku powoływania się na te normy.

Zdaniem Izby, wpisana przez odwołującego w załączonej do oferty DWU klasa 1 potwierdza jednoznacznie, że odwołujący zaoferował asortyment o mniej rygorystycznych tolerancjach (jeśli chodzi o jego wymiary), niż wymagane i niekwestionowane na etapie ogłoszenia przez żadnego z wykonawców tolerancje w klasie 2. Wbrew twierdzeniom odwołującego, załączone przez niego DWU były jednoznaczne i nie budziły jakichkolwiek wątpliwości. Wzywaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest uzasadnione w sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty złożone w ofercie wywołują wątpliwości zamawiającego. Z kolei przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie można stosować do poprawiania, precyzowania i wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba wskazuje, że zamawiający oceniając treść złożonej oferty opierał się na wymaganych – przedmiotowo parametrach technicznych oferowanego przez odwołującego przedmiotu oferty. I to w tym zakresie, w wyniku tej oceny zamawiający doszedł do słusznego przekonania, że oferta odwołującego sprzeczna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż niektóre obligatoryjnie wymagane parametry nie zostały przez odwołującego spełnione, co na rozprawie odwołujący potwierdził. Fakt, iż są to rozbieżności niewielkie nie wpływa na ocenę zgodności z wymaganiami s.i.w.z. Zakresy tolerancji wymagane przez zamawiającego mają bowiem wpływ na realizację inwestycji już wcześniej rozpoczętej, dla ukończenia której, przy zachowaniu jednolitych standardów konieczne jest zaoferowanie przedmiotu oferty o ustalonych parametrach.

W ocenie Izby bez znaczenia i bez podstawy, a nadto spóźnione należy uznać zarzuty odwołującego, co do możliwości zaoferowania produktów równoważnych w rozumieniu równoważności zaoferowanych produktów wyprodukowanych w oparciu o określone normy. Po pierwsze podstawą odrzucenia oferty odwołującego nie było zaoferowanie produktu wyprodukowanego o inną normę, ale fakt zaoferowania innych parametrów przedmiotu oferty. Przyjmując nawet, że zamawiający dopuściłby normę żadaną przez odwołującego, to i tak tolerancje w tej normie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Po trzecie możliwość zaoferowania produktu wyprodukowanego w oparciu o inną normę (skoro odwołujący miał taką wiedzę już wcześniej) winno być sygnalizowane zamawiającemu na etapie przed składaniem ofert. Zarzuty w tej kwestii podnoszone po otwarciu ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej uznać należało za spóźnione.

Reasumując Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty odwołującego była prawidłowa, znajdująca oparcie w przepisach ustawy Pzp oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić wniosek odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego stwierdzając, iż rozstrzygnięcie odwołania nie wymaga wiadomości specjalnych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: