

Sygn. akt 1428/08

WYROK
z dnia 19 grudnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach* 19 grudnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Elear Sp. z o. o., ul. Myśliborska 66, 66 - 400 Gorzów Wielkopolski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zakład Komunikacji w Gorzowie Wielkopolskim, ul. Kostrzyńska 46, 66 - 400 Gorzów Wielkopolski** protestu / protestów* z dnia 26 listopada 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 **Elear Sp. z o. o., ul. Myśliborska 66, 66 – 400 Gorzów Wielkopolski** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4064 zł 00gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Elear Sp. z o. o., ul. Myśliborska 66, 66 -400 Gorzów Wielkopolski**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 2523 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset dwadzieścia trzy złote zero groszy przez **Elear Sp. z o. o., ul. Myśliborska 66, 66 - 400 Gorzów Wielkopolski** na rzecz **Miejskiego Zakładu Komunikacji w Gorzowie Wielkopolskim, ul. Kostrzyńska 46, 66 - 400 Gorzów Wielkopolski**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: **XXX** przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **3436 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące czterysta trzydzieści sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Elear Sp. z o. o., ul. Myśliborska 66, 66- 400 Gorzów Wielkopolski**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „*Dostawę nowych opon do autobusów komunikacji miejskiej*” (nr sprawy 899/2008/018), zostało wszczęte przez Miejski Zakład Komunikacji w Gorzowie Wielkopolskim, ul. Kostrzyńska 46, 66-400 Gorzów Wielkopolski zwany dalej: „*Zamawiającym*”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem ogłoszenia: 288953-2008 w dniu 29.10.2008 r.

W dniu 25.11.2008 r. Zamawiający na podstawie art. 91 oraz 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „*Pzp*” przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty firmy: Zakład Produkcyjno - Handlowy, Hurtownia Części Zamiennych, Jan Tarapata, 39-332 Tuszów Narodowy 3 zwanej dalej: „*ZP-H., Hurtownia Części Zamiennych, Jan Tarapata*”. Ponadto, informując o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp m.in. oferty złożonej przez firmę: ELEAR Sp. z o.o. 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Myśliborska 66 zwanej dalej: „*Protestującym*” albo „*Odwolującym*”. Odnośnie odrzucenia wskazał, iż w załączniku nr 2 do SIWZ w pozycji: „*Maksymalny nacisk na oś przednią w układzie pojedynczym*” Zamawiający wpisał 7.500 kg. W przedstawionej ofercie Wykonawca utrzymał ten zapis. W pozycji typ bieżnika Wykonawca wpisał nazwę Kormoran C. Z kolei w pozycji - indeks nośności i prędkości

wpisał: „Dostosowany do nacisku na oś przednią w układzie pojedynczym”. Z materiałów ogólnie dostępnych wynika, że ten typ opon wskazuje maksymalny nacisk 7.100 kg. W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że przedstawiona oferta jest sprzeczna z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, co powoduje jej odrzucenie.

W dniu 26.11.2008 r. (wpływ bezpośredni) Protestujący wniósł protest od decyzji w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty. Stwierdził, iż odwołuje się od decyzji w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty na dostawę nowych opon do autobusów komunikacji miejskiej. Wskazał, iż jego oferta nasza została odrzucona z powodu sprzeczności z zapisami SIWZ, co nie jest zgodne z prawdą.

W załączniku Nr 2 do SIWZ Zamawiający nie określił dokładnego indeksu nośności i prędkości, określając go jako: „Dostosowany do nacisku na oś przednią w układzie pojedynczym”. W ofercie został utrzymany ten zapis oraz w załączniku Nr 4 przedstawiono, że opona Kormoran C może, zgodnie z normą ETRTO, przenieść maksymalny nacisk na oś przednią w układzie pojedynczym 7.500 kg.

Ponadto, podniósł, iż opona przedstawiona w jego ofercie 275/70R22.5 Kormoran C 152/148E ma dokładnie takie same parametry jak opona oferenta, którego oferta nie została odrzucona. Przy odrzuceniu oferty Protestującego Zamawiający odwołuje się do materiałów ogólnie dostępnych, z których wynika, że opona Dunlop 275/70R22.5 Sp741 City także wykazuje maksymalny nacisk 7.100 kg. W ofercie, uznanej za najkorzystniejszą, jak wskazał Protestujący, nie było informacji, że opona Dunlop 275/70R22.5 Sp741 może przenieść maksymalny nacisk 7.500 kg na oś w układzie pojedynczym, natomiast w ofercie Protestującego znalazło się takie oświadczenia (załącznik Nr 4 do oferty), o którym w uzasadnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty nie wspomina się.

W dniu 27.11.2008 r. Zamawiający faxem przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 02.12.2008 r. poprzez jego oddalenie. Zamawiający stwierdził, iż w swoim uzasadnieniu na odrzucenie oferty Protestującego Zamawiający zapisał, że oferta została odrzucona, ponieważ z materiałów ogólnie dostępnych wynika, że opona Kormoran C 152/148 E zgodnie z normą ETRTO wskazuje maksymalny nacisk w układzie pojedynczym 7100 kg, przy prędkości 70 km/h.

W oświadczeniu Protestującego złożonym w ofercie, o zwiększeniu nacisku w układzie pojedynczym do 7500 kg, przy spełnieniu określonych warunków, tj. zmniejszeniu

maksymalnej prędkości oraz zwiększeniu ciśnienia w ogumieniu zgodnie z parametrami i tabelami ETRTO, brak jest określenia wartości dla spełnienia wymogów SIWZ.

Zgodnie z tabelami ETRTO obniżenie prędkości maksymalnej poniżej 70 km/h dla uzyskania wyższego maksymalnego nacisku w układzie pojedynczym, dyskwalifikuje daną oponę do stosowania w komunikacji miejskiej i podmiejskiej.

Zamawiający stwierdził również, iż na równych zasadach musi traktować wszystkich wykonawców i odrzucać oferty, w których pomyłki, czy uchybienia powodują istotne zmiany w treści oferty. Nie pozwalają także Zamawiającemu, jego zdaniem, na to, by decydował, który błąd jest poważny a który nie - z uwagi na wartość zamówienia czy wielkość odstępstw ofert od SIWZ, a tylko, czy ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w ofercie. Byłoby to bowiem relatywizowanie sytuacji wykonawców, co z kolei naruszałoby zasadę ich równego traktowania. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający poprawia w ofercie tylko te omyłki, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Pzp nie definiuje pojęcia omyłki, podobnie jak prawo cywilne. Stąd też Zamawiający dokonując oceny uchybień brał pod uwagę tylko rozbieżność danych w ofercie z zapisami SIWZ.

W dniu 05.12.2008 r. (zgodnie z datą stempla pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wskazał, iż jego oferta została odrzucona w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Podniósł również, iż w załączniku Nr 2 do SIWZ Zamawiający nie określił dokładnego indeksu nośności i prędkości, określając go jako: „*Dostosowany do nacisku na oś przednią w układzie pojedynczym*”. W ofercie został utrzymany ten zapis i przedstawiona oferta opony 275/70R22.5 152/148E Kormoran C, która może przenieść maksymalny nacisk na oś przednią w układzie pojedynczym, jaki Zamawiający wpisał w załączniku nr 2 do SIWZ. W załączniku Nr 4 do oferty Odwołujący przedstawił, że opona Kormoran C może, zgodnie z normą ETRTO przenieść maksymalny nacisk na oś przednią w układzie pojedynczym 7.500 kg, przy spełnieniu określonych warunków, tj. zmniejszeniu prędkości maksymalnej i zwiększeniu ciśnienia w oponie.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając jego ofertę odwołuje się do materiałów ogólnie dostępnych, z których wynika, że opona 275/70R22.5 152/148E Kormoran C wykazuje maksymalny nacisk na oś 7.100 kg. Jednakże, jak podniósł w ofercie, którą uznano za najkorzystniejszą, Wykonawca przedstawił oponę DUNLOP 275/70R22.5 SP741, która ma takie same parametry wytrzymałościowe jak opona przedstawiona w naszej ofercie (taki sam indeks nośności i indeks prędkości, tj. 152/148E). W uzasadnieniu oddalenia protestu Zamawiający stwierdza, że obniżenie prędkości maksymalnej poniżej 70 km/h dla uzyskania wyższego maksymalnego nacisku w układzie pojedynczym, dyskwalifikuje oponę do stosowania w komunikacji miejskiej i podmiejskiej. Z homologacji

wynika, że opona DUNLOP 275/70R22.5 SP741 nie może przenieść maksymalnego nacisku na oś 7.500 kg bez zmniejszenia prędkości poniżej 70km/h. Zamawiający w SIWZ nie określił, że opony muszą przenieść maksymalny nacisk 7.500 kg. na oś przednią w układzie pojedynczym przy prędkości 70 km/h. Podkreślił, iż Opona Kormoran C przedstawiona w jego ofercie może przenieść nacisk 7.500 kg na oś przednią, co jest zgodne z zapisami SIWZ, więc nie ma podstaw do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Kopie odwołania otrzymał Zamawiający w dniu 08.12.2008 r. (pocztą).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treścią SIWZ i spornej oferty, po wysłuchaniu stanowisk stron na posiedzeniu i rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ponadto, Izba ustaliła, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 26.11.2008r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty korzystniejszej cenowo od wybranej, jak i wobec nie wniesienia środków ochrony prawnej przez innych uczestników postępowania przetargowego, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny.

W odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W Rozdz. 3 SIWZ: „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” Zamawiający określił, iż: „Przedmiotem zamówienia jest: dostawa nowych opon do autobusów komunikacji miejskiej loco magazyn Zamawiającego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – przedstawiono w załączniku nr 2 do SIWZ”. Z kolei w Rozdz. 10 SIWZ: „WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU”, stwierdził, iż: „Do oferty złożonej na formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do niniejszej SIWZ elementem formularza ofertowego musi być załączony załącznik cenowy Wykonawcy – wzór stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ”. W ramach: „Objaśnienia do składanych dokumentów” (str.4 SIWZ, w pkt 4) zamawiający ustalił, że: „Dokumenty, o których mowa powyżej (Rozdz. 10 SIWZ) muszą być złożone lub wypełnione przez Wykonawcę bez wyjątku i ściśle według warunków i postanowień zawartych w SIWZ bez dokonywania w ich treści merytorycznych zmian”. Natomiast, zgodnie z Rozdz. 14: „OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT”, pkt 1: „Postać Oferty”: „Oferta oraz załączniki i oświadczenia winny być sporządzone na formularzach zamawiającego, które stanowią dodatki do SIWZ oraz zgodnie z wymaganiami SIWZ i ustawy prawo zamówień publicznych. Wielkość i układ załączników może zostać przez Wykonawcę zmieniona, jednak ich treść musi być zgodna z treścią wskazaną przez Zamawiającego”.

W załączniku nr 2 do SIWZ będącym zarówno opisem przedmiotu zamówienia, jak i załącznikiem cenowym Zamawiający (tzw. załącznik nr 1 do oferty/dodatek nr 2 do SIWZ) określił w ramach tabeli, iż przedmiotem zamówienia będzie m.in. (poz. 1): „Opona bezdętkowa, radialna, całostalowa. Przeznaczona do komunikacji miejskiej na oś przednią z obustronnym wzmocnieniem bocznym, o rozmiarze: 275/ 70R - 22,5; o maksymalnym nacisku na oś przednią w układzie pojedynczym: 7500 kg; indeks nośności i prędkości: dostosowany do nacisku na oś przednia w układzie pojedynczym; typ bieżnika: SP 741 lub równoważny; ilość na rok 2009: 115”. Poniżej tabeli zawarł zastrzeżenie, iż: „Przez asortyment równoważny Zamawiający rozumie opony posiadające taki sam nacisk na oś przednią w układzie pojedynczym lub taki sam indeks nośności i prędkości jaki został wskazany przez Zamawiającego. W przypadku opony równoważnej należy podać dane techniczne i typ bieżnika opony”.

Odwołujący w wraz z formularzem ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ), w którym oświadczył, iż zapoznał się z SIWZ i uznaje się za związanym określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania. Złożył również załącznik cenowy, w którym odnośnie poz. 1 zachował wymagany przez Zamawiającego parametr dotyczący maksymalnego nacisku na oś przednia w układzie pojedynczym, jak również parametr

dotyczący indeksu nośności i prędkości zgodny w swoim zapisie z ustalonym przez Zamawiającego. Odnośnie typu bieżnika opony wskazał: „Kormoran C” stosując wymóg wynikający z zastrzeżenia pod tabelką w wypadku oferowania opony równoważnej.

Ponadto, na tą samą okoliczność w ramach załącznika nr 4 do formularza ofertowego Odwołujący złożył oświadczenie o spełnieniu warunku maksymalnego nacisku na oś przednią w układzie pojedynczym następującej treści: „(...) oświadcza, że: opona 275/70R22.5 152/148E Kormoran C TL może przenieść maksymalny nacisk 7500 kg na oś w układzie kół pojedynczym przy spełnieniu określonych warunków, tj. zmniejszeniu maksymalnej prędkości oraz zwiększeniu ciśnienia w ogumieniu zgodnie z parametrami i tabelami ETRTO (Euroean Tyre and Rim Technical Organisation)”.

Zamawiający złożoną w ten sposób ofertę odrzucił, jako niezgodną w swej treści z treścią SIWZ.

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, jak tego wymagał Zamawiający w załączniku nr 2 do SIWZ oraz jak stanowi art. 30 ust.5 Pzp, iż oferowane przez niego opony Kormoran C TL są równoważne i spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Po drugie, Odwołujący podtrzymał na rozprawie swoje oświadczenie złożone w ramach załącznika nr 4 do formularza ofertowego, precyzując przy tym, iż zaoferowana opona może przenieść maksymalny nacisk 7500 kg na oś w układzie kół pojedynczym przy zmniejszeniu maksymalnej prędkości do 35 km/h oraz zwiększeniu ciśnienia w ogumieniu do 9 barów. Na okoliczność wskazaną przedłożył dowód w postaci katalogu firmy: Michalin aktualnego producenta opon typu Kormoran (W ramach Danych technicznych - tabela zmiany obciążenia w zależności od prędkości) oraz korespondencję z przedstawicielem producenta z dnia 02.12.2008 r. Tym samym potwierdził, iż oferowane przez niego opony typu Kormoran C TL nie spełniają wymogu takiego samego indeksu prędkości, jak wskazany przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z zapisem przywołanego załącznika wymagany był przez Zamawiającego typ bieżnika opony SP 741 lub równoważny oraz zgodnie z przedłożonym na rozprawie dowodem przez Zamawiającego, tj. korespondencją z firmą DUNLOP producentem opony 275/70R 22.5 SP 741 CITY, niniejsze opony o indeksie nośności LI 152 mogą być maksymalnie obciążone do 3750 kg na oponę, tj. maksymalne obciążenie na oś 7 500 kg (co odpowiada indeksowi nośności LI 154) przy prędkości maksymalnej 70 km/h (tj. indeks prędkości E) i ciśnieniu maksymalnym wewnątrz opony 9, 5 bar.

Tymczasem opony w ofercie Odwołującego nie spełniają tego wymogu, bowiem przy maksymalnej prędkości 70 km/h nacisk na oś jest nie większy niż 7 100 kg. Nie można

zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że zaoferowane przez niego opony spełniają wymagania Zamawiającego, co do nacisku na oś w układzie pojedynczym przy obniżeniu prędkości i obniżeniu ciśnienia w oponie. Zmiana parametrów dotyczących prędkości skutkowałaby tym, że każdy z wykonawców mógłby zaoferować dozwoloną oponę z założeniem dowolnego obniżenia prędkości podczas gdy Zamawiający wymagał, aby oferowana opona była przeznaczona do komunikacji miejskiej, gdzie prędkości poruszania się autobusów są większe niż proponowane obniżenie prędkości przez Odwołującego. Ponadto Zamawiający wskazał wymagany typ bieżnika SP 741 lub równoważny, co oznaczało, że bieżnik w oponach ma być taki sam pod względem parametrów jak w przypadku opon SP 741 w zakresie indeksu nośności i prędkości. Wymogów tych opona oferowana przez Odwołującego nie spełnia.

Po trzecie, Odwołujący nie udowodnił, iż wymagane opony SP 741 nie mają indeksu nośności 154 E, tym samym nie spełniają wymogu maksymalnego nacisku na oś przednią w układzie pojedynczym przy prędkości maksymalnej 70 km/h.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Wobec nie potwierdzenia się zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 Pzp.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, nie uwzględniając odwołania.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp z uwzględnieniem § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego wynikające z przedłożonego rachunku oraz koszty dojazdu pełnomocnika zgodnie z kserokopiami biletów.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 w **Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*