

Sygn. akt KIO/UZP 344/08

**WYROK**

**z dnia 25 kwietnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Kuciak  
**Członkowie:** Magdalena Grabarczyk  
Marek Koleśnikow  
**Protokolant:** Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **W.S.O.P Sp. z o.o., Gliwice, ul. Pszczyńska 306** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Edukacji Narodowej, Warszawa, al. Jana Chrystiana Szucha 25** protestu z dnia 25 marca 2008 r.

przy udziale **Gildia Sp. z o.o., Lublin, ul. Rudnicka 26** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Edukacji Narodowej, Warszawa, al. Jana Chrystiana Szucha 25**

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 uiszczzonego przez **W.S.O.P Sp. z o.o., Gliwice, ul. Pszczyńska 306.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Edukacji Narodowej, Warszawa, al. Jana Chrystiana Szucha 25** na rzecz **W.S.O.P. Sp. z o.o., Gliwice, ul. Pszczyńska 306**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **W.S.O.P. Sp. z o.o., Gliwice, ul. Pszczyńska 306.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Ministerstwo Edukacji Narodowej prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wyposażenie CKU, CKP i wybranych szkół zawodowych w stanowiska do egzaminów zawodowych – cz. III – zawód nr 11 – monter izolacji budowlanych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 10 listopada 2007 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2007/S 217-264240.

Dnia 17 marca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie, dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym powiadomił w tym samym dniu Odwołującego się. Czynność ta stała się podstawą do wniesienia dnia 25 marca 2008 r. protestu, w którym Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp : art. 7 ust. 1 i 3, art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 a ponadto art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.), art. 5 K.c., art. 58 § 1 i 2 K.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, art. 22 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. z 2001 r., Nr 28, poz. 319).

Odwołujący się podnosi, że Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Gildia Sp. z o.o., pomimo że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zdaniem Odwołującego się, zaproponowane przez tego wykonawcę urządzenie – aparat natryskowy model GOLD 6500 firmy TAIVER nie spełnia parametrów technicznych opisanych w SIWZ, bowiem ze względu na swą budowę (system tłoczenia oparty na zasadzie działania membrany) nie nadaje się do nakładania mas szpachlowych. Urządzenie to ma tak małą wydajność tłoczenia, że nie jest możliwa jakakolwiek praca z masami szpachlowymi, co więcej nie jest możliwy nawet rozruch tego urządzenia. Powyższe potwierdza również importer urządzeń - upoważniony przedstawiciel na Polskę. Dodatkowo Odwołujący się podkreśla, że zaoferowany aparat nie spełnia wymogów SIWZ dotyczących wydajności zarówno ze szpachlą, jak i z farbą. Zamawiający określił wymaganą granicę wydajności w zakresach „od - do” (z farbą od 3 do 4,5 l/min; ze szpachlą od 3,5 do 5,5 l/min). Natomiast Gildia Sp. z o.o. nie podała wydajności zaoferowanego urządzenia, gdyż określenie „do” nie stanowi spełnienia wymagania.

Wobec powyższego Odwołujący się wniósł o: unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu, odrzucenie oferty wykonawcy Gildia Sp. z o.o., dokonanie ponownej oceny ofert, dokonanie wyboru oferty Odwołującego się i udzielenie mu zamówienia.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiła dnia 28 marca 2008 r. Gildia Sp. z o.o. Przystępujący wniósł o oddalenie protestu i odrzucenie oferty Odwołującego się. Przystępujący wyjaśnia, że Zamawiający określił w SIWZ wymagane ciśnienie dla aparatu natryskowego na poziomie między 200 a 230 bar. Tym samym określił pośrednio, że agregatem będą nakładane masy szpachlowe o małej lepkości i gęstości. Zwraca uwagę, że Zamawiający ma możliwość wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto podkreśla, że parametry zaoferowanych przez niego aparatów natryskowych zostały potwierdzone certyfikatem CE.

W kwestii niezgodności oferty Odwołującego się z treścią SIWZ, Przystępujący podnosi, że :

1. zaoferowana przecinarka do glazury model TPR200/2 firmy EINHELL nie posiada stołu aluminiowego. Stół w tym modelu wykonany jest z blachy stalowej pokrytej nakładką gumową;
2. brak w ofercie informacji, że wraz z urządzeniami zostaną dostarczone deklaracje zgodności, mimo takich wymagań wynikających z rozdziału 7 pkt 2 SIWZ;
3. firma PPHU VERTI oraz firma VERTEX Sylwester Tkacz nie jest producentem wymienionego w deklaracji zgodności urządzenia (strona 14 i 24 oferty) – brak jest w ofercie upoważnienia producenta dla tej firmy do podpisywania deklaracji zgodności;
4. brak w ofercie deklaracji zgodności dotyczącej: palnika do podgrzewania pap model L700 producenta KOMA, drabiny aluminiowej model 104649 35486 producenta Inter, młota udarowo – obrotowego model KHE 26 CONTACT oraz wiertarko wkrętarki akumulatorowej model BSP 12 producenta METABO,
5. nie wiadomo jakiego urządzenia dotyczy deklaracja zgodności (strona 16 oferty); minimalną zawartość deklaracji zgodności potwierdziło Polskie Centrum Badań i Certyfikacji S.A. w piśmie z dnia 10 marca 2008 r.;

Zamawiający dnia 4 kwietnia 2008 r. protest uwzględnił w zakresie żądania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i postanowił dokonać ponownej oceny ofert, natomiast oddalił protest w zakresie żądania odrzucenia oferty Gildia Sp. z o.o. Oferta ta bowiem spełnia parametry określone w Formularzu cenowym. Powoływanie się na budowę urządzenia nie może prowadzić do negocjowania parametrów sprzętu, podawanych przez producenta. Brak precyzji w zapisach SIWZ, polegający na nieokreśleniu rodzaju mas szpachlowych, do których będzie miał zastosowanie aparat natryskowy nie stanowi

podstawy do odrzucenia oferty. Natomiast podniesione wątpliwości, co do wydajności tego urządzenia wymagają wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Z takim rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący się i wniósł dnia 9 kwietnia 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście. Ponadto podnosi, że brak określenia przez Gildię Sp. z o.o. wydajności zaoferowanego urządzenia, stanowi niespełnienie wymagań i powinno prowadzić do odrzucenia oferty. Ustawa bowiem nie przewiduje możliwości uzupełniania bądź wyjaśniania oferty w tym zakresie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił dnia 23 kwietnia 2008 r. wykonawca – Gildia Sp. z o.o. Wniósł o oddalenie odwołania w pełni popierając argumenty Zamawiającego oraz podtrzymując argumenty zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Ponadto przedstawił oświadczenie złożone w imieniu firmy VISKOR – autoryzowanego przedstawiciela producenta aparatów natryskowych.

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

Zamawiający w pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ określił szczegółowe parametry techniczne sprzętu, który ma być zakupiony. I tak dla aparatu natryskowego wymagał m.in. wydajności: z farbą od 3,0 do 4,5 l/min, ze szpachlą od 3,5 do 5,5 l/min, max ciśnienia od 200 do 230 bar. Dodatkowo podał, że aparat służyć będzie do aplikacji farb, systemów ognioochronnych i hydrodynamicznego nakładania szpachli. Jednocześnie Zamawiający wymagał załączenia do Formularza ofertowego Formularza cenowego (załącznik nr 4 do SIWZ). W przedmiotowym Formularzu Zamawiający zawarł podaną wyżej, wymaganą charakterystykę produktu, żądając jednocześnie podania charakterystyki produktu oferowanego wraz z nazwą i symbolem oraz nazwą producenta. W kwestionowanej ofercie, wykonawca – Gildia Sp. z o.o. zaproponował aparat natryskowy GOLD 6500/TAIVER o wydajności: z farbą do 4,5 l/min, ze szpachlą do 5,5 l/min i max ciśnieniu 220 bar. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej rację należy przyznać Odwołującemu się, iż taki sposób określenia przez Gildię Sp. z o.o. wydajności nie spełnia oczekiwań Zamawiającego. Należy zauważyć bowiem, że Wykonawca ten określił, jedynie górną granicę wydajności oferowanego urządzenia, co oznacza, iż wydajność nie jest wyższa niż wskazana wartość, jednakże na tej podstawie nie można przesądzić, że wydajność ta nie jest mniejsza niż wartości wskazane przez Zamawiającego. Z zapisu tego jednoznacznie nie wynika, że wydajność z farbą jest

równa lub większa niż 3 a odpowiednio ze szpachlą równa lub większa niż 4,5 l/min. W tym stanie faktycznym Zamawiający nie mógł dokonać wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Podkreślić jednakże należy, że z określenia przez Gildię Sp. z o.o. parametrów wydajności aparatu natryskowego nie wynika jednoznacznie, że oferowany produkt nie spełnia wymagań Zamawiającego. W tym stanie faktycznym rodzą się jedynie wątpliwości, które Zamawiający może wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż nie ma możliwości wyjaśnienia oferty w tym zakresie. Oferowany bowiem przedmiot zamówienia składa się na treść oferty (Formularz cenowy) i wobec niejednoznacznego opisanie jednego z parametrów wymaga wyjaśnienia. Jednocześnie, biorąc pod uwagę sposób opisanie tego parametru, nie można z góry dojść do przekonania czy złożone wyjaśnienia doprowadzą do zmiany treści oferty. Okoliczność tę będzie oceniał Zamawiający, biorąc pod uwagę treść złożonych wyjaśnień.

Odwołujący się podnosił, że zaoferowane urządzenie, ze względu na swą budowę, nie nadaje się do nakładania mas szpachlowych, na dowód czego przedłożył pismo z dnia 10 marca 2008 r. firmy VERTI. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Zamawiający nie postawił żadnych wymagań co do budowy aparatu natryskowego. Wobec czego należy stwierdzić, że dopuszczał zaoferowanie zarówno urządzenia z systemem tłoczenia opartym na zasadzie działania membrany albo tłoku. Żaden z wykonawców nie podnosił czy to w formie żądania wyjaśnień do SIWZ czy też protestu na postanowienia SIWZ kwestii mechanizmu zastosowanego do osiągnięcia zakładanych przez Zamawiającego parametrów (membrany, tłoku). Zatem powoływany dowód (pismo z dnia 10 marca 2008 r.) nie wydaje się w tym względzie miarodajny, nie przedstawiono opinii producenta (gdyż pismo z dnia 8 kwietnia 2008 r. zostało przedstawione przez Odwołującego się na rozprawie bez tłumaczenia przysięgłego), o której mowa w jego treści, a która mogłaby być rozstrzygająca w przedmiotowej sprawie. Ponadto, brak potwierdzenia, iż firma VERTI jest autoryzowanym przedstawicielem firmy Taiver – producenta urządzenia.

Pismo firmy Urządzenia Antykorozyjne i Doradztwo „VISKOR” Sp. z o.o. nie może również stanowić dowodu w sprawie, bowiem nie można stwierdzić od kogo pochodzi, brak również dowodu, że firma ta jest autoryzowanym przedstawicielem firmy Taiver. Ponadto Izba stwierdza, że wskazane pismo nie odnosi się do wszystkich parametrów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ (mówi jedynie o wydajności bez podania wartości ciśnienia). Na marginesie należy zauważyć, że próbę wydajności dla farby przeprowadzono z użyciem dyszy o rozmiarze innym niż wymagany przez Zamawiającego, informując jednocześnie, że przy rozmiarze 0,35” nastąpi wzrost ciśnienia aplikacji, jednakże nie wiadomo czy ciśnienie wtedy utrzyma się na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, bowiem ten parametr

również był przez Zamawiającego określony. Ponadto, co przyznał Przystępujący na rozprawie, brak jest regulacji prawnych pozwalających odnieść wynik pojedynczej próby jako miarodajny dla powszechnego zastosowania urządzenia, którego dotyczy. Źródłem informacji o parametrach sprzętu powinna być w pierwszym rzędzie karta katalogowa.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie przyjął również w poczet dowodów karty charakterystyki akrylowej masy szpachlowej RENO PUTZ, gdyż nie wynika z niej czy jest możliwe nakładanie tej szpachli za pomocą aparatu natryskowego oraz informacji dotyczącej dolomitowej masy szpachlowej, z tego powodu, że nie można stwierdzić czy spełnia wymagania producenta urządzenia. Jak wskazano wyżej, Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła również mocy dowodowej, dokumentowi z dnia 8 kwietnia 2008 r. złożonemu przez Odwołującego się, gdyż nie spełnia wymagań określonych w § 18 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 187, poz. 1327).

Odwołujący się nie udowodnił naruszenia przepisu art. 22 ustawy Pzp, nie wskazał argumentacji na poparcie tego zarzutu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej nie rozpatrywał zarzutu naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.). Organami orzekającymi w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych pierwszej instancji są na podstawie art. 42 ust.1 ww. ustawy komisje orzekające w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu. Zdaniem Izby postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). W tych okolicznościach tym bardziej nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 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. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3600,00 zł.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*