

Sygn. akt: KIO 145/13

Sygn. akt: KIO 146/13

## WYROK

z dnia 5 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 24 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **K..... R..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe ERPLAST Zakład Pracy Chronionej, ul. Witebska 27, 85-778 Bydgoszcz,**

B. w dniu 24 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **K..... R..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe ERPLAST Zakład Pracy Chronionej, ul. Witebska 27, 85-778 Bydgoszcz,**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Skarb Państwa - Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy **GIERA Znaki Drogowe M..... G..... i K..... G..... Sp. j., ul. Lipowa 49a, 11-042 Jonkowo** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 145/13 oraz KIO 146/13 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala oba odwołania.**

2. Kosztami postępowania obciąża **K..... R..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe ERPLAST Zakład Pracy Chronionej, ul. Witebska 27, 85-778 Bydgoszcz** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **K..... R..... Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe ERPLAST Zakład Pracy Chronionej, ul. Witebska 27, 85-778 Bydgoszcz** tytułem wpisów od odwołań.

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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6, 85-085 Bydgoszcz, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

- 1) „Dostawę oznakowania pionowego wraz z montażem w latach 2013-2016 na drogach krajowych zlokalizowanych w woj. kujawsko-pomorskim” (Nr GDDKiA-O/BY-R-2/284/**130**/2012),
- 2) „Dostawę oznakowania pionowego w latach 2013-2016 na drogach krajowych zlokalizowanych w woj. kujawsko-pomorskim” (Nr GDDKiA-O/BY-R-2/284/**128**/2012),

na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 grudnia 2012 roku pod numerem 2012/S 243 399723 oraz z dnia 14 grudnia 2012 roku pod numerem 2012/S 241-396485.

### **KIO 145/13**

Dnia 17 stycznia 2013 roku zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dnia 24 stycznia 2013 roku wykonawca K..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe ERPLAST Zakład Pracy Chronionej, ul. Witebska 27, 85-778 Bydgoszcz (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D.07.02.01 pkt 2.5.3.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 30 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jednocześnie wnosząc o usunięcie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D.07.02.01 zapisu pkt 2.5.3.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 24 stycznia 2013 roku.

Zamawiający, dnia 24 stycznia 2013 roku zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej, jednocześnie wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 28 stycznia 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca GIERA Znaki Drogowe M..... G..... i K..... G..... Sp. j., ul. Lipowa 49a, 11-042 Jonkowo.

Zamawiający, dnia 4 lutego 2013 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

### **KIO 146/13**

Dnia 16 stycznia 2013 roku zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dnia 24 stycznia 2013 roku wykonawca K..... R..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe ERPLAST Zakład Pracy Chronionej, ul. Witebska 27, 85-778 Bydgoszcz (zwany dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D.07.02.01 pkt 2.4.3.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 30 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jednocześnie wnosząc o usunięcie ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D.07.02.01 zapisu pkt 2.4.3.

Kopię odwołania, odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 24 stycznia 2013 roku.

Zamawiający, dnia 24 stycznia 2013 roku zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej, jednocześnie wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 28 stycznia 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca GIERA Znaki Drogowe M..... G..... i K..... G..... Sp. j., ul. Lipowa 49a, 11-042 Jonkowo.

Zamawiający, dnia 4 lutego 2013 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.**

**Izba ustaliła i zważyła, 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 postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D.07.02.01 „Oznakowanie pionowe” w pkt 2.5.3. i odpowiednio 2.4.3 określił, że do wykonania tarczy znaku należy użyć jako jedynego dopuszczalnego materiału blachy stalowej o grubości minimum 1,5 mm.

Pismem z dnia 2 stycznia 2013 r. odwołujący zwrócił się o zmianę w/w zapisów SST na zapis dopuszczający inne materiały do wykonania tarczy znaku, spełniające wymogi określone Polską Normą PN EN 12899-1. W uzasadnieniu powyższego wniosku odwołujący wskazał, iż zarówno Ogólna Specyfikacja Techniczna opracowana przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad jak i przywołana Polska Norma w wersji obowiązującej od 1 stycznia 2013 r. nie określa żadnych wymogów odnośnie materiału, z jakiego ma być wykonana tarcza znaku. Odwołujący wskazał, że wprowadzenie tego rodzaju zapisu ogranicza możliwość stosowania innowacyjnych technologii, a także zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający odpowiednio pismem z dnia 16 i 17 stycznia 2013 r. zmodyfikował w/w zapis Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, dopuszczając zastosowanie innych technologii do znaków E-1 i E-2, pod warunkiem, że posiadają one certyfikat zgodności z Polską Normą PN EN 12899-1 i pod warunkiem zastosowania na licu znaku blachy o grubości 1,5 mm.

Odwołujący zakwestionował zgodność wyżej opisanej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia z przepisami Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący do odwołania załączył opinię (opracowanie) sporządzoną przez wyspecjalizowaną jednostkę certyfikującą - Instytut Badania Dróg i Mostów w Warszawie, sporządzoną w sierpniu 2012 r., w której stwierdzono, że znaki drogowe produkowane z płyty warstwowej cechują się takimi samymi lub nawet lepszymi parametrami niż znaki produkowane w tradycyjnej technologii, tj. z blachy.

Odwołujący wskazał, iż znaki produkowane przez niego w technologii płyty warstwowej są równoważne znakom wykonywanym w tradycyjnej technologii, odpowiadając przy tym Polskiej Normie PN EN 12899-1.

Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, iż Dyrektor Departamentu Realizacji Inwestycji w Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w piśmie z dnia 24.12.2012 r., skierowanym do odwołującego wskazał, że Dyrektorom Oddziałów GDDiKA przekazano wytyczne w sprawie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ze szczególnym zwróceniem uwagi na kwestie związane z koniecznością dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Odwołujący zaznaczył, iż technologia wykonania znaków drogowych pionowych z płyty warstwowej, mimo iż innowacyjna, była już stosowana przez odwołującego, który przy jej użyciu wykonał oznakowanie pionowe autostrady A-1 na odcinku Gdańsk- Czerniewice oraz niektórych odcinków autostrady A-2. Ponadto odwołujący wskazał, że kwestionowany zapis specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza również zasadę równego traktowania wykonawców, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem bez uzasadnionych przyczyn wyklucza odwołującego z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, tylko dlatego, że wykonuje on znaki drogowe pionowe w technologii innej niż tradycyjna, choć zgodnej z Polską Normą.

Powyższa argumentacja odwołującego odnosiła się tożsamo w odniesieniu do obydwu kwestionowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SST: 2.5.3., 2.4.3.), w dwóch postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego.

Dyrektywa z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich odnoszących się do wyrobów budowlanych (89/106/EWG), wdrożona ustawą z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, wprowadziła obowiązek poddania ocenie zgodności wprowadzanych do obrotu wyrobów budowlanych. Zgodnie z art. 5 ustawy o wyrobach budowlanych z dnia 16 kwietnia 2004 r., wyrób budowlany nadaje się do stosowania przy wykonywaniu robót budowlanych, jeżeli jest oznakowany CE, co oznacza, że dokonano oceny jego zgodności z normą zharmonizowaną albo europejską aprobatą techniczną, bądź krajową specyfikacją techniczną państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego, uznaną przez Komisję Europejską za zgodną z wymaganiami podstawowymi.

Dla oznakowania pionowego w świetle powyższych przepisów jest to norma zharmonizowana PN-EN 12899, która określa zasadnicze wymagania dla stosowanych wyrobów.

Należy również wskazać, iż zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2004 r. w sprawie sposobów deklarowania zgodności wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym, wyroby do znakowania dróg zostały zakwalifikowane do systemu 1 zgodności, co oznacza konieczność uzyskania certyfikatu zgodności przez akredytowaną jednostkę certyfikującą. Powyższe oznacza, iż warunkiem koniecznym do zastosowania oznakowania pionowego jest dokonanie oceny zgodności z normą PN-EN 12899 przez certyfikowaną jednostkę oraz oznakowanie wyrobu znakiem CE.

Przedstawione powyżej wymagania są podstawowym i minimalnym warunkiem koniecznym do stosowania oznakowania pionowego.

Przepisy art. 30 ustawy Pzp odnoszą się do umożliwienia dostawcy wyrobu, w przypadku nie wykazania zgodności z normą zharmonizowaną, udowodnienia zgodności z wymaganiami podstawowymi. W niniejszym przypadku okoliczność taka nie ma miejsca z uwagi na fakt, że odwołujący wskazał, że posiada certyfikat WE nr 2219-CPD-0023 z dnia 20 lipca 2011 r. na zgodność z normą zharmonizowaną PN-EN 12899-1.

W ocenie Izby, konieczność opisu przedmiotu zamówienia przy przestrzeganiu norm nie stoi w sprzeczności z możliwością ustalenia przez zamawiającego takich wymagań, co do przedmiotu zamówienia, które nie są przez normę przewidziane - są wyższe niż przewiduje norma lub które nie zawierają doprecyzowania wszystkich elementów przedmiotu zamówienia uregulowanych odpowiednią normą (o ile nie narusza to zasady uczciwej konkurencji).

W powyższym zakresie na aprobatę zasługuje orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 2 kwietnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 234/08 wskazała, że *„Wymagania przewyższające postanowienia Polskich Norm nie stanowią o jego sprzeczności lub niezgodności z treścią normy. Zgodnie z brzmieniem art. 30 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia z <<zachowaniem>> Polskich Norm przenoszących normy europejskie, co wskazuje jedynie na pomocniczy charakter norm w określeniu minimalnych lub maksymalnych wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia. Treści powyższego przepisu nie należy interpretować jako nakazu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia ściśle za pomocą tych norm, jak uczynił to Odwołujący, zatem postawione przez Zamawiającego wymogi przewyższające wymagania normy są zgodne z art. 30 ustawy Pzp.”*

W ocenie Izby zamawiający dostatecznie udowodnił okoliczności przemawiające za koniecznością zastosowania prezentowanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozwiązania. Zamawiający opisując szczegółowo przedmiot zamówienia i stawiając wymogi przewyższające wymagania normy, miał na uwadze znaczenie dla

bezpieczeństwa oznakowania pionowego, koszty związane z jego utrzymaniem oraz doświadczenie z tego zakresu z lat ubiegłych.

*Zamawiający wskazał, że oznakowanie „tradycyjne z blachy stalowej jest stosowane z powodzeniem od wielu lat. W ramach doskonalenia produktu w latach ubiegłych, postawiono szereg wymogów, które zapewniają trwałość produktu i poprawiają jego właściwości. Są to m.in.: grubość blachy na tarczy znaku, podwójnie zagięte krawędzie tarczy znaku. Rozwiązania takie są sprawdzone, trwałe i nie generują u zamawiającego dodatkowych kosztów przy drobnych uszkodzeniach.”.*

Zamawiający podkreślił, iż zastosowane na drogach w latach ubiegłych - testowo znaki drogowe odwołującego wykonane z dwóch płaskich blach oraz płyty styropianowej, połączonych ze sobą klejem i krawędzi bocznych wykonanych z PCV, zaznaczając przy tym, że wyrób posiadał aprobatę techniczną AT/2010-02-1842/2 z dnia 24.03.2010 r. nie spełniły oczekiwań zamawiającego. W trakcie użytkowania wyrobu zamawiający stwierdził przede wszystkim znaczące uszkodzenia przy drobnych zdarzeniach, których nie da się naprawić, co powodowało konieczność wymiany na nowy znak. Zamawiający wskazał, iż przyjęcie testowanego oznakowania do powszechnego stosowania naraziłoby zamawiającego na znaczne koszty związane z koniecznością wymiany znacznej ilości znaków, co przy technologii tradycyjnej nie ma miejsca. Nadto słaba trwałość oznakowania może mieć negatywny wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego.

Zamawiający w części dotyczącej znaków E-1 i E-2 wyraził zgodę na inne technologie wykonania oznakowania pod warunkiem posiadania certyfikatu zgodności z normą PN-EN 12899 oraz zastosowania na licu znaku blachy grubości 1,5 mm.

Powyższe rozwiązanie zamawiający dopuścił ze względu na znaczne powierzchnie znaków i występujący problem zachowania płaskiej powierzchni w technologii tradycyjnej. Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, że dopuszczono wykonanie, w innej technologii, wyłącznie znaków E-1 i E-2, które ustawione są nad jezdnią lub przy krawędzi jezdni i z reguły chronione są barierami ochronnymi, a zatem ryzyko mechanicznego uszkodzenia jest małe. Ponadto wymóg zastosowania blachy 1,5 mm na licu znaku wynikał z konieczności zapewnienia odporności na uszkodzenia mechaniczne (np. uderzenia kamieni).

Odnosząc się do zarzutu odwołującego w zakresie naruszenia art. 7 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, poprzez wykluczenie bez uzasadnionych przyczyn odwołującego z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, tylko dlatego, że wykonuje on znaki drogowe pionowe w technologii innej niż tradycyjna, choć zgodnej z Polską Normą, zaznaczyć należy, że wymagania zamawiającego opisane w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej D.07.02.01 Oznakowanie pionowe, nie ograniczają konkurencji.



Wskazać należy, że na rynku jest wiele firm oferujących oznakowanie pionowe spełniające wymagania przytoczone w SST, w tym również odwołujący.

Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający, jako gospodarz postępowania określa przedmiot zamówienia, dokładnie go opisując, jak też ustala warunki udziału w postępowaniu, które muszą spełnić wykonawcy, chcący brać udział w przetargu.

Zadaniem zaś wykonawców jest dostosowanie się do żądań zamawiającego, oczywiście w granicach obowiązującego prawa.

W przedmiotowym postępowaniu, odwołujący zadaje się zapominać o powyższym. Zdaniem Izby, odwołujący nie ma prawa narzucać zamawiającemu sposobu świadczenia dostawy poprzez żądanie wprowadzenia, do specyfikacji istotnych warunków zamówienia treści, które dopuszczają możliwość zaoferowania innej technologii wykonania znaków drogowych. Partykularne interesy odwołującego nie mogą mieć bowiem pierwszeństwa przed ogólnym interesem zamawiającego. Fakt, że technologia proponowana przez odwołującego jest być może innowacyjna, nie uprawnia jednakże odwołującego do żądania możliwości jej zaoferowania, poprzez zmodyfikowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie naruszył również przepisu art. 7 ustawy Pzp. Z naruszeniem powyższego mielibyśmy do czynienia wówczas, gdyby przedmiot zamówienia, opisany przez zamawiającego, mógł zrealizować tylko jeden wykonawca. Niezasadność stawianego zarzutu potwierdził na rozprawie sam odwołujący oświadczając, iż jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z warunkami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe oświadczenie, w zakresie stawianego zarzutu, może budzić wątpliwości, co do posiadania interesu w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Niemniej jednak, jako, że interes opisany przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, należy rozumować w odniesieniu do całości zarzutów postawionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Jedynie na marginesie wskazać należy, że Izba dostrzega zamierzenia odwołującego i ocenia je pozytywnie. Jednakże chęć promowania innego, być może nowocześniejszego, innowacyjnego rozwiązania, winno odbywać się na innej płaszczyźnie marketingowej. Nie może bowiem odbywać się w procedurze udzielenia zamówienia publicznego z pokrzywdzeniem interesu i kosztem zamawiającego.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....