

WYROK
z dnia 3 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03.09.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Eurovia Polska S.A. (lider), 55-040 Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, STAVBY SILNIC A ŽELEZNIC z/s (EUROVIA CS) 113 19 Praga, 1 Narodni třída 10, Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 26 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Max Bögl Polska Sp. z o.o. (Lider), 71-726 Szczecin, ul. Światowida 6, Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG, D-92369 Sengenthal Niemcy, Max-Bögl-Straße 1** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Eurovia Polska S.A. (lider), 55-040 Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, STAVBY SILNIC A ŽELEZNIC z/s (EUROVIA CS) 113 19

Praga, 1 Narodni třída 10, Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Eurovia Polska S.A. (lider), 55-040 Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, STAVBY SILNIC A ŽELEZNIC z/s (EUROVIA CS) 113 19 Praga, 1 Narodni třída 10, Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Eurovia Polska S.A. (lider), 55-040 Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, STAVBY SILNIC A ŽELEZNIC z/s (EUROVIA CS) 113 19 Praga, 1 Narodni třída 10, Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39** na rzecz **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Źelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Eurovia Polska S.A. (lider), 55-040 Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, STAVBY SILNIC A ŽELEZNIC z/s (EUROVIA CS) 113 19 Praga, 1 Narodni třída 10, Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., 46-020 Czarnowąsy, ul. Jagiełły 39;**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę obwodnicy Łęknicy w ciągu drogi krajowej nr 12* (numer sprawy GDDKiA-O/ZG-R2-mg-418R-7/2009), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lutego 2009 roku, 2009/S 34-049553.

W dniu 19 czerwca 2009 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty złożonej przez konsorcjum Max Bögl Polska Sp. z o.o. i Max Bögl Bauunternehmung GmbH & Co. KG.

W dniu 26 czerwca 2009 roku protest do zamawiającego wniosło konsorcjum firm: Eurovia Polska S.A., STAVBY A ŽELEZNIC z/s (EUROVIA CS), Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia dwóch pierwszych ofert (konsorcjum Max Bögl Polska Sp. z o.o. oraz konsorcjum ERBUD S.A), jako niezgodnych z treścią siwz.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 17 lipca 2009 roku, oddalając go jako bezzasadny.

W dniu 27 lipca 2009 roku, wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując w nim zarzuty i żądania podniesione w proteście, przekazując jego treść zamawiającemu w tym samym dniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił w dniu 27 sierpnia 2009 roku wybrany wykonawca.

W odwołaniu, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty niezgodnej z treścią siwz, oraz naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 ustawy Pzp., na tej podstawie, że oferty obu wykonawców nie zawierały treści oświadczeń woli wykonawcy – dostawcy sprzętu, jak zamierz zrealizować zamówienie m.in. warunki autoryzowanego serwisu, oprogramowania, gwarancji, norm energetycznych, certyfikatów ISO, które to oświadczenia nie podlegają uzupełnieniu w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wzywając obu wykonawców do uzupełnienia treści oświadczeń woli, naruszył przepisy ustawy art. 25 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy oraz § 3 ust. 1 do 3 oraz § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów (...), poprzez niewłaściwą wykładnię i zastosowanie. Zamawiający również błędnie wezwał konsorcjum ERBUD S.A. do złożenia tłumaczenia na język polskie dokumentów.

Wykonawca wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert i nakazanie zamawiającemu odrzucenia obu ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego się.

W uzasadnieniu wykonawca podniósł, iż zamawiający wymagała dołączenia do oferty oświadczenia producenta komputera stacjonarnego, w jaki wyposażony ma być Inżynier Kontraktu i Kierownik Projektu, o spełnianiu normy Energy Star, to znaczy o posiadaniu oznakowania Energy Star zgodnie z rozporządzeniem Rady Europy z 17.12.2007 w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych sprzętu. W przypadku monitora zamawiający wymagała dodatkowo załączenia do oferty certyfikatu poświadczającego spełnianie normy: TCO 99 lub TCO 03. W zakresie serwisu

w/w urzędzie zamawiający wymagał, aby serwis był realizowany zgodnie z wymaganiami normy ISO 900x, co wykonawcy mieli potwierdzić certyfikatem oraz autoryzacją producenta. Tożsame wymagania zamawiający wprowadził co do komputerów przenośnych, a wykonawcy mieli dołączyć do oferty oświadczenia producenta oraz certyfikaty.

Wybrany wykonawca (konsorcjum Max Bögl) do swojej oferty w ogóle nie załączyło certyfikatów i oświadczeń w w/w zakresie, w szczególności oświadczeń dotyczących serwisu odnośnie dostarczanego sprzętu. W ocenie odwołującego dokumenty, z których wynika przyszły potencjalny sposób zachowania się wykonawcy czy też producenta sprzętu, stanowią element samej oferty (oświadczenie co do realizacji zamówienia) i nie mieszczą się w dyspozycji przepisów ustawy pozwalających na uzupełnianie dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu bądź potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Element przygotowania zaplecza Kierownika Projektu i Inżyniera Kontraktu stanowi faktycznie element oferty (wprowadzona została pozycja kosztorysu ofertowego), a zatem oświadczenia producenta czy też certyfikaty nie mogą być uzupełniane.

W związku z powyższym, wezwanie wykonawców do przedłożenia brakujących dokumentów było niedopuszczalne i oznaczało zmianę treści oferty, lub ewentualnie jej złożenie po terminie. Zatem, obie oferty powinny podlegać odrzuceniu, jako niespełniające wymagań siwz.

Ponadto, w ocenie odwołującego niedopuszczalne w postępowaniu przetargowym było złożenie przez konsorcjum ERBUD, bez zgody zamawiającego dokumentów obcojęzycznych. W wyniku wezwania zamawiającego, wykonawca złożył oświadczenie producenta HP, datowane na dzień 5 maja 2009 r., usiłując uzupełnić treść oferty poprzez złożenie brakującego oświadczenia woli, co jest niedopuszczalne.

W rozstrzygnięciu protestu, zamawiający wskazał, iż żądane przez niego dokumenty: certyfikaty, oświadczenia producenta, wydruki ze strony Microsoft WHCL, Red Hat SUSE itp., dokumenty potwierdzające autoryzację producenta należy zaliczyć do grupy dokumentów i oświadczeń przedmiotowych, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2), które zamawiający był zobowiązany zażądać od wykonawców. W przypadku ich nie dołączenia, zamawiający był zobowiązany zastosować się do nakazu ustawowego wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy i wezwać wykonawców do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów. Wykonawcy nie uzupełniali treści oferty sensu stricte – załączniki potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie stanowią oferty.

Dokument złożony w języku obcym został uzupełniony w trybie art. 26 ustawy, a zatem nie może być mowy o naruszeniu przepisów ustawy.

Przystępując do postępowania odwoławczego konsorcjum Max Bögl wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymując stanowisko zamawiającego, iż certyfikaty nie stanowią informacji dotyczącej realizacji przedmiotu zamówienia (nie stanowią treści oferty), lecz są dokumentem wypełniającym dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 pzp, potwierdzającym spełnianie warunków określonych przez zamawiającego. Podlegały one zatem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. W tych okolicznościach nie może być mowy o niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Na podstawie oryginału dokumentacji oraz stanowisk stron oraz uczestnika postępowania skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Istota sporu sprowadza się do odmiennych stanowisk stron w zakresie oceny, czy dokumenty określone przez zamawiającego w załączniku nr 1 do ST D-M.00.00.00 (Zaplecze inżyniera Kontraktu i Kierownika Projektu), jakie wykonawcy mieli załączyć do ofert, podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący swoje stanowisko o braku możliwości ich uzupełnienia opiera na stwierdzeniu, iż oświadczenia i certyfikaty stanowiły element oferty określający sposób spełnienia świadczenia przez wybranego wykonawcę. Natomiast zdaniem zamawiającego, oświadczenia i dokumenty mieszczą się w katalogu dokumentów i oświadczeń z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, jakich mógł on żądać od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących sprzętu, jaki wykonawca ma dostarczyć w ramach umowy.

W pierwszej kolejności zachodzi zatem potrzeba ustalenia charakteru dokumentów i oświadczeń, jakich zamawiający żądał od wykonawców i dopiero później ocena prawidłowości wezwania wykonawców do ich uzupełnienia.

W załączniku nr 1 do ST D-M.00.00.00 zamawiający w pkt 2 określił wymagane minimalne parametry techniczne komputerów stacjonarnych i przenośnych, w jakie wykonawca zobowiązany będzie wyposażyć zaplecze Kierownika Projektu. W pkt 20 tabeli 1 (komputer stacjonarny) i pkt 21 tabeli 2 (komputer przenośny), zamawiający określił rodzaje certyfikatów, oświadczeń oraz wydruków ze strony internetowej, jakie wykonawcy mieli załączyć w celu potwierdzenia postawionych warunków dotyczących spełniania wymaganych parametrów. Natomiast w pozycjach 23 obu tabel, zamawiający ustalił zasady gwarancji i żądał ich potwierdzenia za pomocą oświadczeń podmiotu realizującego serwis (o pozostawieniu w okresie gwarancji u zamawiającego dysków w przypadku awarii), dokumentów potwierdzających autoryzację podmiotu wykonującego serwis oraz certyfikatów.

W ocenie składu orzekającego, zamawiający żądał wskazanych dokumentów oraz oświadczeń w celu potwierdzenia, spełnienia przez oferowany sprzęt wraz z usługą

serwisową oraz gwarancyjną, wymagań określonych w siwz. Nie można zatem, jak utrzymuje to odwołujący uznać, iż dokumenty te oraz oświadczenia nie podlegały uzupełnieniu w trybie art 26 ust. 3 ustawy, na tej podstawie, iż stanowiły one treść oferty. Przepis ten znajduje zastosowania w szczególności w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganych dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, a zatem również dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (pkt 2 powołanego przepisu). Taka sytuacja wystąpiła w przypadku obu kwestionowanych ofert, a tym samym zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawców do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów. Ich uzupełnienie nie stanowiło zmiany treści ofert. Skoro ustawodawca wprowadza instytucję uzupełniania dokumentów, w tym również tych, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia, to tym samym dopuszcza możliwość uzupełnienia w tym zakresie załączników do ofert. Obaj wykonawcy potwierdzili zakres świadczenia w formularzu ofertowym, a następnie w kosztorysach ofertowych, które nie były kwestionowane przez odwołującego pod kątem ich zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Okolicznością nie wpływającą na ocenę możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 jest w ocenie składu orzekającego również ich złożenie w obcym języku. W takiej sytuacji, zamawiający również był zobowiązany do wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia. Dokumenty złożone w języku obcym należało traktować na równi z dokumentami nie złożonymi. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp, uzupełniane dokumenty i oświadczenia mają potwierdzać spełnianie warunków nie później niż w dniu składania ofert, który upłynął w dniu 5 maja 2009 roku. Tym samym uzupełnione w ofercie konsorcjum ERBUD tłumaczenie producenta HP potwierdza spełnianie warunku na dzień składania ofert. Odwołujący nie kwestionował prawidłowości przedłożonego tłumaczenia.

Mając powyższe na uwadze, zarzuty podniesione w odwołaniu nie mogły się ostać.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Na podstawie § 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), kosztami zamawiającego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonego rachunku), Izba obciążyła odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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*