

Sygn. akt: KIO/UZP 676/08

WYROK
z dnia 16 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Grzegorz Mazurek**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16.07.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, Generała Zajączka11, lok. C7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Wychowania Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja Śniadeckiego, 80-336 Gdańska, ul. Kazimierza Górskiego 1** protestu z dnia 23.06.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Akademia Wychowania Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja Śniadeckiego, 80-336 Gdańska, ul. Kazimierza Górskiego 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł. 00gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, Generała Zajączka11, lok. C7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Akademia Wychowania Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja Śniadeckiego, 80-336 Gdańska, ul. Kazimierza Górskiego 1** na rzecz **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, Generała Zajączka11, lok. C7**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 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 **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, Generała Zajączka11, lok. C7**

Uzasadnienie

Zamawiający, Akademia Wychowania Fizycznego i Sportu im. Jędrzeja Śniadeckiego w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację stadionu lekkoatletycznego – etap 1”. W dniu 7 maja 2008r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 94836-2008. W tym samym dniu nastąpiła publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 18 czerwca 2008 r. (pismo z dnia 18 czerwca 2008 r.) Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”.

W dniu 23 czerwca 2008 r. Odwołujący POLCURT S.A. wniósł protest na tę czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bezpodstawne unieważnienie tego postępowania.

Odwołujący wniósł w proteście o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz o przesunięcie terminu składania i otwarcia ofert. Odwołujący podniósł, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp utracił możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana opisu przedmiotu zamówienia dokonana przez Zamawiającego w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2008 r. (KIO/UZP 514/08) polegająca na dopuszczeniu nawierzchni wykonywanej z wykorzystaniem granulatu SBR, nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania jako budząca wątpliwości i niejasna dla wykonawców. Wszelkie wątpliwości Zamawiający ma obowiązek wyjaśnić w trybie odpowiedzi na pytania wykonawców. Zmiana opisu przedmiotu zamówienia nie spowodowała zmiany przedmiotu zamówienia, którego elementem jest nawierzchnia syntetyczna spełniająca wymagania Zamawiającego i posiadająca odpowiednie certyfikaty, a także wykonana w określonej technologii (pełen poliuretan). Brak jest zatem podstaw do uznania, że postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 30 czerwca 2008 r. przekazany Odwołującemu faksem w tym samym dniu Zamawiający oddalił protest. W rozstrzygnięciu protestu wskazał, że modyfikacja siwz - zmiana opisu przedmiotu zamówienia została dokonana zgodnie z zaleceniem wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2008r. Opis przedmiotu zamówienia budzi jednak wątpliwości wykonawców, o czym świadczą zgłoszone pytania. Zdaniem Zamawiającego aktualny opis

przedmiotu zamówienia narusza przepis art. 29 ust. 1 i 2 Pzp jako dokonany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, a ponadto, faworyzuje Wykonawcę protestującego i może skutkować złożeniem ofert nieporównywalnych. Treść siwz nie zapewnia także otrzymania przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia zgodnego z jego oczekiwaniami. Z powyższych względów opis przedmiotu zamówienia wymaga dalszej modyfikacji, a przedmiotowe postępowanie podlega unieważnieniu jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 4 lipca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonania przedłużenia (wyznaczenia nowego) terminu składania ofert. Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp do korzystania ze środków ochrony prawnej. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trakcie postępowania mogłoby bowiem spowodować uszczerbek w interesie prawnym Odwołującego, poprzez bezprawne uniemożliwienie ubiegania się Odwołującego wykonawcy o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez unieważnienie przedmiotowego postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 10 czerwca 2008 r. Zamawiający dokonał modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2008 r. (KIO/UZP 514/08) nakazującym powtórzenie czynności opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał zmiany w treści ogłoszenia (pkt 3) i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (załącznik nr 1 do siwz „Opis przedmiotu zamówienia” – „specyfikacja techniczna” „B-07 nawierzchnia syntetyczna poliuretanowa” pkt 2 „charakterystyka

nawierzchni”) zastępując zapis „wykonywana bezpośrednio na placu budowy, z wykorzystaniem wypełniacza EPDM połączonego lepiszczem poliuretanowym” zapisem „wykonywana bezpośrednio na placu budowy, z wykorzystaniem granulatu połączonego lepiszczem poliuretanowym”. Poprzez dokonaną zmianę treści opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuścił możliwość zastosowania każdego wypełniacza (m.in. EPDM, SBR) w trakcie wykonywania nawierzchni syntetycznej w technologii pełnego poliuretanu. W wyniku modyfikacji siwz Zamawiający przedłużył termin składania ofert do dnia 24 czerwca 2008r.

W dniu 10 czerwca 2008 r. jeden z wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia przesłał Zamawiającemu pismo, w którym zwrócił się o wyjaśnienie treści siwz w zakresie wprowadzonej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, stwierdzając, że zmieniony opis przedmiotu zamówienia powoduje, że Zamawiający uzyska nawierzchnie różnych klas i o różnej jakości oraz że złożone oferty mogą być nieporównywalne. Kolejne zapytanie dotyczące treści siwz po zmianie opisu przedmiotu zamówienia wpłynęło do Zamawiającego w dniu 13 czerwca 2008 r. Wykonawca powziął wątpliwość czy Zamawiający wymaga ułożenia tylko warstwy wylewnej bezpośrednio na budowie z wykorzystaniem jednorodnego granulatu połączonego lepiszczem poliuretanowym – zgodnie z normą EN14877. Według wykonawcy „nawierzchnia, w której występują różne typy granulatu jest innym (tańszym) i nieporównywalnym typem nawierzchni”.

W dniu 18 czerwca 2008 r. Zamawiający w odpowiedzi na powyższe wątpliwości wykonawców stwierdził, że „Modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia wynika z wyroku KIO z dnia 09. 06.2008 r. Dopuszczenie nawierzchni z granulem SBR uniemożliwia udzielenie wyjaśnień na zadane zapytania.” (Odpowiedź 1 i 2 Ad 1). Jednocześnie dokonał unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp uznając, że „Obecny opis przedmiotu zamówienia nie jest jednak dla wszystkich Wykonawców jednoznaczny i wyczerpujący oraz nie uwzględnia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie, a tym samym na zawarcie ważnej umowy.”

W tym stanie faktycznym Izba uznała, że przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Dokonana przez Zamawiającego modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia nie skutkuje w tak istotny sposób na umowę, aby spowodować jej nieważność, a zatem prawną bezskuteczność. Przykładowy katalog przesłanek nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego zawiera przepis art. 146 ust. 1 Pzp. Izba nie stwierdziła, aby w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły okoliczności, polegające na naruszeniu przepisów ustawy Pzp, które mogłyby skutkować dokonaniem wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy lub też mogłyby mieć wpływ na wynik tego postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp). Nie stwierdzono także, iż zachodzą okoliczności, które uniemożliwiają złożenie oferty albo powodują, że złożone przez

wykonawców oferty mogłyby być nieporównywalne. Zamawiający wskazał na rozprawie, że istotną kwestią, która zaważyła na decyzji o unieważnieniu postępowania jest nieporównywalność składu chemicznego obu wypełniaczy oraz nieporównywalność ceny wypełniacza SBR w stosunku do EPDM, gdyż jest on kilkakrotnie tańszy (ok. 3-5 razy). Stwierdził jednocześnie, że opis przedmiotu zamówienia nie zawiera braków, które miałyby wpływ na obliczenie przez potencjalnych wykonawców ceny oferty.

Izba uznała za istotną okoliczność w sprawie, iż nieprecyzyjne i niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia nie stanowi wady nieusuwalnej postępowania na etapie przed upływem terminu składania ofert. W toku postępowania zamawiającemu przysługują bowiem instrumenty przewidziane w Prawie zamówień publicznych, umożliwiające i wyjaśnienia i dokonywanie zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie np. minimalnych wymaganych parametrów technicznych, sposobu realizacji zamówienia itp. W przypadku wątpliwości wykonawców w zakresie treści siwz zgodnie z art. 38 ust. 1, 2, 3 Pzp zamawiający udziela wyjaśnień. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pod warunkiem, że nie dotyczy ona kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia (art. 38 ust. 4, 5 Pzp). Posiada także możliwość przedłużenia terminu składania ofert w celu zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, koniecznych ze względu na dokonaną modyfikację.

Zamawiający udzielając w dniu 18 czerwca 2008 r. odpowiedzi na pytania wykonawców w zakresie dokonanej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia nie udzielił wyjaśnień w zakresie zgłoszonych przez wykonawców wątpliwości, uznając, że dopuszczenie granulatu SBR zgodnie z wyrokiem KIO/UZP 514/08 uniemożliwia udzielenie takich wyjaśnień. W trakcie rozprawy Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego udzielenie wyjaśnień na zapytania wykonawców nie było możliwe.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego w tym względzie. Zamawiający dokonując modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia posiada możliwość dokonania zmian w zakresie wszelkich zapisów i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, zgodnie z własnymi uzasadnionymi potrzebami. Zatem, może decydować o zakresie wprowadzanych zmian, tak aby zapewnić uzyskanie, w wyniku zamówienia, przedmiotu zamówienia odpowiadającego jego oczekiwaniom, z uwzględnieniem i zachowaniem zasad określonych w ustawie Pzp, w szczególności w art. 29 i 30 Pzp. Biorąc pod uwagę zakres dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dołożył wszelkich możliwych starań w celu zmiany opisu przedmiotu zamówienia i wyjaśnienia treści siwz, tak aby zrealizować zamówienie spełniające obiektywne potrzeby Zamawiającego. Niejasności czy

niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za błąd możliwy do skorygowania przez Zamawiającego, nie stanowiący podstawy do unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego Izba uznała, iż przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania podjęta w dniu 18 czerwca 2008 r. nie była oparta na przesłankach wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Izba zważyła, że Odwołujący nie wskazał w proteście i odwołaniu argumentacji na poparcie zarzutu. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jakikolwiek sposób preferuje niektórych lub też jednego wykonawcę.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na upływ w dniu 24 czerwca 2008 r. terminu składania ofert Izba uznała za niemożliwe dalsze prowadzenie przedmiotowego postępowania, a zatem nie nakazała Zamawiającemu wykonania lub powtórzenia czynności, które prowadziłyby do kontynuacji postępowania o przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego nie jest możliwe unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania, o co wnosił Odwołujący w odwołaniu mimo, iż zarzuty Odwołującego są zasadne.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz przepisu § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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) stosownie do wyniku postępowania.

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 Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*