

Sygn. akt: KIO/UZP 594 /08

WYROK
z dnia 30 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Członkowie: Barbara Betman
Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 czerwca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **UNIPOL Sp. z o.o. ul. Duńska 73, 71-795 Szczecin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd m.st. Warszawy Dzielnica Praga Południe ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa** protestu z dnia **21 maja 2008 r.**

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **UNIPOL Sp. z o.o. ul. Duńska 73, 71-795 Szczecin**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **UNIPOL Sp. z o.o. ul. Duńska 73, 71-795 Szczecin**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **UNIPOL Sp. z o.o. ul. Duńska 73, 71-795 Szczecin**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Dzielnica Praga Południe, Warszawa, ul. Grochowska 274 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę boisk na terenie XXIII LO przy ul. Naddnieprzańskiej 2/4 w Warszawie. Ogłoszenie zostało zamieszczone w BZP 29.01.2008 r. – BZP Nr 19929-2008. Zamawiający ustanowił pierwotny termin składania ofert na dzień 20.02.2008 r.

Wykonawcy złożyli wiele wniosków o wyjaśnienia specyfikacji (art. 38 Pzp) i Zamawiający udzielił tych wyjaśnień. Ostatnie wyjaśnienia zostały wystosowane 25.02.2008 r. Zamawiający ustanowił ostateczny termin składania ofert na dzień 29.02.2008 r.

W terminie składania ofert wpłynęły 4 oferty. Zamawiający ogłosił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 2 000 000 zł.

Zamawiający nie wykluczył żadnego wykonawcy.

13.03.2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

20.03.2008 r. Wykonawca Unipol złożył protest na zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy ZAWAR i Wykonawcy POLCOURT. Zamawiający uwzględnił protest i wystosował 01.04.2008 r. żądanie uzupełnienia dokumentów do 07.04.2008 r. przez Wykonawców Polcourt i Zawar. Dokumentami tymi miały być raporty z badań wykonane przez jednostkę upoważnioną o zgodności zaproponowanej nawierzchni poliuretanowej POLYTAN WS z normą PN-EN 14877.

Wezwani Wykonawcy stwierdzili, że żądanie uzupełnienia dokumentów nie ma podstawy prawnej, gdyż Zamawiający nie jest uprawniony do żądania innych dokumentów niż wymienione w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Ponadto zgodnie z postanowieniami ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie żądał takich dokumentów.

11.04.2008 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru ofert, ponownie wybierając ofertę Zawar.

18.04.2008 r. Protestujący Unipol złożył protest na ponowny wybór oferty Zawar i zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców Zawar i Polcourt.

28.04.2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest i uwzględnił go.

19.05.2008 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż w wyniku kolejnego badania ofert, Zamawiający uznał, że wszystkie oferty podlegają odrzuceniu. Żaden z wykonawców nie złożył potwierdzenia zgodności oferowanej nawierzchni z normą PN-EN 14877 w zakresie odporności na ścieranie i wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

21.05.2008 r. Wykonawca Unipol złożył protest na odrzucenie jego oferty i unieważnienie postępowania oraz na zaniechanie dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

26.05.2008 r. Wykonawca Polcourt złożył protest na odrzucenie jego oferty i unieważnienie postępowania. W tym samym dniu Wykonawca Tamex złożył protest na odrzucenie jego oferty i unieważnienie postępowania.

Protestujący zarzucają, że w specyfikacji Zamawiający nie nazwał cech technicznych i jakościowych jakie zamierza badać na podstawie normy PN-EN 14877, a wykonawcy dołączyli certyfikaty, jednak nie w pełni odpowiadające normie. Protestujący zarzucają, że Zamawiający miał wystarczającą ilość informacji do dokonania prawidłowej oceny treści oferty i stwierdzenia, że odpowiadają one wymaganiom specyfikacji. Ponadto Zamawiający powinien sobie zdawać sprawę, że pewien zakres standardu nawierzchni syntetycznej nie jest tą normą jednoznacznie uregulowany w chwili ogłoszenia przetargu.

Skoro nie można wykazać się zgodnością z normą PN-EN 14877 w zakresie odporności na ścieranie to nie można uznać, że wykonawcy złożyli oferty niezgodne z treścią specyfikacji. W związku z tym nie było podstaw do odrzucenia ofert, a w konsekwencji do unieważnienia postępowania.

05.06.2008 r. Zamawiający postanowił oddalić protest Unipol (i pozostałe) przez zaniechanie dokonania rozstrzygnięcia w ustawowym terminie – art. 183 ust. 3 Pzp.

05.06.2008 r. Protestujący Unipol złożył odwołanie do Prezesa UZP, a 5.06.2008 r. złożył kopię do Zamawiającego faksem, przy czym kartki odwołania nie były ułożone we właściwej kolejności, a pisemnie kopia dotarła do Zamawiającego 06.06.2008 r.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego w dniu 21 maja 2008 r. na czynności oraz zaniechanie czynności przez Zamawiającego polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 2) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

3) unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu obrazę art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1. pkt 1 Pzp i wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Będzie się to wiązać w konsekwencji z unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania i dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku potwierdzenia się naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego oferta Odwołującego będzie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, ofert oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników stron. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający wskazał na str. 71 pkt 5.2.6 tiret pierwsze *Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Branża budowlana, tereny zielone* „Wymagane dokumenty dotyczące nawierzchni – potwierdzenie zgodności nawierzchni z normą PN-EN 14788 przez dostarczenie raportu z badań przez jednostkę uprawnioną”, że na potwierdzenie spełnienia wszystkich parametrów przez oferowaną wykładzinę, wykonawca ma obowiązek załączyć do oferty raport z badań. Załączony do oferty raport z badań musi potwierdzać wszystkie parametry objęte normą, a zatem również parametr dotyczący ścieralności, który w tej normie został określony na poziomie 4g/1000 cykli i nie może być potwierdzony w inny sposób niż określony w przywołanej normie to jest np. za pomocą innych jednostek miar, jak to wskazuje Odwołujący.

Jak wynika z orzecznictwa (KIO/UZP 160-/08) w Polsce nie ma uprawnionych (certyfikowanych) jednostek badawczych w zakresie normy PN-EN 14877.

Żaden ze składających oferty wykonawców, oprócz Odwołującego, nie złożył takiego raportu z badań. Dlatego bezspornym jest, że Zamawiający musiał odrzucić pozostałe oferty. Jedynie Odwołujący złożył raport z badań wykonany przez jednostkę uprawnioną – MPA Stuttgart str. 100 i n. oferty. Jednak w raporcie tym uprawniony podmiot stwierdził, że nie przeprowadził badań w zakresie ścieralności, gdyż w tym zakresie norma jakościowa PN-EN 14877 i związana z nią norma techniczna EN ISO 5470-1 jest niedoprecyzowana. Ponadto wystawiający raport MPA Stuttgart stwierdza, że „Co do procedury badań *odporność na*

ścieranie jest potrzeba wyjaśnienia, ponieważ ważne informacje dotyczące kół, ciężaru kół oraz ilości cykli zostały nie ujęte w EN 14877” – str. 101 oferty. Również, jak wynika z załączonego do odwołania pisma firmy BASF cyt. „Ten błąd został zauważony podczas dopasowywania normy EN 14877 do standardów DIN i zostało wystosowane oficjalne pismo do Europejskiego Komitetu ds. Normalizacji w Brukseli (CEN) o sprostowanie tej nieścisłości oraz wniesienie poprawek.”.

Fakt powołania się przez Zamawiającego w specyfikacji na nieprecyzyjną normę nie ma wpływu na konieczność spełnienia wszystkich wymogów przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają charakter wiążący zatem wszyscy biorący udział w postępowaniu wykonawcy muszą złożyć wymagane raporty z badań, w których potwierdzono wszystkie parametry objęte normą PN-EN 14877.

Stawianie innych wymogów niż w specyfikacji w trakcie badania i oceny ofert byłoby naruszeniem podstawowej zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Wykonawcy po przeczytaniu w specyfikacji wymogu, którego nie są w stanie spełnić odstępują od złożenia oferty, a wykonawca, który mimo to zdecydowałby się na złożenie oferty byłby w sposób nierówny traktowany i mógłby zostać wybrany ze względu na zmianę niektórych wymagań zamawiającego. Takie postępowanie zamawiającego, który postawi – nawet nierealne – wymaganie, kłóciłoby się w sposób oczywisty z przytoczoną zasadą równego traktowania wykonawców. Ponadto byłoby to działaniem bez podstawy prawnej, gdyż jedynie zamawiający może zmodyfikować treść specyfikacji przed terminem składania ofert, zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji wykonawcy korzystali z przysługującego im na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp uprawnienia do żądania wyjaśnień i zamawiający udzielał tych wyjaśnień, a nawet zmodyfikował treść specyfikacji i przedłużył termin składania ofert. W zakresie potwierdzenia wymogu odpowiedniej ścieralności żaden z wykonawców nie zwrócił się o wyjaśnienia. Zatem należy uznać, że wszyscy wykonawcy przyjęli postanowienia specyfikacji bez zastrzeżeń i przystępując do składania ofert powinni się do tych wymagań stosować, a Zamawiający oceniając oferty również musi stosować się do postanowień specyfikacji.

Dlatego Zamawiający musi wykonać dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucić każdą ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji. W związku z tym, że Zamawiający jest obowiązany odrzucić wszystkie oferty musi również unieważnić postępowanie zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż w rzeczywistości w rozpatrywanym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Ze względu na powyższe argumenty Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołujący nie znalazł potwierdzenia i podlega oddaleniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważa, że Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia oferty przez Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, przez dołączenie brakujących raportów z badań w pełnym zakresie wymaganym w przytoczonej normie. Jednak jak wynika z korespondencji z Odwołującym oraz stanowisk pełnomocników – Odwołujący nie jest w stanie złożyć dokumentów, których powinien wymagać Zamawiający w żądaniu uzupełnienia dokumentów, dlatego takie działanie jest bezprzedmiotowe.

Wobec konieczności odrzucenia oferty Odwołującego i ofert wszystkich pozostałych wykonawców występuje konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp i dlatego zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania nie może zostać podzielony przez Krajową Izbę Odwoławczą i podlega oddaleniu.

Ponadto Zamawiający zapewnia, że dołoży należytej staranności w przygotowanie następnego postępowania, aby nie mogła wystąpić taka sytuacja, że stawia niedoprecyzowane wymaganie, którego przez to nie można spełnić.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~ - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*