

Sygn. akt: KIO/UZP 415/09

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Rakowska
Członkowie:	Andrzej Niwicki Stanisław Sadowy
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11, lok. C7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Baranowo, 06-320 Baranowo, Plac Trzydziestolecia 7** protestu z dnia 18 marca 2009 r. (wniesionego przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie)

przy udziale **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11, lok. C7** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11, lok. C7,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11, lok. C7.**

U z a s a d n i e n i e

Gmina Baranowo, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zapewnienie właściwego rozwoju fizycznego dzieci i młodzieży poprzez budowę zespołu boisk i urządzeń sportowych przy Zespołach Szkół w Baranowie: etap II – Zadanie 1: Budowa pełnowymiarowego boiska piłkarskiego”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 stycznia 2009 r., nr 1, poz. 27815.

W dniu 19 marca 2009 r. Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Tamex” wniósł protest m.in. na czynność Zamawiającego polegającą na nieodrzuconiu oferty POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym” ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ. Jednocześnie Tamex wniósł o:

1. odrzucenie oferty Odwołującego,
2. zajęcie wadium wniesionego przez Odwołującego ze względu na niedostosowanie się do wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Tamex wskazał, iż w ofercie Odwołującego brak jest certyfikatu FIFA, mimo że dokument ten był wymagany i do jego uzupełnienia Odwołujący został wezwany. Przedłożone przez Odwołującego oświadczenie producenta oferowanej nawierzchni POLYTAN nie zastępuje wymaganego certyfikatu FIFA, jak również nie było wymienione w katalogu żądanych dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków technicznych przez oferowaną nawierzchnię.

Tym samym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nadto wskazał, iż na skutek nieuzupełnienia przez Odwołującego żądanych dokumentów złożone przez niego wadium winno być zatrzymane przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 19 marca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie).

Pismem z dnia 23 marca 2009 r. Odwołujący przystąpił do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 26 marca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w dniu 27 marca 2009 r.) Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego:

- 1) uwzględnienie w części dotyczącej naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 4, art. 36 ust. 1, pkt 6 i art. 89 ust. 1, pkt 2 ustawy Pzp
- 2) oddalenie w zakresie dotyczącym naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in., iż postanowił wykluczyć Odwołującego z przedmiotowego postępowania na skutek nie złożenia w terminie wskazanym w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu - certyfikatu FIFA 2 Star, a w konsekwencji uznać jego ofertę za odrzuconą.

Pismem z dnia 31 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 1 kwietnia 2009 r.; przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 31 marca 2009 r.)

Odwołujący podtrzymał stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i przyjęcie, że oferta Odwołującego jako ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego należy uznać za odrzuconą oraz orzeczenie w tym zakresie ponad żądanie protestu,
2. art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niesłuszne uznanie, że doszło do naruszenia tego przepisu w postępowaniu,
3. art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na zatrzymaniu wadium wniesionego przez Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i badania ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż zaferowana przez niego trawa syntetyczna spełnia wymogi FIFA 2 Stars. Wynika to z badań sporządzonych przez niezależny Instytut LABOSPORT, które potwierdzają, że parametry oferowanej nawierzchni mieszczą się w wymogach stawianych przez FIFA (2 Star).

Nadto podniósł, iż Zamawiający uznał w całości protest Odwołującego z dnia 30 stycznia 2009 r., w którym Odwołujący domagał się, aby parametry oferowanej nawierzchni mogły zostać potwierdzone także wynikami badań laboratoryjnych.

Dodatkowo wskazał, iż Zamawiający rozstrzygnął protest ponad żądanie protestu Tamex, wykluczając Odwołującego z niniejszego postępowania.

W dniu 9 kwietnia 2009 r. (pismem z dnia 8 kwietnia 2009 r.) wykonawca Tamex przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, podnosząc iż Odwołujący nie załączył do oferty wymaganego przez Zamawiającego certyfikatu FIFA, a przedłożył jedynie – na wezwanie Zamawiającego - wyniki badań laboratoryjnych wykonanych przez LABOSPORT, co powoduje skutek wyrażony w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 5 lutego 2009 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, polegającej na skreśleniu, na drugiej stronie SIWZ w poz. 1 tabeli, wyrazów „DOMO Excellence 60” i określeniu minimalnych parametrów trawy syntetycznej, wskazując jednocześnie, iż „dla poświadczenia parametrów użytkowych nawierzchnia powinna spełniać wymogi stawiane przez FIFA 2 Star (certyfikat dołączyć do oferty)”. Wymóg załączenia certyfikatu FIFA 2 Star, potwierdzając także w modyfikacji z dnia 17 lutego 2009 r.

Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2009 r. wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych w postępowaniu, w tym certyfikatu FIFA 2 Star.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył dokumenty dotyczące sztucznej trawy, tj. atest PZH, kartę techniczną + tłumaczenie, sprawozdanie Labosport + tłumaczenie oraz oświadczenie producenta nawierzchni + tłumaczenie.

W dniu 26 marca 2009 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ze względu na niezłożenie wymaganego certyfikatu wykluczył Odwołującego z postępowania, jednocześnie uznając jego ofertę za odrzuconą oraz zatrzymując wadium (zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że bezspornym jest, iż Zamawiający dla potwierdzenia spełnienia wymogów – parametrów oferowanej nawierzchni żądał przedłożenia przez wykonawców certyfikatu FIFA 2 Stars.

Bezspornym jest także, iż Odwołujący do złożonej oferty nie załączył żądanego certyfikatu, jak również, iż nie uczynił tego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Jak Odwołujący bowiem wielokrotnie podkreślał zaoferowana przez niego trawa spełnia wymogi FIFA 2 Stars, potwierdzeniem czego są wyniki badań niezależnego instytutu LABOSPORT, a nie certyfikat, ponieważ certyfikaty FIFA na nawierzchnię nie istnieją. Tak więc dokumentu tego Odwołujący nie złożył, a absurdalnym jest – jego zdaniem - stawianie takiego żądania.

Niemniej jednak – jak Izba stwierdziła - żądanie przedłożenia certyfikatu FIFA 2 Star zostało przez Zamawiającego postawione i wykonawcy zainteresowani udziałem w przedmiotowym postępowaniu winni ów dokument dołączyć do składanej oferty. Istotnie wymóg przedłożenia przedmiotowego certyfikatu był kwestionowany przez Odwołującego, skoro jednak w tym zakresie protest Odwołującego został oddalony, a Zamawiający utrzymał ów wymóg, żądany dokument należało bezwzględnie przedłożyć, jednocześnie nie dopuszczając dokumentów równoważnych.

Tak więc, Odwołujący co najmniej w momencie składania protestu, miał już świadomość, iż żądanie przez Zamawiającego certyfikatu FIFA 2 Stars, może spowodować niemożność spełnienia przez niego tak postawionego wymogu, a w konsekwencji skutek w postaci wykluczenia go z postępowania. Oddalenie w tym zakresie protestu winno go w tym także upewnić.

Mimo to przedłożył „Tymczasowe Sprawozdanie Techniczne”, a więc dokument wystawiony przez LABOSPORT, a nie wymagany certyfikat.

W ocenie Izby rozważanie, na tym etapie postępowania, czy certyfikat FIFA 2 Star nie jest żądaniem zbyt wygórowanym przez Zamawiającego, jak również ocena, czy opinia niezależnego instytutu jest dokumentem równoważnym dla certyfikatu i jako taki dokument może być złożony, czy też wystarczającym dla potwierdzenia spełnienia tego wymogu, w świetle jednoznacznego zapisu SIWZ, jest spóźniony.

Zamawiający prawidłowo więc uczynił wykluczając Odwołującego z niniejszego postępowania, gdyż Odwołujący, nie uzupełnił żadanego dokumentu, mimo wezwania do jego złożenia, nie spełniając tym samym wymogu zawartego w SIWZ. Dlatego też należało go wykluczyć z postępowania z wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu wykonawcy Tamex poza zakresem protestu nie może być przez Izbę rozpatrzony, gdyż Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były poprzedzone protestem.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentów przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego i Przystępującego, uznając je za dokumenty prywatne, nie odnoszące się do istoty sporu, a więc ustalenia, czy Odwołujący przedłożył dokumenty żądane przez Zamawiającego w SIWZ, czy też nie.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*