

Sygn. akt: KIO/UZP 605/10

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Anna Packo

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BEST SPORT PRO Sp. z o.o. 34-300 Żywiec, ul. Grunwaldzka 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Bielsko – Biała – Urząd Miejski w Bielsku-Białej, 43-300 Bielsko – Biała, Plac Ratuszowy 1** protestu z dnia 17 marca 2010 r.

przy udziale **DOUBLET-POLFLAG sp. z o.o., 43-300 Bielsko – Biała, ul. Piekarska 86** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BEST SPORT PRO Sp. z o.o. 34-300 Żywiec, ul. Grunwaldzka 5**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **6701** (słownie sześć tysięcy siedemset jeden złotych zero groszy) przez **Gmina Bielsko – Biała – Urząd Miejski w Bielsku-Białej, 43-300 Bielsko – Biała, Plac Ratuszowy 1** na rzecz **BEST SPORT PRO Sp. z o.o. 34-300 Żywiec, ul. Grunwaldzka 5** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BEST SPORT PRO Sp. z o.o. 34-300 Żywiec, ul. Grunwaldzka 5**

U z a s a d n i e

Odwołujący – BEST SPORT sp. z o.o. w Żywcu, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę wraz z montażem trybun składanych dla hali wielofunkcyjnej – sportowo, widowiskowo, wystawienniczej w Bielsku Białej przy Al. Armii Krajowej” zarzucił Zamawiającemu, którym jest Gmina Bielsko-Biała naruszenie

- art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez dokonanie czynności wykluczenia go z postępowania z uwagi na nie spełnienie warunków udziału określonych w cz. V.2 w zw. z cz. VI pkt II.3 i 4 polegające na zaproponowanie dostawy nie odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i przedstawienie wadliwych referencji,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez przyjęcie, że wyjaśnienia Odwołującego z 25.02.2010 wprowadziły zmiany do treści oferty, a w konsekwencji odrzucenie oferty,

- art. 7, 22, 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 poprzez dokonanie wyboru oferty firmy „Doublet-Polflag” sp. z o.o. w Bielsku Białej.

Wniósł o uchylenie powyższych czynności i dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dopuszczenie oferty Odwołującego do postępowania i odrzucenie/wykluczenie firmy „Doublet-Polflag”.

Uzasadniając zarzuty wskazał, że zgodnie z warunkami siwz w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca zobowiązany był przedstawić dokumenty potwierdzające, że wykonał jedną dostawę odpowiadającą rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia obejmującą 2 000 krzesel.

Odwołujący wskazał, że w ofercie przedstawił wykaz wykonanych dostaw wraz z referencjami wymieniając m.in. dostawę trybun składanych o ilości krzesel ponad 2000 dla

Urzędu Miasta Łodzi wraz z referencjami. Ta dostawa odpowiadała rodzajem przedmiotowi zamówienia i świadczyła o spełnieniu warunku określonego w cz. V.2 i cz. VI.3 i 4 siwz.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu oparł argumentację na wymogach dotyczących przedmiotu zamówienia, który ma być zrealizowany, a nie treści siwz określającej warunek udziału. Odwołujący wskazał na brak podstaw do formułowania na etapie rozstrzygnięcia protestu wymogów w zakresie stałego zamontowania krzeseł, posiadania napędu elektrycznego, sterowania trybun wielokanałowym modułem sterowniczym itd.

Odwołujący kwestionuje również twierdzenie Zamawiającego, iż w odpowiedzi na pytanie, przedstawił inną niż w ofercie podłogę. Stwierdził, że pismo nazwane „Uzupełnieniem oferty” nie jest zmianą ani uzupełnieniem złożonej oferty. W piśmie tym doprecyzował dane techniczne podłogi, zgodnie z zakresem pytań, opisał konstrukcję podłogi i dołączył atesty i certyfikaty, nie zmieniając treści pierwotnie złożonej oferty.

Kwestionując wybór oferty najkorzystniejszej Odwołujący stwierdził, że czynności tę wykonano z naruszeniem ustawy oraz siwz.

Wskazał, że złożony z ofertą dokument (str. 63-64 tłumaczenie)z opinią o zgodności z normą nie odpowiada dokumentom żądanym przez Zamawiającego w pkt 7.11 siwz, gdyż dotyczy tylko jednej normy i stanowi tylko opinię wstępną, przez co nie może być uznany za równoważny z atestami, certyfikatami lub rekomendacjami technicznymi i nie spełnia wymogów cz. VI.3 siwz. Odwołujący poddaje również w wątpliwość poprawność oświadczenia wybranego wykonawcy na str. 36 dot. posiadania wiedzy i doświadczenia wobec faktu, że doświadczenie takie posiada inny podmiot tj. Doublet SAS. Za niewystarczający uznaje także zakres upoważnienia wybranego wykonawcy, który jest przedstawicielem firmy Doublet SAS w zakresie sprzedaży, dostawy, montażu i serwisu trybun teleskopowych, a zakres upoważnienia nie obejmuje produkcji trybun ani cesji na oferenta certyfikatów. Z treści dokumentów Odwołujący wnioskuje, że faktycznym producentem trybun będzie wybrany wykonawca, który nie posiada stosownych certyfikatów. Odwołujący wskazał także, że wybrany wykonawca nie załączył do oferty wymaganych firmowych materiałów i informacji z parametrami technicznymi.

Poddał również w wątpliwość podanie w wybranej ofercie ceny brutto, bez podatku VAT przy wymogu siwz, aby określono także VAT. Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie jest prowadzone na zasadach określonych w ustawie w dacie sprzed 22 grudnia 2009 r. z uwagi na wcześniejszą datę jego wszczęcia tj. 18 grudnia 2009 r., kiedy ogłoszenie zamieszczono na stronie internetowej Zamawiającego i przekazano do publikacji w Dz. Urz. UE. Z tego względu ma zastosowanie przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 w brzmieniu sprzed 23.12.2009 r. Oznacza to, że nie obowiązywał jeszcze przepis art. 26 ust. 2 b ustawy dopuszczający możliwość polegania na doświadczeniu innych podmiotów. Z tego względu

Odwołujący stwierdza, że nie można było brać pod uwagę referencji przedłożonych przez firmę Doublet SAS. W konsekwencji wykonawca podlega wykluczeniu.

Jednocześnie Odwołujący podtrzymał zarzuty protestu kwestionując u wybranego wykonawcy dokument zawierający ocenę wstępną, wadliwość oświadczenia z art. 22 ust. 1 w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, parametrów przewidywanych do zastosowania polskich materiałów, referencji, podania ceny bez podatku VAT.

Odwołujący wskazał na swój interes prawny w składaniu odwołania podnosząc, że jego oferta zawiera drugą w kolejności cenę.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Wskazał, że dostarczone dokumenty nie potwierdzają posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zgodnie z warunkiem określonym w cz. V pkt 2 siwz, gdyż wykazane dostawy nie odpowiadają swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia określony w siwz, m.in. w cz. III pkt 5., gdzie wskazano, że „trybuny muszą być wyposażone w krzesła zamontowane na stałe” oraz w odpowiedziach na pytania z 21.01.2010 r. i z 22.01.2010 r. Stwierdził też, że dostarczone referencje nie dotyczą wykazanych dostaw (rozbieżność ilości krzeseł) i nie dotyczą dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Dokument mimo wezwania nie został uzupełniony. Ponadto Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 uznając, że wykonawca składając uzupełnienie oferty we wskazanym przez Zamawiającego zakresie, przedstawił inną podłogę niż w ofercie, co oznacza zmianę treści oferty w zakresie parametrów technicznych zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione. Odnosząc się do dostawy, którą Wykonawca wskazał jako potwierdzającą posiadanie wymaganego doświadczenia, tj. wymienionej w wykazie jako dostawa dla Hali widowiskowo-sportowej w Łodzi Zamawiający stwierdził, że w tej dostawie krzesła nie były częścią trybuny (nie były w niej zamontowane), w związku z czym nie spełnia ona wymogu cz. V pkt 2 siwz, wg którego krzesła mają być połączone z trybuną. Tutaj są one przechowywane poza trybuną, a tylko dostawiane i montowane/demontowane na trybunie wg potrzeb użytkownika. Uznał, że oczekiwaną funkcją trybuny dotyczy zarówno samej trybuny, jako układu konstrukcji, jak i krzeseł, które tylko łącznie z nią mogą stanowić dostawę odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia. Wskazał, na cz. III pkt 3 i 5 siwz, gdzie podano, że w skład trybun wchodzi konstrukcja trybun, krzesła..., i określił m.in. że „Trybuny muszą być wyposażone w krzesła zamontowane na stałe”, „Trwałe i wielopunktowe zamontowanie krzeseł do konstrukcji trybun...” Wskazał także na inne parametry, których wskazana trybuna nie posiada np. że elektryczne a nie ręczne składanie trybuny i brak sterowania trybun za pomocą wielokanałowego modułu sterowniczego...

Zamawiający zakwestionował również pozostałe dostawy z wykazu.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Zamawiający stwierdził, że wymagał dołączenia do oferty specyfikacji technicznej oferowanej podłogi z podaniem m.in. opisu antypoślizgowości. Mimo braku specyfikacji załączono dokumenty dotyczące oferowanej podłogi, jak dla jednego elementu stanowiącego określony materiał, tj. „Raport klasyfikacyjny dotyczący reakcji na ogień, rozprzestrzeniania ognia, stopnia palności dla płyty antypoślizgowej”. Z tego Zamawiający wnioskuje, że oferowana podłoga składa się jednego elementu tj. płyty antypoślizgowej. Na wezwanie Zamawiającego wykonawca przedstawił w uzupełnieniu oferty specyfikację innej podłogi niż w ofercie, a mianowicie: ”podłoga wykonana jest z płyty OSB zabezpieczonej do stopnia niezapalności Lakierem Ogniochronnym do drewna UNIEPAL-DREW. Do tak zabezpieczonej płyty przyklejona jest wykładzina PCV Gamrat o gr. 2 mm...” Zamawiający stwierdził, że opis ten z trzema materiałami stanowi zaprzeczenie w stosunku do pierwotnego pojedynczego materiału stanowiącego podłogę. Odwołał się do treści raportu klasyfikacyjnego i stwierdził, że nastąpiła zmiana materiału podłogi. Uznał, że wykonawca nie mogąc spełnić wymogów siwz dla pierwotnej podłogi z oferty, przedstawił w uzupełnieniu zupełnie inną podłogę, co jest niedopuszczalną zmianą treści oferty skutkującą jej odrzuceniem.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych wobec oferty wybranej Zamawiający stwierdził, że wykonawca ten złożył wymaganą aprobatę jako atest SOCOTEC dopuszczony do złożenia postanowieniami siwz. Określenie w tym dokumencie „opinia wstępna” jest tylko nazwą przyjętą przez jednostkę certyfikującą przy pełnej procedurze akredytacyjnej. Ponadto Zamawiający stwierdza, że postępowanie zostało wszczęte 23.12.2009 r., co pozwala na zastosowanie przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy wskazujący na możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów, w tym wypadku firmy Doublet SA

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Odnosząc się do zarzutów wskazał, że przedmowa do normy EN 13200-5:2006 stwierdza, że składa się ona z sześciu części norm serii 13200, co oznacza, że potwierdzenie zgodności z normą potwierdza zgodność z pozostałymi normami tej serii. Zdaniem Przystępującego przedstawiony atest spełnia wymogi siwz w zakresie części VI A pkt 3. Stwierdził, że określenie „opinia wstępna” jest tylko nazwą przyjętą przez jednostkę certyfikującą, a sama procedura jest zgodna z procedurą akredytacyjną, tzn. przewiduje badanie i potwierdzanie zgodności trybun z wymogami norm na podstawie dostarczonych dokumentów technicznych (planów).

W ocenie przystępującego postępowanie zostało wszczęte w dniu 23.12.2009 r. i mają do niego zastosowanie przepisy ustawy po zmianie ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. Stąd powołał możliwość zastosowania art. 26 ust. 2 b Pzp o możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów.

Stwierdził, że producentem trybun będzie Doublet SA, w związku z czym trybuny będą korzystały z certyfikatów posiadanych przez tę spółkę. Stwierdził też, że do oferty załączył

firmowe materiały i informacje z parametrami technicznymi, a brakujące dokumenty zostały skompletowane w dokumentacji uzupełniającej. Zauważył również, że nie wpisał w ofercie stawki VAT 22% w formularzu oferty, jednakże oferta zawiera cenę ryczałtową brutto dostawy, więc nie wpisanie powyższych informacji nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych przez Odwołującego i Przystępującego, a także biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie oraz na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Oceniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na nie spełnienie warunków udziału określonych w cz. V.2 w zw. z cz. VI pkt II.3 i 4 siwz przez zaproponowanie dostawy nie odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i przedstawienie wadliwych referencji, Izba uznaje zarzut za uzasadniony. Jak wynika z treści siwz wymagano w cz. V pkt 2 posiadania wiedzy i doświadczenia : „Spełnienie warunku – wykonanie w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: jednej lub co najwyżej dwóch dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia tj. obejmującym dostawę trybun składanych teleskopowych o ilości łącznie min. 2000 krzesel.” Odwołujący przedstawił wykaz wykonanych dostaw, z których dostawa wykonana na rzecz miasta Łodzi była zgodna z powołanym wyżej wymogiem, tak co do rodzaju trybun składanych, jak i minimalnej ilości krzesel. Należy uznać, że dostawa ta odpowiada rodzajem wymaganej do wykazania, a oczekiwania Zamawiającego odnoszące się wprost do przedmiotu zamówienia przez wskazanie m.in. sposobu montowania krzesel , napędu i sterowania nie znalazły się w treści przedmiotowego warunku udziału.

Tym samym decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie miała uzasadnienia. Odnosząc się do zarzutu dokonania zmiany treści oferty w piśmie zatytułowanym „Uzupełnienie oferty” nie stwierdzono zajścia takiej okoliczności. W złożonym piśmie Odwołujący odpowiadając na pytania Zamawiającego podał dane techniczne podłogi, opisał jej konstrukcję i dołączył określone atesty i certyfikaty. Informacje te nie były sprzeczne z treścią oferty, w tym w szczególności z opisem podłogi jako elementu wyposażenia zawartym w ofercie. Należy zauważyć, że z treści oferty nie wynikało jednoznacznie, iż płyta antypoślizgowa, o której mowa w raporcie klasyfikacyjnym Instytutu Technologii Drewna, jest płytą oferowaną na wykonanie podłogi. Stąd wobec nie stwierdzenia sprzeczności pomiędzy treścią oferty a jej uzupełnieniem, Izba uznała, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec powyższego skład orzekający nakazał unieważnić czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i czynność odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Oceniając zarzuty Odwołującego podniesione w stosunku do wybranego wykonawcy i oferty przez niego złożonej Izba w pierwszej kolejności uznała za potwierdzoną okoliczność, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w rozpoznawanej sprawie zostało wszczęte dnia 23 grudnia 2009 r. dając wiarę przedstawionemu przez Zamawiającemu wydrukowi z jego strony internetowej, który został przedłożony na rozprawie.

Konsekwencją dokonanego ustalenia jest stwierdzenie, że w prowadzonym postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu wprowadzonym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, w tym w szczególności art. 22 i art. 26 ust. 2b ustawy. W związku z powyższym Przystępujący składając ofertę mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu oraz potencjale podmiotu trzeciego, który przedstawił stosowny wykaz wykonanych dostaw oraz dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganego atestu dla oferowanych trybun wydanego przez właściwą jednostkę certyfikującą. Izba uznała za uzasadnione twierdzenie Zamawiającego i Przystępującego, że na etapie oferowania dostawy, dokument o nazwie „opinia wstępna” jest wystarczającą, właściwą, wymaganą aprobatą.

Oceniając zarzut wadliwego określenia ceny oferty złożonej przez Przystępującego należy stwierdzić, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie sformułowano wprost wymogu wyodrębnienia przy oznaczaniu ceny, stawki lub kwoty podatku od towarów i usług. Należy jednakże zauważyć, formularz ofertowy jako element specyfikacji przewidywał wpisanie w ofercie podatku VAT. Jest niesporne, że wybrany wykonawca tego nie uczynił podając cenę ryczałtową brutto za wykonanie całej dostawy. Cena, stosownie do postanowień specyfikacji jest ceną brutto. W ocenie Izby pominięcie wpisania wielkości podatku nie ma jednak wpływu na treść oferty i jej cenę, stanowić może jedynie nieistotne uchybienie nie powodujące żadnych skutków.

Wobec dokonanych ustaleń Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w stosunku do wybranego wykonawcy i złożonej przez niego oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

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

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bielsku Białej**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....