

Sygn. akt KIO/1665/10

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Paweł Listkiewicz

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2010 r. przez odwołującego – Rafał Polek prowadzący działalność pod nazwą Zakład Wielobranżowy, ul. Na Wzgórzu 42 c, 85-327 Bydgoszcz, od czynności zamawiającego - Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa,

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez odwołującego - Rafał Polek prowadzący działalność pod nazwą Zakład Wielobranżowy, ul. Na Wzgórzu 42 c, 85-327 Bydgoszcz,
- 2) dokonać wpłaty przez zamawiającego - Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa na rzecz odwołującego – Rafał Polek prowadzący działalność pod nazwą Zakład Wielobranżowy, ul. Na Wzgórzu 42 c, 85-327 Bydgoszcz, kwoty 15 000 zł stanowiącej wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Stosownie do art. 198a ust.1 i art. 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi remontu sprzętu polowego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w którym sformułował zarzut wobec zamawiającego - niezgodnego z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej w skrócie ustawą - wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę - Firma P.W. POLI Mariola Polak, pomimo braku w niej wymaganych dokumentów. W ocenie odwołującego wskazana czynność zamawiającego naruszyła art. 7 ust. 3 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania podał, że w załączniku nr 3 siwz pn. Opis przedmiotu zamówienia, zamawiający żądał od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań technicznych formułując wymóg następująco „do ofert należy dołączyć wymagane atesty, certyfikaty, aprobaty techniczne potwierdzające zastosowanie odpowiednich parametrów w opisanych materiałach, użytych do wyrobu będącego przedmiotem zamówienia, obowiązują w fazie otwarcia ofert i stanowić będą zbiór dokumentów zamawiającego-odbiorcy dla celów reklamacyjnych, brak potwierdzenia wymaganych parametrów, zawartych w certyfikatach wytwórcy, stanowił będzie podstawę do odrzucenia oferty.”

Zdaniem odwołującego, do oferty firmy P.W. POLI Mariola Polak nie załączono wymaganych dokumentów - certyfikatu wytwórcy na oczka umożliwiające sznurowanie z stali nierdzewnej oraz atestu na piankę o gęstości T-25 lub równoważną. Natomiast świadectwo jakości na tkaninę poliestrową powlekaną PCV straciło ważność w dniu 4 lipca 2005 r. Podniósł, że uchybieniem jest też atest na nici, które nie spełniają wymogów wytrzymałości wskazanych przez zamawiającego, co ma istotne znaczenie ze względu na najczęstszą przyczynę usterki leżysk brezentowych, którą jest urwanie kołnierza w czasie nieprawidłowego składania łóżka. W ocenie odwołującego, brak wymaganych dokumentów w ofercie firmy P.W. POLI i zaniechanie czynności zamawiającego z tego tytułu, jest niezgodne z art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy zwłaszcza że, jak podkreślił odwołujący, wykonawca był wzywany do uzupełnienia dokumentów.

W załączniku nr 5 pn. Wykaz zrealizowanych usług w ostatnich trzech latach polegających na wykonaniu usługi remontu sprzętu polowego o wartości łącznej 200.000,00 zł, zamawiający żądał wykazania potwierdzenia doświadczenia w wykonaniu usługi remontu sprzętu polowego. Zdaniem odwołującego, oferta P.W. POLI Mariola Polak zawiera tylko jedną taką usługę na kwotę 192.289,08 zł, spełniającą wymóg (poz. 4 w wykazie usług). Z

uwagi jednak, że zamawiający zastosował niespójność słownictwa - w pkt 9.7.3 siwz i załączniku nr 5 dotyczącym wymaganego doświadczenia w pracach remontowych, zamiennie używając określenia „polowego” i „podobnego”, firma P.W. POLI Mariola Polak wykazując wykonanie remontu sprzętu koszarowego, nie wykazała wymaganego doświadczenia w wykonywaniu remontu sprzętu polowego. Odwołujący uzasadnił różnicę w remoncie sprzętu następująco: sprzęt koszarowy nie zawiera wielu podstawowych cech sprzętu polowego, nie jest lekki, rozkładany, nie musi wykazywać odporności na warunki atmosferyczne, nie wymaga specjalnego zabezpieczenia i impregnowania. Zatem uznał, że z powodu braku istotnego podobieństwa pomiędzy remontem sprzętu polowego (turystycznego) i koszarowego, firma P.W. POLI Mariola Polak nie spełniła wymogów zamawiającego i powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy. Ponadto, w ocenie odwołującego nie jest prawdą, że wskazana firma wykonywała w 2007 r. remont sprzętu kwaterunkowego polowego podanego w wykazie usług w załączniku nr 5 poz. 4, zatem poświadczyła nieprawdę.

Konkludując stanowisko odwołujący uznał, że złożenie oferty przez P.W. POLI Mariola Polak stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż ma znamiona działania sprzecznego z prawem lub dobrym obyczajem i narusza interesy innych przedsiębiorców. Podniósł, że Firma P.W. POLI Mariola Polak posłużyła się kserokopiami atestów innych firm, które zdobyła kserując inne oferty, a następnie poświadczając zgodność kserokopii z oryginałem bez zgody właścicieli atestów, załączyła je do swojej oferty. Czynność ta, zgodnie ze stanowiskiem odwołującego, naruszyła interesy firm i właścicieli atestów, które zdobyły je legalnie. Firma powinna posiadać wymagane swoje dokumenty zwłaszcza, że w atestach PZH wymieniona jest jako wytwórca: łóżka polowego WP 5-2, taboretu polowego, stołu polowego, leżyska na piance.

W ocenie odwołującego, wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty, zaś zamawiający nie dokonując tej czynności, naruszył art. 89. ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności zamawiającego i wykluczenie z postępowania firmy P.W. POLI Mariola Polak na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy oraz odrzucenie oferty na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podając, że w ogłoszeniu i siwz wymagał odnośnie warunku w zakresie doświadczenia, załączenia wykazu wykonanych usług podobnych do przedmiotu zamówienia, a jedynie w załączniku nr 5 zawarł określenie usług polowych. W zakresie zarzutów dotyczących braku w ofercie certyfikatów, atestów i aprobat technicznych, podał, że nie skonkretyzował w siwz warunku dotyczącego tego zakresu, zatem nie odnosił się do ewentualnego braku potwierdzenia w wybranej ofercie wymogu. Co

do poświadczenia nieprawdy w wybranej ofercie przez wykazanie w poz. 4 wykazu usług – remont łóżek polowych, podał, iż zarzut ten z uwagi, że został zawarty w dodatkowym piśmie złożonym oddzielnie od odwołania, oznaczonym pn. „Dotyczy odwołania”, jest zarzutem spóźnionym, ewentualnie stanowiącym odrębne odwołanie, pomimo, że pismo zostało wniesione w terminie właściwym dla odwołania.

Skład orzekający ustalił, co następuje.

Ogłoszenie o postępowaniu zostało zamieszczone w Dz. Urz. UE z dnia 12.06.2010 r. nr 12010/S 113-171618 (usługi).

W postępowaniu złożono 2 oferty:

- 1) odwołujący z ceną 875 060 zł,
- 2) P.W. POLI Mariola Polak z ceną 717 360 zł.

Pismem z dnia 27 lipca 2010 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł w dniu 4 sierpnia 2010 r. odwołanie. Dodatkowe pismo oznaczone „Dotyczy odwołania”, w którym powołał się na poświadczenie nieprawdy w wybranej ofercie, wniósł w dniu 6 sierpnia 2010 r.

W odwołaniu odwołujący sformułował zarzuty:

I. Załącznik nr 3 - Opis przedmiotu zamówienia, dodatkowe informacje, tiret drugi i trzeci - zamawiający żądał dołączenia do ofert atestów, certyfikatów, aprobat technicznych, potwierdzających zastosowanie odpowiednich parametrów w opisanych materiałach, użytych do wyrobu będącego przedmiotem zamówienia, obowiązujących w fazie otwarcia ofert i stanowiących zbiór dokumentów zamawiającego-odbiorcy dla celów reklamacyjnych, pod rygorem odrzucenia oferty.

W wybranej ofercie zarzucono braki w zakresie:

- 1) certyfikatu wytwórcy na oczka umożliwiające sznurowanie ze stali nierdzewnej,
- 2) atestu na piankę o gęstości T-25 lub równoważną,
- 3) świadectwa jakości na tkaninę poliestrową powlekaną PCV, gdyż załączone utraciło ważność w dniu 4.07.2005r.,
- 4) atestu na nici, gdyż załączony nie spełnia wymogów wytrzymałości określonych przez zamawiającego.

II. W ogłoszeniu pkt II.1.1) oraz siwz pkt 3, zdanie pierwsze, zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako wykonanie usługi remontu sprzętu polowego. W zakresie potwierdzenia posiadania zdolności technicznej opisał w ogłoszeniu pkt III.2.3) oraz siwz pkt 8.2. i pkt 9.7.3 - wymóg wykazania wykonania usługi remontu sprzętu podobnego do przedmiotu zamówienia, minimum jednej o wartości łącznej 200 000 zł. Natomiast w załączniku nr 5 pn.

Wykaz zrealizowanych usług w ostatnich trzech latach polegających na wykonaniu usługi remontu sprzętu polowego o wartości łącznej 200 000 zł, podał, że chodzi o sprzęt polowy, a nie sprzęt podobny do przedmiotu zamówienia.

Zarzucane braki w wybranej ofercie: w wykazie wykonanych usług (załącznik nr 5), z czterech podanych usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat, wskazano usługę wymienioną w poz. 4 – remont łóżek polowych wykonany na rzecz RZI Gdynia w okresie 15.11.2007 – 10.12.2007, o wartości 192.289, 08 zł, a więc niższej niż wymagana w kwocie 200 000 zł.

Na podstawie oświadczenia zamawiającego ustalono, że w toku badania oferty przyjęto usługę podaną w poz. 2 wykazu jako właściwą, tj. remont łóżek koszarowych wykonany na rzecz RZI Gdynia w okresie 15.11.2007 – 10.12.2007, o wartości 363 035,40 zł. W opinii wystawionej przez RZI Gdynia z dnia 10.06.2010 r. (druga data to 08.06.2010 r.) potwierdzono wykonanie usługi remontowej sprzętu koszarowego i polowego przez wskazanego wykonawcę w 2007 r. na wartość 192 289,08 zł i 170 746,32 zł, co w sumie stanowi kwotę 363 035,40 zł.

III. W zakresie czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący załączył do odwołania kserokopie pism:

- 1) Zakładu Tapicerski Genowefa Dawidowicz z siedzibą w Stargardzie Szczecińskim z dnia 14.06.2010 r. i z dnia 20.07.2010 r.,
- 2) M-Elektrostatyk Krzysztof Ledwoń z siedzibą w Częstochowie z dnia 2.08.2010 r.

Skład orzekający zważył, co następuje.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy wnosząc odwołanie, gdyż złożył ofertę jako drugi wykonawca uczestniczący w postępowaniu. W razie uwzględnienia odwołania i wyeliminowania z postępowania wybranej oferty, ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Uzupełnienie odwołania zostało wniesione w terminie właściwym dla odwołania i dotyczy tej samej czynności zamawiającego – wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem podlega rozpoznaniu w postępowaniu odwoławczym.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, skład orzekający uznał, że potwierdził się zarzut odwołującego co do wymogu załączenia do oferty atestów, certyfikatów i aprobat technicznych. Fakt ten przyznał zamawiający na rozprawie stwierdzając, że nie

odniósł się do ewentualnego braku w tym zakresie w wybranej ofercie, gdyż nie był to wymóg potwierdzający spełnienie warunku udziału wykonawcy w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego argument zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem zamawiający opisując przedmiot zamówienia uzależnił właściwą jakość materiałów użytych do wykonania usługi, od złożenia przez wykonawcę wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane usługi wymagań zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy). Nie ma zatem najmniejszych wątpliwości, że zamawiający ustanawiając wymagania co do oferowanych usług i w razie braku ich potwierdzenia uznając, że zachodzi przesłanka odrzucenia oferty, co skutkuje zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, był zobowiązany do sprawdzenia oferty zakresie potwierdzenia spełnienia opisanych wymagań.

Odnosnie wymogu potwierdzenia zdolności technicznej, skład orzekający uznał, że zamawiający niekonsekwentnie opisał wymóg w ogłoszeniu i siwz oraz załączniku nr 5 do siwz przez żądanie potwierdzenia wykonania usługi remontu sprzętu podobnego do przedmiotu zamówienia, a także wykonania usługi remontu sprzętu polowego, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia został opisany jako remont sprzętu polowego. W wybranej ofercie wykonawca zamieścił wykaz usług, w którym tę samą usługę podał w poz. 2 - remont łóżek koszarowych wykonany na rzecz RZI Gdynia o wartości 363 035,40 zł (192 289,08 zł i 170 746,32 zł) i jedną z tych samych kwot, podał jako wartość drugiej usługi wykonanej w tym samym czasie i na rzecz tego samego odbiorcy – remont łóżek polowych na kwotę 192 289,08 zł (poz. 4 wykazu). Z opinii RZI Gdynia z dnia 10.06.2010 r. nie wynika, jaka wartość usług wykonanych w 2007 r. odpowiada usłudze remontowej sprzętu koszarowego, a jaka usłudze remontowej sprzętu polowego (każda z usług ma wartość poniżej 200 000 zł). Zatem, trudno uznać za zasadną argumentację zamawiającego, że wykonawca potwierdził wymaganą zdolność techniczną przez wykazanie usługi podanej w pkt 2 wykazu. Skład orzekający zauważa, że zamawiający zobowiązany jest do zastosowania trybu opisanego w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w razie zaistnienia okoliczności odpowiadających przesłankom wynikającym ze wskazanego przepisu.

W zakresie posługiwania się certyfikatami i atestami innych firm, co może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji – skład orzekający uznał, że odwołujący wykazał słuszność zarzutu w zakresie Atestu Higienicznego HK/B/0804/01/2010 z dnia 17 czerwca 2010 roku (str.19 oferty). Genowefa Dawidowicz w piśmie dnia z 14.06.2010 r. podała inny numer atestu i inną datę jego wydania, niż atest wskazany na str. 19 oferty, jednak w piśmie z dnia 20.07.2010 r. zastrzegła, że nie udzieliła pełnomocnictwa innym wykonawcom do posługiwania się atestami i certyfikatami w 2010 r. Wskazany atest higieniczny dotyczy wytwórcy - Zakład Tapicerki Genowefa Dawidowicz Stargard Szczeciński. Co do certyfikatu z dnia 8 sierpnia

2007 r. dotyczącego danych technologicznych jakości tkaniny brezentowej BPT, wystawionego dla Zakładu Tapicerski Stargard Szczeciński należącego do Genowefy Dawidowicz, odwołujący nie wykazał, że zastrzeżenia właścicielki firmy zawarte w pismach z dnia 14.06.2010 r. i z dnia 20.07.2010 r. dotyczą tego certyfikatu. Pierwsze pismo, jak wyżej wskazano, dotyczy innego atestu i zostało skierowane do RZI w Zielonej Górze, drugie pismo zawiera ogólny apel skierowany do wszystkich Zarządów Infrastruktury informujący o nie udzieleniu innym wykonawcom pełnomocnictw do korzystania z atestów i certyfikatów w 2010 r.

Potwierdził się zarzut załączenia do oferty atestu firmy PPUH M-Elektrostatyk Krzysztof Ledwoń z dnia 4.12.2003 r. – linka pleciona, str. 32 oferty. Z pisma z dnia 20.08.2010 r. wynika, że przedsiębiorca zastrzegł, iż nie wyraził zgody na posługiwanie się jego atestem przez firmę P.W. POLI Mariola Polak w postępowaniu oznaczonym znakiem postępowania (120/2010). Pismo zostało skierowane do zamawiającego i dotyczy przedmiotowego postępowania.

Również potwierdził się zarzut co do Świadcstwa Jakości Nr MM-0798/IL, którego ważność upłynęła w dniu 4 lipca 2005 r.

Zamawiający zobowiązany jest zatem, do dokonania oceny załączonych do oferty certyfikatów, atestów i świadectw co do zasadności posługiwania się nimi przez wykonawcę w prowadzonym postępowaniu, w zakresie w jakim zostały potwierdzone zarzuty odwołania, w kontekście art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy.

Z uwagi na potwierdzenie wskazanych zarzutów, skład orzekający orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....