

Sygn. akt KIO/UZP 331/08

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Małgorzata Stręciwiłk

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie w dniu/~~w dniach~~ 23 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminy Kalisz – Prezydent Miasta Kalisza w Kaliszu Urząd Miejski Kalisz ul. Główny Rynek 20** protestu /~~protestów~~ z dnia 27 marca 2008r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz xxx – po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7**

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 uiszczonego przez **POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł 00 gr** (słownie xxx złote zero groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika i wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xx. gr** (słownie: xxxx) przez **xxxx** 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. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę boisk sportowych przy Gimnazjum nr 9, ul. Hanki Sawickiej 22-24 w Kaliszu wraz z częściowym finansowaniem zadania wszczęła Gmina Kalisz – Prezydent Miasta Kalisza w Kaliszu Urząd Miejski Kalisz ul. Główny Rynek 20 – zwany dalej Zamawiającym, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 38156 dnia 26 lutego 2008r.

Zamawiający w dniu 21 marca 2008r. poinformował wykonawców o wynikach badania i oceny ofert i odrzucił złożone oferty:

1. firmy **POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7** – zwanego dalej Odwołującym, uznając, że oferowane przez Odwołującego nawierzchnie nie spełniają wymogów minimalnych określonych w SIWZ dla przedmiotu zamówienia i
2. **Konsorcjum Firm Hydro-Max” Ryszard Szczerek i „tamek” Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Kaliszu, ul. Malinowa 31**

a w konsekwencji unieważnił postępowanie z braku ważnych ofert.

Odwołujący od tej czynności Zamawiającego wniósł protest w dniu 27 marca 2008r. zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 233 poz. 1655) – zwaną dalej ustawą - w związku z art. 7 ust. 1 ustawy. Odwołujący wnosił o :

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającą na unieważnieniu postępowania,
2. przywrócenia do postępowania oferty Odwołującego,
3. ponowną ocenę ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że w rozstrzygnięciu protestu z dnia 6 marca 2008r. Zamawiający podał na stronie 2, iż tak zmodyfikował SIWZ, że parametry techniczne oprócz nawierzchni Conipur spełniają jeszcze nawierzchnie Herculan i Eltan. Odwołujący złożył ofertę, oferując właśnie te nawierzchnie, a więc jego oferta powinna być uznana przez Zamawiającego za zgodną z treścią SIWZ. Protestujący zaoferował nawierzchnię posiadającą certyfikat IAAF, a więc na takiej nawierzchni mogą być rozgrywane zawody najwyższej rangi.

Zamawiający protest rozstrzygnął w dniu 2 kwietnia 2008r. poprzez oddalenie w całości. Wskazał, że z treści oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, że oferowane nawierzchnie poliuretanowe nie spełniają wymagań określonych w SIWZ jako minimalne, co zostało wykazane w piśmie z dnia 21 marca 2008r. w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający może oceniać oferty tylko według treści SIWZ, w tym uwzględniając modyfikację SIWZ z dnia 6 marca 2008r. i tylko pod tym kątem mógł ocenić, czy oferowane nawierzchnie spełniają wymagania. Nawierzchnie oferowane przez Odwołującego: Eltan EPDM, HERCULAN SR-OSC i HERCULAN SR-OSW nie były nigdzie wskazywane przez Zamawiającego i nie spełniają minimalnych wymogów SIWZ.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący i w dniu 7 kwietnia 2008r. wniósł odwołanie podtrzymując w całości zarzuty i wnioski wskazane w proteście.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w sposób następujący określił przedmiot zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

„4. Opis przedmiotu zamówienia.

4.1. Przedmiotem zamówienia jest **budowa boisk sportowych przy Gimnazjum nr 9, ul. Hanki Sawickiej 22-24 w Kaliszu wraz z częściowym finansowaniem zadania”.**

4.2. Przedmiot zamówienia obejmuje:

4.2.1. Budowę kompleksu boisk sportowych wraz z wyposażeniem, drogą p. poż., oświetleniem i monitoringiem, odwodnieniem boisk Gimnazjum Nr 9 przy ul. Hanki Sawickiej 22-24 w Kaliszu w oparciu o dokumentację projektową (zgodnie z pkt 4.4), specyfikację

techniczną wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót. Na przedmiot zamówienia składa się:

Zamawiający określa minimalne parametry trawy syntetycznej, bieżni okólnej czterotorowej o długości 250m, bieżni prostej czterotorowej na dłuższym boku bieżni okólnej, rozbieżni do skoku w dal o powierzchni 92,0 m², skoczni do skoku wzwyż, boiska do koszykówki, kortu do gry w tenisa

Parametry techniczne dla sztucznych nawierzchni wskazane w SIWZ są podane jako minimalne (spełniają je np. Conipur EPDM, Conipur SP, Conipur 2S lub odpowiedniki Herculan), ale mogą być zastosowane inne nawierzchnie (równoważne), lecz o parametrach nie gorszych niż wskazane.

Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i załączenia do oferty „Wykazu rodzajów nawierzchni i ich parametrów jakie zostaną zastosowane do wykonania zamówienia” w którym określi właściwości oferowanych produktów (wzór druku w załączeniu) oraz dokumentów dotyczących zastosowanych nawierzchni sportowych określonych w pkt 14.2.d).

4.6. Zawarte w załącznikach do niniejszej SIWZ nazwy materiałów, producentów czy znaki towarowe podano jako przykładowe, mające na celu doprecyzowanie przedmiotu zamówienia oraz określające standard techniczny i jakościowy. Materiały do wykonania zamówienia należy przyjmować w kategorii i jakości nie niższej (równoważne) niż te wskazane w SIWZ i załącznikach do niej.”

Nadto oczekiwał załączenia do oferty następujących dokumentów :

„14.2. Do oferty należy dołączyć – **wypełnione i podpisane**:

- a) formularz oferty,
- b) dowód wniesienia wadium , o którym mowa w pkt 12,
- c) wykaz rodzajów nawierzchni i ich parametrów jakie zostaną zastosowane do wykonania zamówienia,
- d) rekomendację lub atest ITB lub inny dokument wydany przez niezależny podmiot potwierdzający parametry oferowanych nawierzchni sportowych np. Krajową Deklarację Zgodności – oryginał lub dokument poświadczony za zgodność z oryginałem,
- e) oświadczenia i dokumenty, o których mowa w pkt 10 oraz **14.8 i 14.10 – pełnomocnictwa** oraz w pkt 29 - jeśli dotyczy,
- f) kosztorys ofertowy dot. robót ogólnobudowlanych – branża budowlana,
- g) kosztorys ofertowy dot. robót sanitarnych – branża sanitarna,
- h) kosztorys ofertowy dot. robót elektrycznych – branża elektryczna,
- i) stawkę roboczogodziny, narzuty, które zostały przyjęte do wyceny robót w danej kategorii/branży robót (ogólnobudowlanej, sanitarnej, elektrycznej),
- j) zestawienie M, S wraz z ich cenami jednostkowymi.”

Odzwierciedlenie wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 1 do oferty - Wykaz rodzaju nawierzchni i ich parametrów jakie zostaną zastosowane do wykonania zamówienia.

Udzielając wyjaśnień w dniu 6 marca 2006r. Zamawiający zawarł następujące wyjaśnienia i modyfikacje do SIWZ :

„Pytanie 2.Czy wymienione w Specyfikacji Technicznej w części dotyczącej nawierzchni syntetycznych dokumenty:

- autoryzację producenta w oryginale wydaną specjalnie na to zadanie
- atest higieniczny PZH
- aprobatę ITB lub inne równoważne dokumentu potwierdzające parametry oferowanych nawierzchni należy dołączyć do oferty?

Odpowiedź:

Zgodnie z pkt 14.2.d) SIWZ do oferty należy dołączyć rekomendację lub atest ITB lub inny dokument wydany przez niezależny podmiot potwierdzający parametry oferowanych nawierzchni sportowych np. Krajową Deklarację Zgodności – oryginał lub dokument poświadczony za zgodność z oryginałem. Natomiast zgodnie z pkt 19.3. SIWZ przed przystąpieniem do podpisania umowy Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia autoryzacji w oryginale wydanej przez producenta oferowanych nawierzchni dla wykonawcy robót (dla każdej nawierzchni sportowej) wydanej specjalnie na niniejszy przedmiot zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający wykreśla z załączników do SIWZ (np. Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, projektów) obowiązek przedstawienia przez Wykonawców dokumentów - odnoszących się do oferowanych nawierzchni - innych niż te, o których mowa w pkt 14.2.d) i 19.3. SIWZ.

Do „Załącznika Nr 1 do oferty” stanowiącego załącznik do SIWZ (str. 24 i 25), dotyczących przedmiotowego postępowania Zamawiający wprowadza się zmiany polegające na:

- a) wykreśleniu w tabelach dotyczących parametrów technicznych nawierzchni z poliuretanu parametru „**odporność na uderzenie: powierzchnia odcisku kulki, wygląd po badaniu**”
- b) zmianie w tabelach dotyczących parametrów technicznych nawierzchni z poliuretanu parametrów dotyczących: „**wydłużenia względnego przy rozciąganiu**” oraz „**przyczepności do podkładu**”.

W związku z powyższym Zamawiający zmienił minimalne parametry techniczne nawierzchni poliuretanowych zmieniając wydłużenie względne przy rozciąganiu, przyczepność do podkładu (mieszanka kruszywa i granulatu gumowego)

Ponadto Zamawiający rozstrzygając w dniu 6 marca 2008r. protest Odwołującego na SIWZ z dnia 29 lutego 2008r. wskazał : „Jednocześnie w odpowiedzi na stwierdzenie

Protestującego, że określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) parametrów technicznych nie spełniają oprócz nawierzchni produkowanych przez firmę Conica, nawierzchnie firmy Herculan, Zamawiający zmodyfikował SIWZ poprzez wprowadzenie zmian w tabelach dotyczących parametrów technicznych nawierzchni poliuretanowych, które nie wskazują na konkretny produkt czy dostawcę, a parametry te spełniają też inne nawierzchnie z poliuretanu tj. przynajmniej Conipur, Herculan, Eltan. Szczegółowy opis zmian zawarty został w osobnym piśmie Zamawiającego.”

Odwołujący w swojej ofercie na stronie 77-78 zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie nawierzchni Herculan SR-OSW i SR-OSC oraz Eltan EPDM.

Parametry techniczne oferowanych nawierzchni potwierdzają załączone do oferty aprobaty techniczne dla :

1. ELTAN EPDM – AT-15-5074/2005 str. 88 oferty
2. HERCULAN SR-OSC i SR-OSW – AT-15-6130/2003 str. 94-96 oferty.

Zamawiający podczas badania i oceny ofert ustalił, że nawierzchnie oferowane przez Odwołującego nie spełniają następujących parametrów minimalnych – dowód zawiadomienie o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania z dnia 21 marca 2008r. :

1. Nawierzchnia do wykonania bieżni okólnej czterotorowej Herculan SR- OSC nie spełnia wymogu mrozoodporności - wymagane $\leq 0,80\%$ bez zmian – w ofercie $\leq 1,0$ bez zmian
2. Nawierzchnia do wykonania boiska do koszykówki Eltan EPDM nie spełnia wymogu :
 - a) wytrzymałości na rozdzieranie – wymagane ≥ 100 N – w ofercie brak podania,
 - b) ścieralności – wymagane $\leq 0,09$ mm – w ofercie $\leq 0,3$
 - c) przyczepności do podkładu – wymagane $\geq 0,44$ MPa – w ofercie $\geq 0,3$
3. Nawierzchnia do wykonania kortu do gry w tenisa Herculan SR-OSW nie spełnia wymogu:
 - a) ścieralności – wymagane $\leq 0,09$ mm – w ofercie $\leq 0,45$
 - b) przyczepności do podkładu – wymagane $\geq 0,44$ MPa – w ofercie $\geq 0,4$
 - c) mrozoodporności - wymagane $\leq 0,80\%$ bez zmian – w ofercie $\leq 1,0$ bez zmian

Przy czym Izba ustaliła, że modyfikacja SIWZ z dnia 6 marca 2008r. zmieniła tylko jeden parametr niespełniony przez Odwołującego, to jest przyczepność do podkładu w ramach parametrów minimalnych boiska do koszyków. Pozostałe parametry, których nie spełniał Odwołujący wskazane przez Zamawiającego w odrzuceniu oferty, nie uległy modyfikacji od momentu zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 6 marca 2008r., protest Odwołującego z dnia 29 lutego 2008r., rozstrzygnięcie tego protestu oraz protest firmy Prestiže, a także protokół postępowania o udzielenie zamówienia wraz z załącznikami

Izba zważyła, co następuje:

Z ustaleń wyżej wskazanego stanu faktycznego wynika, że nie można przyznać racji Odwołującemu, iż Zamawiający dokonując modyfikacji SIWZ dopuścił wszystkie nawierzchnie typu, Conipur, Herculan i Eltan, bez względu ich parametry techniczne, a jedynie w odniesieniu do innych niż wskazane w rozstrzygnięciu protestu z dnia 6 marca 2008r. dopuścił rozwiązania równoważne, pod warunkiem wszakże spełniania minimalnych parametrów technicznych. Zamawiający w SIWZ wskazał, że „Parametry techniczne dla sztucznych nawierzchni wskazane w SIWZ są podane jako minimalne (spełniają je np. Conipur EPDM, Conipur SP, Conipur 2S lub odpowiedniki Herculan), ale mogą być zastosowane inne nawierzchnie (równoważne), lecz o parametrach nie gorszych niż wskazane.” W rozstrzygnięciu protestu z dnia 6 marca 2008r. zapisał „Zamawiający zmodyfikował SIWZ poprzez wprowadzenie zmian w tabelach dotyczących parametrów technicznych nawierzchni poliuretanowych, które nie wskazują na konkretny produkt czy dostawcę, a parametry te spełniają też inne nawierzchnie z poliuretanu”. Z tych zapisów należy wywieść, że Zamawiający przy badaniu zgodności treści oferty z treścią SIWZ chciał kierować się wyłącznie minimalnymi parametrami technicznymi. Taki wniosek wynika tym bardziej z pierwotnej treści SIWZ, gdzie Zamawiający wskazuje, że nie wszystkie nawierzchnie Herculan spełniają wymogi minimalne, ale tylko te, które są odpowiednikami Conipur EPDM, Conipur SP, Conipur 2S. Odwołujący nie mógł zatem zaoferować przedmiotu zamówienia nie spełniającego minimalnych parametrów technicznych, bez narażania się na ryzyko odrzucenia jego oferty. Podkreślić należy, że w modyfikacji SIWZ, dokonanej pismem Pt. „Informacja dla Wykonawców” z dnia 6 marca 2008r., Zamawiający nie wskazuje jakichkolwiek nawierzchni, które według niego spełniają wymogi SIWZ i nie zmienia cytowanego wyżej zapisu SIWZ rozszerzając wyliczenie nawierzchni spełniających parametry minimalne o wszystkie syntetyczne nawierzchnie typu Eltan, czy określone rodzaje nawierzchni typu Eltan. Tym samym zapis z rozstrzygnięcia protestu „(...) przynajmniej Conipur, Herculan, Eltan” nie może być rozumiany w sposób prezentowany przez Odwołującego na rozprawie.

Tym samym Izba w unieważnieniu postępowania przez Zamawiającego i odrzuceniu oferty Odwołującego nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Wskazać jednakże należy, że – w ocenie składu orzekającego Izby - złożenie oferty przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu, nie odpowiadającej wymogom SIWZ, a w efekcie unieważnienie tego postępowania nastąpiło w wyniku nieprecyzyjnego udzielania przez Zamawiającego informacji wykonawcom biorącym udział w postępowaniu Zdaniem Izby wskazanie konkretnych typów nawierzchni mogło wykonawców wprowadzać w błąd, co do sposobu oceny spełniania przez oferowane nawierzchnie wymogów SIWZ. Powyższe może świadczyć o przyczynieniu się Zamawiającego do unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając powyższe w przypadku ponownego wszczęcia przez Zamawiającego procedury udzielenia zamówienia we wskazanym przedmiocie, zasadnym jest dokonanie przez niego dogłębnej analizy dobranych minimalnych parametrów technicznych w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, gdyż fakt, że w przedmiotowym postępowaniu nie zostały złożone oferty niepodlegające odrzuceniu może wskazywać na wygórowane oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie, albo też na opis przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 29 ustawy.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Kaliszu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....