

Sygn. akt: KIO/UZP 1061/09

WYROK

z dnia 27 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Andrzej Niwicki

Jolanta Markowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **PRESTIGE Sp. z o.o., 71-066 Szczecin, ul. Świerczewska 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Gryfino, 74-100 Gryfino, ul. 1 Maja 16** protestu z dnia 8 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Gryfino, 74-100 Gryfino, ul. 1 Maja 16 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **PRESTIGE Sp. z o.o., 71-066 Szczecin, ul. Świerczewska 5,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 551 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy pięćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **Gminę Gryfino, 74-100 Gryfino, ul. 1 Maja 16** na rzecz **PRESTIGE Sp. z o.o., 71-066 Szczecin, ul. Świerczewska 5**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby,
- 3) 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 **PRESTIGE Sp. z o.o., 71-066 Szczecin, ul. Świerczewska 5**.

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Gmina Gryfino prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę kompleksu sportowego „Moje boisko Orlik 2012” w Gardnie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 maja 2009 r. pod numerem 82187-2009.

W dniu 2 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty UNIPOL Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy PRESTIGE Sp. z o.o. zwanego dalej Odwołującym na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, z uwagi na nie złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał, aby wykonawca złożył dokument dotyczący nawierzchni poliuretanowej potwierdzający spełnianie warunków jakościowych t.j.:

- certyfikat lub deklarację zgodności z normą PN-EN 14877:2008, lub
- aprobatę techniczną ITB, lub
- wynik badania specjalistycznego laboratorium badającego nawierzchnie sportowe np. Labosport, lub dokument równoważny.

Zdaniem Zamawiającego, złożony przez Odwołującego dokument, tj. wyniki badań specjalistycznego laboratorium Labosport, badającego nawierzchnie ALSATAN P nie spełnia postawionych w Specyfikacji wymogów, gdyż dotyczy zgodności właściwości fizycznych nawierzchni według normy P 90-100. Dokument ten, jak stwierdził Zamawiający, nie potwierdza zgodności oferowanej nawierzchni z normą PN-EN 14877:2008, o której mowa w Specyfikacji, nie stanowi też dokumentu równoważnego. Zamawiający zauważył również, że na wezwanie do uzupełnienia dokumentu wykonawca złożył pisemne wyjaśnienie, które nie potwierdziło spełniania wymagań opisanych w Specyfikacji w spornym zakresie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 8 lipca 2009 r. protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania w sytuacji, kiedy wykonawca spełnia postawione w Specyfikacji wymagania,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez UNIPOL Sp. z o.o. w sytuacji, kiedy najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący,

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, w konsekwencji naruszenia ww. przepisów.

Odwołujący podniósł, iż w pkt VI lit. A Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (str. 7) wskazano pięć różnych rodzajów dokumentów, za pomocą których wykonawca może wykazać spełnianie warunków jakościowych dotyczących nawierzchni poliuretanowej. Tylko jeden z tych dokumentów, tj. certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 14877:2008 odnosi się do konkretnej normy, pozostałe zaś nie mają żadnych odniesień do norm jakościowych. Wykonawca podkreślił również, iż Specyfikacja nie określa w ogóle warunków jakościowych, a jedynie podaje rodzaje dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia. Tym samym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może kwestionować prawidłowości przedstawionego dokumentu, który odpowiada postanowieniom Specyfikacji. Swoją argumentację Odwołujący oparł także na użyciu przez Zamawiającego w pkt VI lit. A Specyfikacji łącznika „lub” oznaczającego alternatywę rozłączną. W ocenie Odwołującego, postanowienia pkt VI lit. A nie pozostawiają wątpliwości, iż wykonawca mógł przedstawić różne dokumenty na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku, a dokumenty te nie musiały odnosić się do tej samej normy, do konkretnej normy musiały bowiem odnosić się jedynie certyfikat lub deklaracja zgodności.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez UNIPOL Sp. z o.o.,
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu,
- powtórzenie oceny ofert i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 17 lipca 2009 r. przez jego oddalenie w całości. Stwierdził, iż zgodnie z art. 30 ustawy Pzp Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Zauważył, że od marca 2007 r. funkcjonuje Polska Norma PN-EN 14877:2008 dotycząca nawierzchni poliuretanowych, z którą muszą być zgodne oferowane nawierzchnie.

Zdaniem Zamawiającego, nie bez znaczenia dla prawidłowej interpretacji ww. postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jest użyta przez Zamawiającego systematyka przy wskazaniu dokumentów. W jego ocenie, systematyka ta sugeruje, że wśród dokumentów opisanych w pkt VI lit. A ppkt 1) Specyfikacji głównym

dokumentem wymaganym przez Zamawiającego jest certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 14877:2008 - wskazuje na to wykorzystanie przez Zamawiającego wytłuszczenia tekstu. Pozostałe dokumenty są wymienione po spójniku „lub” oznaczającym, zdaniem Zamawiającego, w logice formalnej alternatywę łączną. Postanowienie to oznacza, jak podkreślił Zamawiający, że uzna on warunek za spełniony, jeśli wykonawca przedłoży wraz z ofertą co najmniej jeden z dokumentów wymienionych w pkt VI lit. A ppkt 1) Specyfikacji, ale wskazujący zgodność z normą PN-EN 14877:2008.

Zamawiający stwierdził, że w całej dokumentacji postępowania wskazuje na konieczność zgodności oferowanej nawierzchni poliuretanowej z normą PN-EN 14877:2008, zatem dokonując oceny ofert nie może uznać za wystarczające wskazania, że oferowana nawierzchnia ALSATAN P posiada właściwości fizyczne zgodne z normą P 90-100, bowiem byłoby to odstępianie od wymagań zawartych w Specyfikacji w zakresie wymaganych właściwości nawierzchni poliuretanowej i dokumentów potwierdzających te właściwości oraz stanowiłoby naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się Odwołujący, który wniósł w dniu 22 lipca 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu, jak w proteście, naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący podtrzymał argumentację podniesioną w proteście. Wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez UNIPOL Sp. z o.o. oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia oceny ofert.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 2 159 504,44 zł, co stanowi równowartość 556 989,61 euro.

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert. Dwóch wykonawców zostało wykluczonych z udziału w postępowaniu, 2 oferty zostały odrzucone.

Ranking wszystkich ofert złożonych w postępowaniu pod względem zaoferowanych cen kształtuje się następująco:

1. PRESTIGE Sp. z o.o. – 1 143 128,90 zł,

2. UNIPOL Sp. z o.o. – 1 204 520,23 zł,
3. Konsorcjum firm: Firma Usługowo Budowlana T.L. Tetyana Lesiv i PROFI Marzena Surmińska – 1 255 658,88 zł,
4. Media Stadion Sp. z o.o. – 1 424 292,14 zł,
5. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LIK-BUD Kazimierz Palacz Spółka jawna – 1 708 000 zł.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert złożonych w postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego, jako wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu, mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, tym bardziej, że Odwołujący zaoferował najniższą cenę za realizację przedmiotu zamówienia.

W pkt VI lit. A Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków jakościowych dotyczących nawierzchni poliuretanowej następujących dokumentów:

1. Certyfikatu lub deklaracji zgodności z normą PN-EN 14877:2008, lub
 - aprobaty technicznej ITB, lub
 - wyniku badania specjalistycznego laboratorium badającego nawierzchnie sportowe np. Labosport, lub dokumentu równoważnego,
2. Karty technicznej oferowanej nawierzchni potwierdzonej przez jej producenta,
3. Atestu PZH dla oferowanej nawierzchni,
4. Autoryzacji producenta nawierzchni poliuretanowej wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię.

W ocenie Izby, treść pkt VI lit. A Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jednoznacznie wskazuje na pozostawienie wykonawcom wyboru co do dokumentu, którym wykazą spełnianie przez oferowaną nawierzchnię warunków jakościowych. Jednocześnie

z brzmienia ww. fragmentu Specyfikacji wynika, iż składając certyfikat lub deklarację zgodności wykonawcy zobowiązani byli wykazać spełnianie przez nawierzchnię warunków jakościowych wymaganych przez Zamawiającego, o których jest też mowa w normie PN-EN 14877:2008, natomiast decydując się na złożenie wraz z ofertą aprobaty technicznej ITB, rekomendacji technicznej ITB, wyników badania specjalistycznego laboratorium lub dokumentu równoważnego wykonawcy powinni wykazać spełnianie warunków jakościowych opisanych w dokumentacji przetargowej postępowania.

Powyższe jest uzasadnione tym bardziej, iż jak stwierdziła Izba, co też przyznał na rozprawie Zamawiający, w żadnym miejscu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i załączników do niej (za wyjątkiem ww. pkt VI lit. A Specyfikacji) nie zawarto wymagania, aby zaoferowana nawierzchnia poliuretanowa charakteryzowała się właściwościami opisanymi w normie PN-EN 14877:2008.

Wobec braku takiego wymagania, jak również z uwagi na treść pkt VI lit. A Specyfikacji nie sposób, w ocenie Izby, wywieść, iż wszystkie dokumenty wymienione w pkt VI lit. A ppkt 1 Specyfikacji powinny potwierdzać zgodność parametrów nawierzchni z normą PN-EN 14877:2008. Jeżeli w istocie zamierzeniem Zamawiającego było uzyskanie potwierdzenia zgodności nawierzchni z ww. normą przez złożenie któregośkolwiek z dokumentów wymienionych w pkt VI lit. A ppkt 1, Zamawiający powinien był wyrazić to zamierzenie w sposób jednoznaczny w treści Specyfikacji. Wobec braku jednoznacznego wymagania w tym zakresie, nieuprawnione jest obciążanie wykonawcy skutkiem treści nie oddającej intencji Zamawiającego.

Odpowiedź Zamawiającego na pytania wykonawcy z dnia 15 czerwca 2009 r. także nie rozwiązuje spornej kwestii, bowiem Zamawiający ograniczył się w niej jedynie do stwierdzenia, że „Zamawiający wymaga złożenia dokumentów dotyczących nawierzchni z trawy syntetycznej i poliuretanowej zgodnie z rozdziałem VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – zgodnych z założeniami określonymi w typowej SIWZ dla Programu Moje Boisko Orlik 2012.” Podkreślić należy, że również w treści typowej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla Programu Moje Boisko Orlik 2012, o której mowa w cytowanej powyżej odpowiedzi Zamawiającego brak wymagania zgodności nawierzchni poliuretanowej z normą PN-EN 14877:2008.

Odwołujący na potwierdzenie warunków jakościowych złożył wynik badania laboratorium Labosport potwierdzający właściwości fizyczne nawierzchni według normy P 90-100. Dokument ten, zdaniem Izby, odpowiada wymaganiu zawartemu w spornym pkt VI lit. A Specyfikacji.

W związku z powyższym, Izba stwierdziła, że Zamawiający powinien uznać za wystarczające i zgodne z wymaganiami dokumenty złożone przez wykonawców zgodnie

z treścią pkt VI lit. A Specyfikacji oraz dokonać ponownej oceny ofert przez zbadanie zgodności oferowanych przez poszczególnych wykonawców parametrów nawierzchni poliuretanowej z wymaganiami opisanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i jej załącznikach.

Mając na uwadze, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, a co za tym idzie art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 377 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....