

Sygn. akt: KIO/UZP 1938/09

WYROK
z dnia 1 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polcourt Spółka Akcyjna, 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11 lok/c7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Ełcki, 19-300 Ełk, ul. Piłsudskiego 4** protestu z dnia 9 grudnia 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum Unipol Sp. z o.o. (lider) i Tamex Obiekty Sportowe S.A., z siedzibą dla lidera Konsorcjum - 71-795 Szczecin, ul. Duńska 73** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Polcourt Spółka Akcyjna, 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11 lok/c7

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery zł zero gr) z kwoty

wpisu uiszczonego przez **Polcourt Spółka Akcyjna, 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11 lok/c7**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset zł zero gr) przez **Polcourt Spółka Akcyjna, 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11 lok/c7** na rzecz **Powiat Etcki, 19-300, Etka, ul. Piłsudskiego 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5556 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć zł zero gr) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polcourt Spółka Akcyjna, 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11 lok/c7**.

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

Zamawiający, Powiat Etcki, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację powiatowego stadionu lekkoatletycznego wraz z kompleksem obiektów sportowych przy Zespole Szkół nr 1 im. Jędrzeja Śniadeckiego w Etce.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 27.10.2009 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp.

W dniu 03.12.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Konsorcjum w składzie Unipol Sp. z o.o. oraz Tamex Obiekty Sportowe S.A. (dalej "Konsorcjum") oraz odrzuceniu oferty Polcourt S.A. (oferta najtańsza) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z brakiem przedłożenia przez wykonawcę żądanych w specyfikacji istotnych warunków udziału w postępowaniu (siwz) aktualnych aprobat technicznych lub rekomendacji Instytutu Techniki Budowlanej (ITB) dla oferowanej nawierzchni boiskowej.

W dniu 09.12.2009 r. Polcourt S.A. wniosła protest wobec odrzucenia jej oferty zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu protestu wskazano, iż w wezwaniu z dnia 20 listopada 2009 r. zamawiający wezwał protestującego do uzupełnienia stosowanych dokumentów lub do przedstawienia aktualnego uzasadnienia prawnego braku obowiązku ich posiadania. Protestujący wypełnił powyższe wymagania zamawiającego i złożył stosowne uzasadnienie prawne dla braku obowiązku posiadania ww. dokumentów oraz złączył stanowisko ITB w tej kwestii. Aprobaty Techniczne dla nawierzchni sportowych, zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu dzisiejszym, nie są wymagane. Wymaganie aprobaty Instytutu Techniki Budowlanej jest sprzeczne z istniejącym stanem prawnym, gdyż aprobat ITB dla nawierzchni sportowych zewnętrznych obecnie nie wykonuje się, natomiast rekomendacja ITB jest dokumentem dobrowolnym. Ponadto protestujący w inny sposób (za pomocą innych dokumentów) udowodnił i wykazał, iż oferowane przezeń nawierzchnię spełniają wymogi polskich i europejskich norm scharmonizowanych.

W dniu 21.12.2009 r. zamawiający protest wykonawcy w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono, iż skoro protestujący nie posiada aktualnych badań technicznych lub aktualnych badań na zgodność z PN, powinien zgłosić swoje zastrzeżenia w postaci protestu na etapie zapoznawania się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Po ogłoszeniu postępowania, protestujący w terminie określonym w art. 180 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP, powinien zgłosić zastrzeżenia w postaci protestu i żądać wówczas usunięcia przez zamawiającego tych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w jego ocenie były niezgodne z ustawą. Obecnie po upływie terminu na składanie ofert, dokonaniu oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej zastrzeżenia protestującego są spóźnione.

Natomiast zamawiający postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymóg dostarczenia dokumentu w postaci aktualnej aprobaty technicznej ITB lub aktualnego badania na zgodność z Polską Normą PN-EN 14877 bieżni lekkoatletycznej ponieważ był do tego uprawniony na podstawie 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 30 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W dniu 23.12.2009 r. Polcourt S.A. wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu, podtrzymując wszystkie zarzuty, wnioski i argumentację protestu.

W odwołaniu dodatkowo podniesiono m.in., iż sam zamawiający uznał, że wskazany w sprostowaniu do siwz dokument - „aktualna Aprobata lub rekomendacja ITB” nie jest dokumentem wymaganym. Świadczy o tym bezsprzecznie pismo z dnia 20.11.2009 r. w którym zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty o wskazane tam dokumenty lub aktualne prawne wyjaśnienia braku obowiązku ich posiadania - wskazując w tym zakresie właśnie m.in. dokument aprobaty lub rekomendacji. Nieuzasadnione zatem jest

późniejsze stanowisko w zakresie odrzucenia oferty z powodu nie załączenia do oferty dokumentów, które mogą zdaniem zamawiającego być zastąpione prawnym wyjaśnieniem braku ich posiadania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w rozdz. VII pkt. 1 ppkt 16 oraz ogłoszeniu o zamówieniu (w brzmieniu nadanym modyfikacją z dnia 09.11.2009 r.) żądał – na etapie składania ofert – przedłożenia dla bieżni lekkoatletycznej aktualnej Aprobaty lub Rekomendacji ITB.

Zamawiający pismem z dnia 20.11.2009 r., powołując się na art. 87 ust. 1 ustawy, wezwał Polcourt S.A. m.in. do uzupełnienia złożonej oferty o aktualną aprobatę lub rekomendację ITB dla bieżni lekkoatletycznej lub przedłożenia aktualnego (z 2009 r.) prawnego wyjaśnienia braku obowiązku ich posiadania.

Pismem z dnia 24.11.2009 r. odwołujący w zakresie powyższego żądania przedstawił uzasadnienie prawne braku obowiązku ich posiadania, które poparł załączoną opinią Instytutu Techniki Budowlanej z dnia 27.12.2006 r.. W powołanej opinii ITB stwierdzono m.in., iż dla zewnętrznych nawierzchni sportowych aprobaty techniczne nie są wydawane, natomiast możliwe jest uzyskanie dobrowolnej rekomendacji technicznej, którą ITB wydaje.

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 03.12.2009 r. jako uzasadnienie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazano, iż jej treść nie odpowiada siwz – zamawiający w rozdz. VII pkt. 1 ppkt 16 określił obowiązek załączenia do oferty dokumentu w postaci aprobaty lub rekomendacji ITB potwierdzającego, że nawierzchnia syntetyczna bieżni lekkoatletycznej spełnia wymogi zamawiającego. Wykonawca nie załączył do oferty żadanego dokumentu, którego również nie przedstawił pomimo wezwania zamawiającego, do jego uzupełnienia.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie – odwołujący nie wykazał w sposób żądany w siwz, iż oferowane przez niego produkty odpowiadają wymaganiom zamawiającego. W

przypadku braku zgodnego z siwz przedłożenia stosownych, tj. w siwz wymaganych, tzw. przedmiotowych dokumentów potwierdzających powyższe, przyjmuje się, iż oferta jest niezgodna z treścią siwz i jako taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Formalizm ustawy w tym zakresie, uzasadniany i motywowany koniecznością zachowania równej i uczciwej konkurencji pomiędzy wszystkimi uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia, ochroną wykonawców przed arbitralnymi działaniami i ocenami zamawiającego, czy wreszcie zapewnieniem ekonomii postępowania, prowadzić może często do konieczności przyjmowania wniosków nawet sprzecznych z rzeczywistością. Przedmiotem sporu w zaistniałej sytuacji nie były i być nie mogły więc jakościowe walory produktów odwołującego oraz ich zgodność ze stosowanymi normami czy opisem przedmiotu zamówienia, ale fakt udokumentowania powyższego w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego. Nie dopuszcza się tu żadnych odstępstw oraz modyfikacji jasno wyrażonej treści siwz w tym zakresie na etapie po złożeniu i otwarciu ofert. Tego typu działania zamawiającego prowadziłyby do zachwiania zasady konkurencyjności wobec wykonawców, którzy oceniając treść siwz zrezygnowali z udziału w postępowaniu z powodu nie spełniania wyrażonych w niej warunków i wymagań (np. z powodu nie posiadania stosownych aprobat czy rekomendacji).

Zgodnie z opisanymi żądaniami zamawiającego, jedyną zgodną ze specyfikacją, a tym samym prawidłową możliwością na wykazanie powyższego było przedstawienie aprobat technicznych lub rekomendacji ITB. Zamawiający w siwz nie umożliwił alternatywnego wykazania, tj. przy pomocy innych dokumentów, iż oferowanego dostawy, usługi czy roboty budowlane odpowiadają jego wymaganiom, ani nie dopuścił ich nie przedłożenia w przypadku wykazania braku prawnego obowiązku ich posiadania.

Wobec braku możliwości zamiennego wykazywania i dokumentowania właściwości oferowanych produktów, należało przedstawić dokumenty ściśle odpowiadające żądaniom zamawiającego, który dokumenty te w sposób nie budzący wątpliwości nazwał i uszczegółowił. Tym bardziej, iż przedstawienie tego typu dokumentów było jak najbardziej możliwe i wykonalne. O ile Izba przyjmuje wywody odwołującego, iż aprobaty techniczne ITB nie są już wydawane i w przypadku utraty ich aktualności niemożliwe jest uzyskanie aprobaty nowej, to jednak każdy zainteresowany podmiot mógł wystąpić i uzyskać stosowną rekomendację (co wynika z opinii ITB przedłożonej przez odwołującego), która spełniałaby wymagania zamawiającego w tym zakresie. Okoliczność, że w świetle obowiązujących przepisów posiadanie tego typu dokumentów nie jest konieczne, nie ma najmniejszego znaczenia dla spawy. Obowiązek prawny ich posiadania, nie wynika w tym przypadku z bezwzględnie obowiązujących przepisów, ale jest ustanawiany przez postanowienia siwz, w której zamawiający na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy może żądać przedłożenia różnorodnych dokumentów, których katalog nie został ograniczony w § 3 ust. 1 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), a w szczególności możliwość ich żądanie nie jest uzależniona od ogólnego obowiązku prawnego ich posiadania przez wykonawców. Reasumując, wykonawca, który zamierzał ubiegać się o przedmiotowe zamówienie winien takie dokumenty uzyskać i przedłożyć wraz z ofertą zamawiającemu lub doprowadzić do usunięcia wymogu przedłożenia tego typu dokumentów z siwz przed otwarciem ofert, np. na drodze protestu i wykazania, że ich żądanie nakłada nadmierne wymagania na wykonawców, jest z punktu widzenia możliwości przeprowadzenia postępowania zupełnie zbędne, czy w rezultacie narusza zasady konkurencji i ogranicza dostęp do zamówienia.

Podnieść również należy, że nie mogły wyżej opisanych wymagań siwz oraz ich prawnego znaczenia, zmienić sformułowania wezwania do uzupełnienia stosownych dokumentów, w których zamawiający zdawał się od wymogu ich przedłożenia odstąpić. Jak już wskazano zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania modyfikacji żądań siwz po upływie terminu składania ofert. Tym samym postanowienia siwz pozostają w mocy i według ich treści należy oceniać zaistnienie przesłanek odrzucenia oferty, a nie według stopnia zastosowania się czy nie zastosowania przez wykonawcę do treści żądania do uzupełnienia dokumentów. Instytucja uzupełnienia dokumentów przedmiotowych, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp jest jedynie formalnym obowiązkiem zamawiającego do umożliwienia wykonawcom uzupełnienia nieprzedłożonych i błędnych dokumentów podmiotowych, przedmiotowych czy pełnomocnictw. W żadnym razie nie może zmieniać wymagań siwz czy ustanawiać samodzielnych i niezależnych przesłanek wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia jego oferty. Wyrażając powyższe inaczej: nie ma w ustawie przesłanki odrzucenia oferty w brzmieniu „z powodu nie uzupełnienia dokumentów w sposób zgodny z wezwaniem zamawiającego”.

W związku z powyższym wezwanie zamawiającego dokonane w niniejszym postępowaniu można oceniać jedynie pod względem prawidłowości umożliwienia wykonawcy uzupełnienia jego oferty przed zastosowaniem przesłanki jej odrzucenia z powodu niezgodności z treścią siwz, a nie modyfikacji żądań siwz. Jakkolwiek w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp brak jest wyrażonego wprost zastrzeżenia jej zastosowania od uprzedniego dokonania wezwania do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych – odwrotnie niż w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – to jednak w związku ze sformułowanym w art. 26 ust. 3 Pzp nakazem uzupełnienia w określonych sytuacjach dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2, przyjęć należy, iż jest to wymóg bezwzględny, a decyzja co do odrzucenia oferty powinna być podjęta dopiero po umożliwieniu dokumentów tych uzupełnienia.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający powyższe wykonawcy umożliwił. Jakkolwiek w treści wezwania podano jego błędną podstawę prawną – art. 87 ust. 1 zamiast art. 26 ust. 3 ustawy, jednakże oceniając powyższe stwierdzić należy, że materialnie żądanie którego dokonanie nakazuje art. 26 ust. 3 zostało przeprowadzone. Odwołujący powołując się na sformułowania w wezwaniu zawarte, nie chciał wykazać, iż jego treść wprowadziła go w błąd skutkujący, iż posiadanych aprobat czy rekomendacji nie przedstawił w przekonaniu, że są zbędne, chociaż takowymi dysponuje i w przypadku jednoznacznego określenia przez zamawiającego, że takich wymaga, zostałyby mu przedłożone. Wykazywał natomiast opisywany wyżej ogólny skutek prawny dla dopuszczalnego sposobu spełnienia żądań siwz – podnosił, iż w świetle treści wezwania możliwe było i wystarczające przedłożenie uzasadnienia braku obowiązku ich posiadania, co też w sposób prawidłowy uczynił. Tym samym nie domagał się powtórzenia tego wezwania w celu umożliwienia mu przedłożenia brakujących aprobat lub rekomendacji, ale domagał się oceny i przyjęcia, iż przedłożone przez niego dokumenty odpowiadają siwz czyli w sposób wystarczający potwierdzają, że oferowana nawierzchnia spełnia wymagania zamawiającego. Ponadto w świetle oświadczenia odwołującego złożonego na rozprawie, iż posiadane przez niego aprobaty są nieaktualne, a rekomendacji ITB nigdy nie posiadał i nie zamierza o nią występować gdyż posiada dokumenty, które w sposób bardziej kompleksowy i pełniejszy potwierdzają okoliczności w takiej rekomendacji potwierdzone, stwierdzić należy, iż rozważanie czy samo wezwanie winno być powtórzone w celu umożliwienia mu złożenia aktualnych aprobat czy rekomendacji jest zbędne. Wykonawca takich dokumentów na dzień składania ofert nie posiadał, a ich późniejsze uzyskanie nie jest możliwe. Tym samym, jak słusznie zauważył przystępujący, powtórzenie wezwania do uzupełnienia dokumentów doprowadziłoby do sytuacji, w której przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia już się znajduje, a więc nie miałyby wpływu na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....