

Sygn. akt: KIO 1650/10

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 sierpnia 2010 r. przez **KOSTRZEWA Sp. z o.o., 41-400 Mysłowice, Rynek 8 i 9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Jastrzębie Zdrój – Wydział Infrastruktury Komunalnej i Inwestycji, 44-335 Jastrzębie Zdrój, Al. Piłsudskiego 60 / B503.**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- kosztami postępowania obciąża **KOSTRZEWA Sp. z o.o., 41-400 Mysłowice, Rynek 8 i 9** i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **KOSTRZEWA Sp. z o.o., 41-400 Mysłowice, Rynek 8 i 9** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Jastrzębie Zdrój – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą” lub „pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa boisk sportowych przy Szkole Podstawowej nr 5.

29 lipca 2010 r. zamawiający za pośrednictwem faksu przekazał informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp. Zamawiający poinformował o przyczynach odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Kostrzewa Sp. z o. o. w Mysłowicach wniósł odwołanie wobec czynności polegających na unieważnieniu postępowania, odrzucenia jego oferty, nie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust.1 pzp, odwołujący wywiódł, że czynność odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 pzp jest błędna. Uznał za nietrafny pogląd zamawiającego, że zaoferowana nawierzchnia nie spełnia kryteriów projektu załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz”, gdyż parametry techniczne nawierzchni wynikające z karty technicznej nie mieszczą się w 5% tolerancji parametrów przedstawionych w projekcie. Odwołujący powołał złożoną przez siebie kartę techniczną oraz wielkość parametrów wymaganych przez zamawiającego i zaznaczył, że podtrzymuje zamiar wykonania zamówienia zgodnie z zapisami siwz. Podniósł, że zamawiający przy ocenie oferty powinien się kierować wagą uchybienia oraz tym, czy uchybienie mogło mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu niedołożenie należytej staranności przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej oceny, dokonanie wyboru oferty odwołującego oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp. Przywrócenie oferty odwołującego do postępowania da mu możliwość uzyskania zamówienia legitymuje się zatem interesem w rozumieniu przywołanego przepisu.

Zarzucane zamawiającemu naruszenia powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniu odwoławczym ocenie podlega prawidłowość czynności lub zaniechania przez zamawiającego czynności, do których zobowiązany przepisami ustawy.

Wstępnie należy zauważyć, że skoro wartość badanego postępowania jest mniejsza, niż kwoty wskazane w art. 11 ust. 8 pzp, niedopuszczalne jest podnoszenie zarzutów wobec czynności unieważnienia postępowania. W art. 180 ust. 2 pzp ustawodawca ustanowił generalną regułę niedopuszczalności wnoszenia odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 wymieniając *expressis verbis* wszystkie czynności, od których w postępowaniach o przywołanej wartości przysługuje odwołanie. Jednocześnie art. 180 ust. 2 pzp daje możliwość korzystania z efektywnych środków ochrony prawnej i przyznaje prawo do ochrony najistotniejszych interesów wykonawcy w tym odrzucenia złożonej przez niego oferty. Uwzględnienie zarzutów odwołania spowoduje konieczność unieważnienia przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.

Odwołanie jest bezzasadne.

Opisując przedmiot zamówienia za pomocą projektu budowlanego i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót zamawiający podał wymagane parametry nawierzchni (str. 9 projektu budowlanego i str. 60 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, odpowiednio załączniki numer 11 i 13 do siwz).

Zamawiający dopuścił zastosowanie systemowych nawierzchni sportowych o parametrach takich samych, lepszych, bądź zbliżonych do projektowanych. Jednocześnie podał, że przez określenie parametrów zbliżonych do projektowanych należy rozumieć parametry techniczne oferowanych przez wykonawców nawierzchni sportowych maksymalnie o 5 % odbiegających standardem od wymagania w projekcie w kierunku ich pogorszenia. Zamawiający nie ograniczył wykonawców co do górnej granicy parametrów technicznych, zastrzegł natomiast, że nie dopuszcza zastosowania nawierzchni o parametrach gorszych, niż założone w projekcie (str. 10 projektu budowlanego, str. 64 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,).

Siwz, projekt budowlany i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót przewidywały obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających zgodność parametrów technicznych produktu z wymaganiami projektanta i inwestora.

Odwołujący złożył kartę techniczną dotyczącą nawierzchni ALSATAN® SC, produkowanej przez STOCMEIER URETHANES GmbH & Co. KG, której parametry grubości, wytrzymałości na rozdieranie odporności na działanie zmiennych cykli hydrotermicznych, przyczepności do podłoża i międzywarstwowej oraz współczynnika poślizgu w stanie suchym

są zgodne z wymaganiami zamawiającego. Spór dotyczy pozostałych wskazanych przez zamawiającego parametrów; wytrzymałości na rozciąganie wydłużenia względnego przy rozciąganiu, ścieralności w aparacie Stuttgart, odporności na uderzenie, twardości Shore'a typ A oraz nasiąkliwości.

Okoliczność, że maksymalne odchylenie *in minus wynikające* z karty technicznej przekracza wymagania zamawiającego określone w siwz, nie jest sporna między stronami.

W celu oceny zarzutów należy przede wszystkim dokonać kwalifikacji prawnej karty technicznej. Wg literalnego sformułowania siwz zamawiający nadał mu walor dokumentu przedmiotowego, potwierdzającego zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2) pzp spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań opisanych w siwz.

Wskazać jednak należy, że w okolicznościach sprawy dokument ten nie może zostać uznany za mający charakter *stricte* przedmiotowy. Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego podlegają uzupełnieniu. Uznanie zatem, że karta techniczna wskazująca parametry konkretnej oferowanej nawierzchni, nie odpowiadającej wymaganiom zamawiającego, jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu, nieuchronnie prowadzić musiałoby do zaoferowania innej nawierzchni. Ewentualne uzupełnienie karty technicznej byłoby możliwe w sytuacji, gdy z innych dokumentów wynikałoby, że nie odnosi się do oferowanego produktu. W okolicznościach sporu uznać jednak należy, że skoro karta techniczna identyfikuje i indywidualizuje oferowane świadczenie, to stanowi treść oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odwołujący oświadczył na rozprawie, że niedopuszczalne przekroczenie parametrów nastąpi wyłącznie w sytuacji wykonania nawierzchni o grubości 12 mm, natomiast odwołujący zamierza wykonać nawierzchnię o grubości 13 lub 14 mm, a w takiej sytuacji wszystkie wymagane parametry odpowiadać będą wymaganiom zamawiającego lub nawet je przewyższać.

Po pierwsze: wskazać należy, że stanowisko takie nie ma żadnego oparcia w treści oferty odwołującego. Z karty technicznej wynika zaoferowanie nawierzchni o grubości 13 mm +/- 1. Treść tak karty technicznej, jak i innych dokumentów złożonych wraz z ofertą, nie wskazuje, że wartości poszczególnych parametrów nawierzchni uzależnione są jedynie od grubości nawierzchni, a ich różnica w ich wartości nie stanowią statystycznych odchyień związanych z procesem produkcji.

Po drugie: Art. 190 ust. 1 pzp nakazuje stronie przedstawianie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutek prawny ze swoich twierdzeń. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na twierdzenie, że w przypadku nawierzchni o grubości 13 lub 14 mm zostaną osiągnięte parametry wymagane przez zamawiającego. Wobec tego Izba uznała

prezentowane twierdzenie za nieudowodnione. Trafnie podniósł zamawiający, że spełnianie wymagań winno być wykazane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co w okolicznościach sporu nie nastąpiło.

Po trzecie: stan sprawy uniemożliwia ewentualne poprawienie parametrów sprzecznych z wymaganiami zamawiającego, jako błędu w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Nawet przy uznaniu, że wskazanie wielkości parametrów sprzecznych z wymaganiami zamawiającego nastąpiło skutkiem błędu oraz, że ma on charakter nieistotny, ku czemu brak jest podstaw, dokonanie ewentualnej poprawy nie może nastąpić wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy.

Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego i nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 1 pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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).

.....