

Sygn. akt: KIO/UZP 503/08

WYROK
z dnia 05.06.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05.06.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **FIRMA KASZUB Dariusza Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Łaskarzew, 08-450 Łaskarzew, Duży Rynek 32** protestu z dnia 09.05.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania FIRMY KASZUB Dariusza Kaszuba do uzupełnienia dokumentów oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gmina Łaskarzew, 08-450 Łaskarzew, Duży Rynek 32** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **FIRMA KASZUB Dariusza Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) przez **Gmina Łaskarzew, 08-450 Łaskarzew, Duży Rynek 32** na rzecz **FIRMA KASZUB Dariusza Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx 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 **FIRMA KASZUB Dariusza Kaszuba, 83-307 Kiełpino, ul. Kolejowa 4**

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

Zamawiający – Gmina Łaskarzew prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę kompleksu boisk przy Szkole Podstawowej w Krzywdzie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 27 marca 2008 r. pod numerem 61285-2008.

Zamawiający dnia 5 maja 2008 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez FIRME KASZUB Dariusz Kaszuba. Czynność ta stała się podstawą do wniesienia dnia 9 maja 2008 r. protestu przez GARDENIA SPORT Sp. z o.o. Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust.1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2.

Protestujący podnosi, iż Zamawiający w treści Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (dział D.05.02.00, pkt 5.2.7, ppkt 6), stanowiącej załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), postawił bezwzględny warunek dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzenia spełnienia wszystkich wymaganych minimalnych parametrów nawierzchni, określonych w opisie za pomocą stosownych dokumentów (m.in. karty technicznej producenta w oryginale) pozwalających na ich weryfikację.

Ponadto, Zamawiający postawił wykonawcom wymóg zaoferowania nawierzchni o grubości 13 mm, wykonanej w technologii natrysku metodą In-situ, posiadającej certyfikat IAAF oraz spełniającej wymagania normy PN-EN 14877. Jednocześnie Zamawiający postawił następujący warunek: „Do oferty należy dołączyć normę PN-EN 14877 oraz potwierdzenie (np. raport, wyniki badań o zgodności proponowanej nawierzchni poliuretanowej z normą PN-EN 14877 wydane przez uprawnioną do tego rodzaju badań jednostkę itp.)”. Tymczasem FIRMA KASZUB Dariusz Kaszuba nie załączyła do swojej oferty, ani też nie przekazała Zamawiającemu, w ramach późniejszego uzupełnienia dokumentów, przedmiotowej karty technicznej, żądanej Normy oraz potwierdzenia, tym samym nie spełniła warunku stawianego w postępowaniu.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający dokonując wyboru oferty niespełniającej wymogów treści SIWZ naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Protestujący zauważa, że takie działanie Zamawiającego prowadzi do poniesienia odpowiedzialności określonej w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 z późn. zm.) oraz naraża zamawiającego na podpisanie umowy, która zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi zostać uznana za nieważną.

Protestujący podnosi, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż możliwe jest, że oferta Protestującego po dokonaniu czynności odrzucenia oferty FIRMY KASZUB Dariusz Kaszuba, zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Protestujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty FIRMY KASZUB Dariusz Kaszuba oraz dokonanie powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu przystąpiły: dnia 12 maja 2008 r. FIRMA KASZUB Dariusz Kaszuba, zwana dalej Odwołującym się, wnosząc o oddalenie protestu oraz dnia 15 maja 2008 r. P.U.H. „MEL-KAN” Kazimierz Jakubiak, wnosząc o uwzględnienie protestu.

Odwołujący się podnosi, że Protestujący nie wykazał interesu prawnego we wnoszeniu środka ochrony prawnej, co powinno skutkować oddaleniem protestu. W postępowaniu złożono kilka ofert, a oferta Protestującego była najmniej korzystną. Zatem Protestujący nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu ofert, które nie uniemożliwiają uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący się wskazuje wyroki Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołu Arbitrów.

Odwołujący się wyjaśnia, iż na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2008 r. uzupełnił żądane dokumenty i potwierdził je zgodnie z dyspozycją tam zawartą („jak w pkt 2 rozstrzygnięcia protestu”).

Jednocześnie Odwołujący się podnosi, iż w SIWZ nie postawiono wymogu składania oryginałów dokumentów. Co więcej, działanie takie byłoby niezgodne z § 4.1 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.

Odwołujący się podkreśla, że zaoferowana nawierzchnia posiada grubość 13 mm, parametry nawierzchni potwierdza karta techniczna przywołująca Rekomendację Techniczną RT ITB-1071/2007, Atest higieniczny HK/B/0545/02/2006 oraz autoryzacja producenta. W zakresie normy PN-EN 14877 spełniono wymagania Zamawiającego, przedkładając raport Stockmaier Urethanes potwierdzający, że zaoferowana nawierzchnia w zakresie parametrów jest zgodna z powoływaną normą. Odwołujący się złożył również oświadczenie AURUM Chemicals, wyłącznego przedstawiciela producenta na rynku polskim.

Dnia 19 maja 2008 r. Zamawiający protest rozstrzygnął. Zamawiający stwierdził, iż w zakwestionowanej ofercie brak normy PN-EN 14877 oraz karty technicznej producenta w oryginale, co skutkuje uwzględnieniem protestu.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziła się FIRMA KASZUB Dariusz Kaszuba i wniosła dnia 21 maja 2008 r. odwołanie, żądając odrzucenia protestu, „utrzymania decyzji uznania oferty Firmy Kaszub jako spełniającej warunki postępowania, utrzymania decyzji wyboru oferty Firmy Kaszub jako najkorzystniejszej”.

Odwołujący się podnosi, iż FIRMA KASZUB Dariusz Kaszuba złożyła ofertę najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium była cena.

Ponadto, Odwołujący się wyjaśnia, że pierwotnie w postępowaniu mogli wziąć udział jedynie wykonawcy, którzy posiadali autoryzację producenta nawierzchni CONIPUR. Nawierzchnię taką zaoferował jedynie Protestujący, którego oferta okazała się najdroższa.

Odwołujący się podtrzymuje argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania i po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający dnia 24 kwietnia 2008 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał FIRME KASZUB Dariusz Kaszuba do uzupełnienia następujących dokumentów : atestu higienicznego i autoryzacji producenta oraz normy PN-EN 14877, potwierdzonej jak w pkt 2 zamieszczonej w rozstrzygnięciu protestu, na nawierzchnię z poliuretanu. W odpowiedzi Odwołujący się w terminie zakreślonym (25 kwietnia 2008 r.) przesłał m.in. informację z dnia 25 kwietnia 2008 r. pochodzącą od STOCKMEIER URETHANES GmbH & Co.KG, w której potwierdzono, iż zaoferowana nawierzchnia spełnia wymagania normy EN 14877, w zakresie parametrów, jednakże nie dołączył przedmiotowej normy.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, iż wykonawcy nie mieli obowiązku dołączenia do oferty, spornej Normy. Należy bowiem zauważyć, że zgodnie z dyspozycją art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert. Zatem na podstawie jedynie zapisu pkt 2 rozstrzygnięcia protestu, z którego wynika obowiązek dołączenia do oferty normy PN-EN 14877, Zamawiający nie był uprawniony do jej żądania. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stoi na stanowisku, iż na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający w tym zakresie miał obowiązek dokonać modyfikacji treści SIWZ. Tylko w takich okolicznościach żądanie Zamawiającego byłoby skuteczne.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że żądanie dokumenty nie należą do kategorii dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak to określił Zamawiający w przedmiotowym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Gdyby tak było, Zamawiający nie miałby nawet możliwości dokonania zmiany w tym zakresie ze względu na treść przepisu art. 38 ust. 5 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż w uzupełnieniu dokumentów z dnia 25 kwietnia 2008 r. Odwołujący się przekazał Zamawiającemu również inne dokumenty, które nie były wskazane w wezwaniu do uzupełnienia. Dotyczy to m.in. spornej karty technicznej producenta, dostarczonej w postaci kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Zatem skuteczne stwierdzenie braku tego dokumentu mogłoby nastąpić jedynie w przypadku braku uzupełnienia na żądanie Zamawiającego w terminie wskazanym. Z sytuacją taką w badanym stanie faktycznym nie mamy do czynienia, bowiem nie nastąpiło nawet wezwanie. Co więcej, ewentualne żądanie w tym zakresie nie ma podstawy faktycznej, gdyż Zamawiający w pkt 5.2 ppkt 2 Specyfikacji Technicznej D.05.01.00 zawarł wymogi dotyczące nawierzchni syntetycznej a nie poliuretanowej. Natomiast wymogi, co do nawierzchni poliuretanowej, określone zostały w Specyfikacji Technicznej D.05.02.00 w pkt 5.2.6, gdzie wśród wymaganych dokumentów wymieniono m.in. kartę techniczną systemu, zaś w pkt 5.2.7 ppkt 6 w zakresie wymagań dotyczących wykonania prac nawierzchniowych postanowiono, iż „spełnienie wszystkich wymaganych minimalnych parametrów nawierzchni określonych w opisie należy potwierdzić stosownymi wiarygodnymi dokumentami, (np. Aprobata lub Rekomendacja Techniczna ITB, karta techniczna producenta w oryginale) pozwalającymi na ich weryfikację”. W tym stanie faktycznym Zamawiający nie ma możliwości żądania karty producenta w ogóle, bowiem jak wynika z treści przytoczonych zapisów obowiązek ten dotyczy etapu realizacji zamówienia a nie składania ofert. Jeżeli intencją Zamawiającego było żądanie tego dokumentu wraz z ofertą, to powinno to znaleźć odzwierciedlenie w treści SIWZ, ewentualnie jej modyfikacji.

W tych okolicznościach, zadaniem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Zaś ust. 3 art. 7 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co w konsekwencji nakłada na Zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający prawidłowe stosowanie przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp należy uznać za chybiony. Zamawiający bowiem nie wykluczył Odwołującego

się, ani tym bardziej nie był do tego zobowiązany bowiem brak przesłanek do podjęcia tej czynności. Podnoszony brak dokumentów nie dotyczy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zaś kwestia wadium nie była przedmiotem sporu, stąd należy uznać, że pkt 4 został przywołany wadliwie.

Podobnie, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia, gdyż Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez Odwołującego się, stwierdzono brak podstaw do jej odrzucenia w powoływanym zakresie.

Jednocześnie, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, iż w badanym stanie faktycznym Protestujący nie miał interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca ten jest co prawda uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże składane środki ochrony prawnej nie zapewnią mu możliwości uzyskania zamówienia, tymczasem przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga wykazania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. W sytuacji więc, w której Protestujący kwestionuje jedynie ofertę najkorzystniejszą, sam będąc w rankingu ofert na szóstej pozycji, składanie środków ochrony prawnej nie doprowadzi do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy. Wobec powyższego, skoro interes prawny warunkuje skuteczność środka ochrony prawnej, niewskazanie tej przesłanki, skutkuje oddaleniem tego środka, co Zamawiający zobowiązany był uczynić.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy 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/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*