

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Jarosława Hryb prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "HEBAN" - inż. Jarosław Hryb, 75-682 Koszalin, ul. Jarzębinowa 9 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gminę Gościno, 78-120 Gościno, ul. IV Dywizji WP 58 protestu z dnia 8 lipca 2009 r.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu, Gminie Gościno 78-120 Gościno, ul. IV Dywizji WP 58 unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie odrzucenia oferty Jarosława Hryb prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "HEBAN" - inż. Jarosław Hryb, 75--682 Koszalin, ul. Jarzębinowa 9 oraz dokonanie ponownej oceny ofert
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Gościno, 78-120 Gościno, ul. IV Dywizji WP 58 i nakazuje:

- 1) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Jarosława Hryb prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "HEBAN" - inż. Jarosław Hryb, 75-682 Koszalin, ul. Jarzębinowa 9**
- 2) **dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Gminę Gościno, 78-120 Gościno, ul. IV Dywizji WP 58 na rzecz Jarosława Hryb prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "HEBAN" - inż. Jarosław Hryb, 75-682 Koszalin, ul. Jarzębinowa 9 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania:**
- 3) **dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP:**
- 4) **dokonać zwrotu kwoty 5426zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Jarosława Hryb prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "HEBAN" - inż. Jarosław Hryb, 75-682 Koszalin, ul. Jarzębinowa 9**

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Gościno - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę boiska wielofunkcyjnego przy Zespole Szkół - Szkoła Podstawowa w Gościnie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 kwietnia 2009 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp,

W dniu 8 lipca 2009 roku wykonawca, Jarosław Hryb, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "HEBAN" inż. Jarosław Hryb, wniósł protest na czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego się oraz wybór oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Stefan Zakrzewski, 78-100 Kołobrzeg, ul. Zafirowa 16 oraz P.W. "GRETASPORT" Ilona Stańczyk, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Jaworowa 2.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, iż zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia żądał od wykonawców, aby nawierzchnia boisk spełniała następujące parametry:

- nawierzchnia syntetyczna, poliuretanowa dwuwarstwowa, typu EPDM, grubości minimum 13 mm, antyelektrostatyczna

- _ nawierzchnię należy ułożyć na warstwie wyrównawczej - mineralno syntetycznej grubości 3,5 mm, składającej się z granulatu gumowego, żwirku kwarcowego oraz lepiszcza poliuretanowego

- _ zastosowana nawierzchnia musi posiadać przeprowadzone badania za zgodność z normą PN-EN 14877 lub posiadać aprobatę techniczną ITB lub rekomendację techniczną ITB lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium badającego nawierzchnie sportowe.

Odwołujący się stwierdził, że zaproponowana przez niego nawierzchnia EL TAN N spełnia wszystkie wymagania określone w siwz, tzn. jest nawierzchnią syntetyczną, wykonaną z dwóch warstw (warstwa spodnia z granulatu gumowego SBR, warstwa wierzchnia z granulatu EPDM), jest nawierzchnią typu EPDM, co nie podlega kwestionowaniu. Producent nawierzchni ELTAN N, jak wynika z przekazanej przez odwołującego się karty technicznej, dopuszcza wykonanie jej w grubościach od 12 do 25 mm, co oznacza, że wymagana przez zamawiającego minimalna grubość nawierzchni 13 mm jest również spełniona. Zamawiający w żadnym miejscu siwz nie określił grubości warstwy EPDM, jedynie podał wymaganą całkowitą grubość nawierzchni, tj. 13 mm. Ponadto wybrana przez zamawiającego oferta z nawierzchnią TETRAPUR ENZ odm. IV S wg karty technicznej jej producenta również nie przewiduje wykonania wierzchniej warstwy użytkowej z gumy EPDM o grubości 13 mm, lecz około 8 mm.

Pismem z dnia 14 lipca 2009 roku zarzewiejący oddalił protest. W uzasadnieniu stwierdził, iż nawierzchnia typu ELTAN N w samych swoich założeniach technologicznych przewiduje uzyskanie nawierzchni poliuretanowej EPDM metodą natryskową o maksymalnej grubości 2 do 3 mm, a zatem nie zapewnia to uzyskania nawierzchni poliuretanowej EPDM o grubości wymaganej, tj. 13 mm, a takiej grubości warstwy EPDM zamawiający żądał w zapisach siwz. Nawierzchnię tej grubości uzyskuje się stosując technologię np. EL TAN P lub EL TAN 25 metodą rozkładania rozkładarką gaśnicową.

Odnosząc się do zarzutu niemożności wykonania wierzchniej warstwy EPDM o grubości minimum 13 mm technologią TETRAPUR ENZ odm. IV S, zaoferowanej przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą., zamawiający stwierdził, iż producent tego typu nawierzchni potwierdził, iż technologia ta daje gwarancję uzyskania wierzchniej warstwy EPDM o min. Grubości 13 mm, ułożonej na oddzielnej warstwie wyrównawczej, Dlatego też zamawiający w siwz określił ten wymóg jako dwuwarstwowość. Natomiast EL TAN N - nawierzchnia typu natryskowego - pozwala uzyskać nawierzchnię dwuwarstwową, jednakże grubość warstwy EPDM uzyskanej metodą natryskową może osiągnąć maksymalnie 2 mm, co jest niezgodne z wymogami stawianymi przez zamawiającego w siwz.

W dniu 20 lipca 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego odwołujący się wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza na rozprawie z udziałem stron, przeprowadziła dowody z dokumentacji akt sprawy, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych ofert, nadto rozważyła stanowiska stron złożone do akt sprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wnoszenia środków odwoławczych w niniejszej sprawie. Ewentualne uwzględnienie odwołania może bowiem spowodować uznanie oferty odwołującego się za najkorzystniejszą.

Istotą sporu w niniejszej sprawie było rozstrzygnięcie, czy wymóg wykonania nawierzchni o grubości minimum 13 mm dotyczył wyłącznie warstwy EPDM, czy też

nawierzchni opisanej przez zamawiającego w siwz jako nawierzchnia syntetyczna, poliuretanowa, dwuwarstwowa typu EPDM, antyelektrostatyczna.

Zamawiający w siwz postawił wymóg, iż ma to być:

- nawierzchnia syntetyczna, poliuretanowa dwuwarstwowa, typu EPDM, grubości minimum 13 mm, antyelektrostatyczna
- nawierzchnię należy ułożyć na warstwie wyrównawczej - mineralno syntetycznej grubości 3,5 mm, składającej się z granulatu gumowego, żwirku kwarcowego oraz lepiszcza poliuretanowego

Wacenie Izby z takiego opisu nawierzchni jednoznacznie wynika, iż wymagany parametr grubości minimum 13 mm dotyczy dwuwarstwowej nawierzchni, nie zaś wyłącznie warstwy EPDM oraz że nawierzchnia ta będzie ułożona na warstwie wyrównawczej mineralno-syntetycznej. Wniosek taki wynika z zastosowanej przez zamawiającego redakcji spornej części siwz.

Wyrażenie nawierzchnia użyte w tiret pierwsze jest jedynym podmiotem w tej części opisu. Zgodnie z zasadami logiki należy więc przypuszczać, iż wszystkie pozostałe części tegoż wyrażenia odnoszą się do podmiotu i dookreślają go. Za stanowiskiem tym przemawia fakt, iż pomiędzy poszczególnymi wyrażeniami następującymi po słowie "nawierzchnia" użyty został funktor koniunkcji, czyli przecinek. Przyjęta wobec tego przez zamawiającego wykładnia, iż wymagana grubość minimum 13 mm dotyczy wyłącznie warstwy EPDM sprzeczna jest z zasadami logiki oraz interpunkcji w języku polskim.

Wacenie Izby chybiony jest również argument zamawiającego, wyrażony w rozstrzygnięciu protestu, iż zamawiający poprzez dwuwarstwowość nawierzchni rozumiał ułożenie warstwy EPDM na warstwie wyrównawczej. Zamawiający wyraźnie bowiem określił, iż dwuwarstwowa nawierzchnia (opisana w tiret pierwsze) ma zostać ułożona na warstwie wyrównawczej, opisanej w tiret drugie.

Zarówno w rozstrzygnięciu protestu, jak i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, zamawiający prezentował stanowisko, iż wymagał od wykonawcy przedmiotu zamówienia wykonania nawierzchni, której warstwa EPDM będzie miała grubość minimum 13 mm. Jednakże zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametry wskazują na wymóg ułożenia dwuwarstwowej nawierzchni typu EPDM o grubości minimum 13 mm. W orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie

skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07).

Zdaniem Izby powyższy pogląd zachowuje swą aktualność również w przypadku opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametrów nawierzchni wielofunkcyjnego boiska sportowego, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty odwołującego się dotyczące nie spełnienia parametrów nawierzchni zaoferowanej przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tj. konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlano-Transportowe Stefan Zakrzewski i "GRETASPORT Ilona Stańczyk. Wartość przedmiotowego zamówienia, zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 28 lipca 2009 roku, wynosi bowiem 438.008,85 zł brutto, co stanowi równowartość kwoty 112.973,32 euro.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy - Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. B, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1 a.

W związku z powyższym oraz stosownie do przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz.U. Nr 241, poz. 1762) uznać należy, iż przepis art. 164 ust. 1a ustawy - Prawo zamówień publicznych znajduje zastosowanie w przypadku zamówień o wartości niższej niż wyrażona w złotych równowartość kwoty

- a) 133.000 euro - dla dostaw lub usług,
- b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych.

Wskazując na powyższe zasadnym jest stwierdzenie, iż w niniejszym postępowaniu, na zasadzie art. 184 ust. 1 a ustawy - Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego okoliczności wyrażnie w przytaczanym przepisie wymienionych, tj.

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia
- 4) odrzucenia oferty.

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż możliwość wniesienia odwołania została ograniczona tylko do wskazanych przypadków, a więc przypadków, w których czynności zamawiającego dotyczą bezpośrednio wykonawcy składającego odwołanie (np. wykluczenia go z postępowania czy odrzucenia jego oferty) nie zaś innych wykonawców. U podstaw *ratio legis* przepisu leży bowiem to, by wykonawca miał zagwarantowane prawo do wnoszenia efektywnych środków ochrony prawnej dotyczących jego naj istotniejszych interesów. Taka teza wynika z uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy - Pzp oraz niektórych innych ustaw, która to nowelizacja uchwalona została w dniu 4 września 2008 roku i wprowadzona w życie w dniu 24 października 2008 roku.

Odwołanie wniesione w niniejszej sprawie dotyczy również czynności, których dyspozycja przepisu art. 184 ust. 1 a nie obejmuje. Ponieważ przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości częściowego odrzucenia odwołania, zarzuty nie objęte wskazanym przepisem należało pozostawić bez rozpoznania.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec tego orzekła jak w sentencji wyroku, stosownie do treści art. 191 uat. 1 a ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 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. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 Koszalinie.

Przewodniczący:

[Handwritten signature]

Członkowi

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]