

WYROK
z dnia 29 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lutego 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma KASZUB Dariusz Kaszuba ul. Rzemieśnicza 3, Leszno, 83-307 Kiełpino i Akada Sport Sp. z o.o. ul. Rzemieśnicza 3, Leszno, 83-307 Kiełpino

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Stalowa Wola ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola

przy udziale wykonawcy **Polcourt S.A. ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7** zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Dariusza Kaszubę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma KASZUB Dariusz Kaszuba ul. Rzemieśnicza 3, Leszno, 83-307 Kiełpino i Akada Sport Sp. z o.o. ul. Rzemieśnicza 3, Leszno, 83-307 Kiełpino i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Dariusza Kaszubę**

prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma KASZUB Dariusz Kaszuba ul. Rzemieślnicza 3, Leszno, 83-307 Kiełpino i Akada Sport Sp. z o.o. ul. Rzemieślnicza 3, Leszno, 83-307 Kiełpino tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma KASZUB Dariusz Kaszuba ul. Rzemieślnicza 3, Leszno, 83-307 Kiełpino i Akada Sport Sp. z o.o. ul. Rzemieślnicza 3, Leszno, 83-307 Kiełpino na rzecz Gminy Stalowa Wola ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola kwotę 3 808 zł 95 gr (słownie: trzy tysiące osiemset osiem złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Gmina Stalowa Wola prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę stadionu (areny sportowej) oraz trybuny dla 800 osób wraz z infrastrukturą techniczną przy ul. Staszica w Stalowej Woli” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 30 grudnia 2011 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

14 lutego 2012 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie i poinformował wykonawców m.in. o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego – Polcourt S.A. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Dariusza Kaszuby prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma KASZUB Dariusz Kaszuba oraz AKADA SPORT Sp. z o.o.

20 lutego Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na niezachowaniu obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego,
3. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie żądania wyjaśnienia treści złożonej oferty lub art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Polcourt S.A..

Interes prawny Odwołującego został naruszony, gdyż jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, a w wyniku zaniechania odrzucenia oferty Polcourt S.A. oraz odrzucenia oferty Odwołującego, pozbawiono go możliwości uzyskania niniejszego zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. dokonania powtórnej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego lub ewentualne unieważnienie postępowania – w przypadku uznania, że określone przez Zamawiającego warunki w zakresie własności nawierzchni syntetycznej uniemożliwiają ocenę oraz porównanie ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przyczyną odrzucenia jego oferty było to, że zaoferowana nawierzchnia poliuretanowa nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie wartości pierwiastków śladowych, stwierdził on bowiem przekroczenie wartości cyny, którą określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na mniej niż 0,007 mg/l, podczas gdy wartość tego pierwiastka w nawierzchni poliuretanowej zaoferowanej przez Odwołującego wynosi mniej niż 0,05 mg/l. Wynika to ze złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą badania na zgodność pierwiastków śladowych z wymaganiami normy DIN V 18035-6:2004-10, które wskazuje jako wyznacznik wymóg owej normy, która odnosi się do wartości właśnie <0,05 mg/l i operuje setnymi częściami jednościami. Zdaniem Odwołującego zapisu liczbowego wyniku badania <0,05 mg/l nie można utożsamiać z niezgodnością z wymogiem Zamawiającego, bowiem oferowana nawierzchnia charakteryzuje się zawartością cyny poniżej 0,05 mg/l, tym samym może posiadać także wartość 0,007 mg/l – zaoferowana nawierzchnia posiada zawartość cyny poniżej 0,05 mg/l, w szczególności 0,005 mg/l.

Określając wymogi postępowania Zamawiający powinien był posiadać wiedzę dotyczącą podstaw prawnych wskazywanych warunków oraz zobowiązany był do wyjaśnienia danych przedstawionych w „Wyniku badań właściwości środowiskowych na podłożu syntetycznym”, które zawiera ocenę iż „wymogi DIN V 18035-6 odnośnie zgodności środowiskowej zostały spełnione”. Zatem Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych lub też żądania wyjaśnienia treści złożonej oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający naruszył też art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż dokonał wyboru oferty Polcourt S.A. pomimo braku wykazania spełniania wymagań w zakresie wartości wszystkich pierwiastków śladowych, w szczególności wyników badań na zawartość chromu VI < 0,0007, bowiem przedłożona tabela zawiera tylko informacje o zawartości chromu łącznie (zgodnie z warunkiem Zamawiającego < 0,01 mg/l).

Niedopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający wzywa wybranego wykonawcę do uzupełnienia treści oferty, jednocześnie nie podejmując żadnych czynności w celu wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty innego podmiotu oraz odrzuca ofertę z powodu braku spełniania warunków w zakresie jednego z pierwiastków przy jednoczesnym dokonaniu wyboru oferty pomimo braku wykazania wszystkich własności (braku potwierdzenia zawartości chromu VI w ofercie Polcourt S.A.).

Zaoferowana przez Polcourt S.A. nawierzchnia nie spełnia też innych warunków postępowania – w ofercie nie podano wartości parametrów: wytrzymałość na rozciąganie warstwy dolnej, odporność na rozciąganie w aparacie Tabera, tarcie (próba wahadła) dla nawierzchni suchej i mokrej.

Zamawiający wszczynając postępowanie nie określił jednoznacznych wymagań w zakresie nawierzchni syntetycznej, następnie, w wyniku składanych zawiadomień o naruszeniu przepisów ustawy oraz pytań, udzielił łącznie 11 odpowiedzi i modyfikacji dotyczących nawierzchni, co wskazuje, iż nie dysponował wiedzą, jakiego przedmiotu zamówienia oczekuje. W związku z powyższym rozpatrzyć należy ewentualne unieważnienie postępowania w przypadku uznania, że określone przez Zamawiającego warunki w zakresie własności nawierzchni syntetycznej uniemożliwiają ocenę oraz porównanie ofert.

Zamawiający przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania powtórnej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz o odrzucenie odwołania w części dotyczącej unieważnienia postępowania, a także zaniechania odrzucenia oferty Polcourt S.A. – na podstawie art. 180 ust. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał, że w trakcie postępowania wprowadził szereg modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokumentacji technicznej, a poza przywołaniem normy DIN V 18035-6:2004-10 opisał przedmiot zamówienia ze wskazaniem dokładnych wymaganych parametrów, a wskazanie normy jest jedynie pewnym punktem odniesienia. Ustawa nakazuje dokonywać opisu przedmiotu zamówienia z zachowaniem norm, nie oznacza to jednak obowiązku ich przywoływania w opisie przedmiotu zamówienia, a jedynie dbałość o dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wynikającymi z norm wymaganiami, a Zamawiający nie jest zobowiązany do przenoszenia całości treści normy do opisu przedmiotu zamówienia, jak również do jej przywoływania. Dopuszczalne jest również ustanowienie wymagań w granicach normy, ale niepowielających jej zapisów lub dotyczących kwestii nieregulowanych przez daną normę. Powoływana norma uszczegółowiona została przez Zamawiającego na poziomie mniejszym niż 0,007 mg/l zawartości cyny.

Zawartość cyny w nawierzchni poliuretanowej została jasno przedstawiona w dokumentach załączonych przez Odwołującego. Zamawiający stwierdził, iż dokument ten nie podlega wezwaniu do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie można było stwierdzić jego braku ani faktu, że jest on wadliwy – wskazywał bowiem na materiał zaoferowany przez Odwołującego, który w parametrach technicznych nie spełniał oczekiwań w zakresie wartości pierwiastków śladowych. Zaś wyjaśnianie, czy podany

parametr na poziomie zawartości poniżej 0,05 mg/l spełnia postawiony przez Zamawiającego wymóg (mniej niż 0,007 mg/l) było bezcelowe w przypadku oferty, której odrzucenie nie wpływało na wynik postępowania, a nadto byłoby to żądanie nowego dokumentu, które nie jest już wyjaśnieniem.

Co do zarzutu niewyszczególnienia poziomu chromu VI w ofercie Polcourt S.A. – w ofercie tego wykonawcy znalazł się parametr chromu całkowitego o poziomie niższym niż oba postawione warunki maksymalnego poziomu poszczególnego rodzaju chromu, co potwierdza w opinii, jaką Zamawiający uzyskał od Laboratorium Ochrony Środowiska HSW S.A.

Na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący ma prawo wniesienia odwołania na samą czynność odrzucenia jego oferty, nie zaś na fakt nierzetelnej, w jego mniemaniu, oceny oferty zajmującej wyższą pozycję w rankingu ofert. Odrzucenie oferty Odwołującego nie rzutuje na zmianę rankingu ofert, więc Odwołujący nie posiada interesu prawnego do wniesienia niniejszego odwołania, gdyż czynność dokonana przez Zamawiającego lub jej brak nie pozbawiła Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż wykonawca na swoim miejscu rankingowym takiego nie posiadał, nie przyczyniła się również do poniesienia szkody w wyniku rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

„Z ostrożności procesowej” Zamawiający wskazał, iż zarzuty Odwołującego wskazujące na niespełnienie przez Polcourt S.A. kilku warunków postępowania są niezasadne, gdyż parametry: wytrzymałość na rozciąganie warstwy dolnej, odporność na rozciąganie w aparacie Tabera, tarcie (próba wahadła) dla nawierzchni suchej i mokrej zostały wskutek kolejnych modyfikacji usunięte ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Polcourt S.A., który poparł stanowisko i argumentację Zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co prawda, zgodnie z art. 180 ust. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy nie przysługuje, a takie odwołanie należy odrzucić, jednak ustawa nie przewiduje odrzucenia części odwołania – w takim wypadku zarzuty te, jako niedopuszczalne, nie są przez Izbę rozpatrywane. Tym samym, w świetle ww. przepisu, zarzuty dotyczące działań Zamawiającego w stosunku do oferty Polcourt S.A. mogą być rozpatrzone tylko w odniesieniu do nierównego potraktowania Odwołującego w związku z odrzuceniem jego oferty.

Niedopuszczalne na gruncie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych są także zarzuty dotyczące unieważnienia postępowania (bowiem nie zostały one wymienione w zawartym tam katalogu) – poza tym zarzuty dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia są już spóźnione, o czym stanowi jednoznacznie art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na marginesie warto tylko zwrócić uwagę, że w odwołaniu nie zostały w żaden sposób uzasadnione.

Sytuacja taka nie pozbawia jednak wykonawcy interesu prawnego we wniesieniu odwołania, gdyż nie odbiera mu prawa do obrony własnej oferty, a okoliczności te ewentualnie mogą wyrzucić skutek w postaci braku wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść dokumentów, na które powołują się Strony) nie jest sporny.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący bowiem złożył wraz z ofertą dokument, który jednoznacznie wskazuje na wysokość ocenianego przez Zamawiającego – pod kątem spełniania wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia – parametru, która to wysokość w sposób wyraźny nie jest z tymi wymaganiami zgodna. Tym samym Zamawiający miał prawo uznać, że wymagany przez niego dokument został załączony i – wobec braku innych danych – że wskazaną tam wartość może odnieść do swoich wymagań.

Oczywiście można zakładać, że Zamawiający mógł się „na wszelki wypadek” „dopytać” Odwołującego, czy nie ma on innych dokumentów, które wskazują na mniejszą zawartość cyny w oferowanym podłożu, których zapomniał on dołączyć do oferty, by nie doszło do takiej sytuacji, jak zaistniała przy niniejszym odwołaniu. Jednak jasne jest, iż byłoby to

działanie Zamawiającego dość zachowawcze i trudno upatrywać w jego braku naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oczywiście, skoro Zamawiający ma już taką wiedzę (że Odwołujący posiada wyniki badań potwierdzające parametr zawartości cyny na poziomie 0,005 mg/l), w przypadku powtarzania czynności badania i oceny ofert, czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu powinien dokonać (są to dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem podlegają uzupełnieniu – Zamawiający nie miał co do tego wątpliwości wzywając do uzupełnienia innych wykonawców). Natomiast na obecnym etapie postępowania – w sytuacji, gdy oferta Polcourt S.A. jest ofertą z niższą ceną i nie zostało stwierdzone, że jej wybór został dokonany nieprawidłowo – nie ma to wpływu na wynik postępowania, ma więc zastosowanie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym odwołanie należy oddalić.

Co do zarzutu naruszenia przy odrzuceniu oferty Odwołującego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne potraktowanie Odwołującego w stosunku do innych wykonawców, m.in. Polcourt S.A., którzy zostali do uzupełnienia dokumentów wezwani, Izba, w zaistniałym stanie faktycznym, takiego nierównego potraktowania nie stwierdziła. Sytuacja tych wykonawców nie była bowiem taka sama, jak sytuacja Odwołującego – wykonawcy ci nie załączyli wymaganych dokumentów w ogóle, tym samym nie było wątpliwości co do konieczności ich wezwania. Odwołujący natomiast dokument opisujący parametry (badania laboratoryjne) do oferty dołączył i nie był to dokument zawierający błąd, zatem konieczność jego uzupełnienia nie była oczywista – jak w przypadku Polcourt S.A.

Izba nie stwierdziła również takiego nierównego traktowania Odwołującego poprzez to, że Zamawiający, zarzucając Odwołującemu niespełnianie wymaganych parametrów, jednocześnie wybrał ofertę, która również parametrów nie spełnia – Odwołujący nie kwestionował (wręcz przyznał), że zawartość chromu VI w nawierzchni nie może być większa niż zawartość zupełna chromu, która była znacznie niższa niż wymagana przez Zamawiającego zawartość maksymalna chromu VI, tym samym potwierdzała również parametr zawartości chromu VI.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 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).

Przewodniczący: