

Sygn. akt: KIO/UZP 1161/08

WYROK
z dnia 6 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Luiza Łamejko Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ATA All Trading Agency Sp. z o.o., ul. Górnośląska 21, 43-200 Pszczyna** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Bieliny, ul. Partyzantów 17, 26-004 Bieliny** protestu z dnia 26 września 2008r.

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Bieliny, ul. Partyzantów 17, 26-004 Bieliny 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 uiszczanego przez **ATA All Trading Agency Sp. z o.o., ul. Górnośląska 21, 43-200 Pszczyna,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Bieliny, ul. Partyzantów 17, 26-004 Bieliny** na rzecz **ATA All Trading Agency Sp. z o.o., ul. Górnośląska 21, 43-200 Pszczyna** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **ATA All Trading Agency Sp. z o.o., ul. Górnośląska 21, 43-200 Pszczyna.**

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

Zamawiający, Gmina Bieliny prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „budowę kompleksu sportowego w Lechowiu program Moje Boisko – Orlik 2012”. W dniu 18 lipca 2008 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 165123-2008. W tym samym dniu nastąpiło zamieszczenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 19 września 2008 r. wykonawca ATA ALL TRADING AGENCY Sp. z o.o. został poinformowany o ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w czterech częściach przedmiotowego zamówienia.

Na powyższą czynność zamawiającego wykonawca wniósł protest, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp” poprzez

potraktowanie wykonawców w sposób nierówny i wykluczający uczciwą konkurencję, art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PANORAMA II (zadanie 1 i 2) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: TOMBED Zakład Usługowo – Handlowy Tomasz Gwóźdź w Kielcach i Zakład Usług Studziennych Marian Wójcik w Kielcach (zwane dalej Konsorcjum TOMBED) (zadanie 2), której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożenie której stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Protestujący wniósł o powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty, wykluczenie wykonawcy PANORAMA II oraz odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum TOMBED jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W uzasadnieniu protestu wykonawca podniósł, że oferta firmy PANORAMA II z siedzibą w Gdyni nie zawiera wymaganego w siwz kosztorysu ofertowego, natomiast zamiast wymaganego certyfikatu FIFA 1 STAR lub FIFA 2 STAR wykonawca załączył do oferty dokument w języku angielskim, który nie jest certyfikatem, a ponadto tłumaczenie tego dokumentu nie obejmuje całej jego treści. W tej sytuacji, w ocenie odwołującego, wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z uwagi na to, iż „składając dokumenty w takiej formie świadomie potwierdza nieprawdę”.

Wykonawca podniósł ponadto w proteście zarzuty wobec oferty złożonej przez Konsorcjum TOMBED wybranej jako najkorzystniejsza w zadaniu 2, podczas gdy w jego ocenie dokumenty złożone w ofercie przez tego wykonawcę nie odpowiadają wymaganiom zawartym w siwz. Zdaniem odwołującego wątpliwości budzi autentyczność certyfikatu FIFA 1 STAR na oferowaną nawierzchnię, ponieważ certyfikaty takie wydawane są wyłącznie na okres jednego roku. Wykonawca nie dołączył do oferty wymaganych w specyfikacji autoryzacji producentów nawierzchni sportowych wystawionych na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na nawierzchnię oferowaną. Dokumenty powyższe wystawione przez firmę AURUM Sp. z o.o. w Katowicach i TORAKOL Rajmund Zaleski w Dobrych Koszczalach nie spełniają wymagań zamawiającego, gdyż nie są to producenci, a jedynie firmy handlowe. Wykonawca nie złożył w ofercie żadnych pełnomocnictw potwierdzających, że firmy te działają w imieniu producentów. Wykonawca, w ocenie odwołującego, nie załączył też innych wymaganych dokumentów, nie wskazując jakie to dokumenty, a zatem podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu. Dodatkowo odwołujący podniósł, iż powyższe naruszenia Pzp skutkują naruszeniem przepisów o dyscyplinie finansów publicznych – art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia

2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14 poz. 114 ze zmianami).

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Zamawiający w uzasadnieniu stwierdził następująco:

1. w zakresie zarzutów dotyczących oferty PANORAMA II:

- kosztorys ofertowy nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a ponadto z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie dołączenie kosztorysu do oferty nie powoduje niezgodności treści oferty z siwz;
- oferta spełnia wymagania siwz z uwagi na załączenie do oferty dokumentu wystawionego przez uprawnione laboratorium, potwierdzającego spełnianie wymogów stawianych przez Międzynarodową Organizację Piłkarską nawierzchniom sportowym oraz tłumaczenia tego dokumentu sporządzonego przez wykonawcę;
- odwołujący nie udowodnił, iż tłumaczenie powyższe poświadcza nieprawdę.

2. w zakresie zarzutów podniesionych wobec oferty złożonej przez Konsorcjum TOMBED:

- certyfikat FIFA 1 STAR dołączony do oferty jest ważny w okresie trzech lat, co jest zgodne z wytycznymi FIFA dla procedury certyfikacyjnej;
- autoryzacje załączone do oferty pochodzą od autoryzowanych i wyłącznych przedstawicieli producenta nawierzchni sportowej, działających w imieniu producenta, a każda z autoryzacji zawiera gwarancję jakości nawierzchni, udzieloną przez producenta. Zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców pełnomocnictw w tym zakresie, a ponadto brak pełnomocnictwa nie oznacza, że przedstawiciele ci działają bez umocowania.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący wniósł odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu wykonawca podtrzymał wszystkie zarzuty zawarte w proteście, dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 art. 22 ust. 1 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne i Usług Techniczno Handlowych BUDEX Sp. z o.o. - w zadaniu 1 i oferty złożonej przez Konsorcjum TOMBED - w zadaniu 2. W całości powtórzył argumentację zawartą w proteście oraz wniósł o nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności KIO zbadała interes prawny odwołującego uprawniający do korzystania ze środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca wniósł protest wobec czynności oceny ofert w zadaniu 1 i 2 i wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 2. W części 1 zamówienia została wybrana jako najkorzystniejsza oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne i Usług Techniczno Handlowych BUDEX Sp. z o.o. W tej części odwołujący uzyskał trzecią pozycję wg dokonanej przez zamawiającego oceny ofert. Pod względem ceny poprzedzał go wykonawca PANORAMA II, który został jednak wykluczony z postępowania z powodu nie złożenia wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W części 2 odwołujący uzyskał drugą pozycję według oceny ofert dokonanej przez zamawiającego. Jako najkorzystniejsza w tej części została wybrana oferta złożona przez Konsorcjum TOMBED. Oferta PANORAMY II – trzecia pod względem zaoferowanej ceny została odrzucona z uwagi na wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp wyłącznie w 2 części zamówienia w zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum TOMBED. W przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum TOMBED należałoby uznać, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony. Sytuacja odwołującego w części 1 zamówienia jest inna. Wykonawca nie podważył czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlano – Produkcyjnego i Usług Techniczno Handlowych BUDEX Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, poprzez wskazanie zarzutów odnoszących się do oferty wybranej, natomiast podniósł zarzuty wobec wykonawcy PANORAMA II i jego oferty, a zatem wykonawcy, który został w dniu 19 września 2008 r. ostatecznie wykluczony z postępowania w związku z nie przedłużeniem ważności wadium i nie wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W toku rozprawy odwołujący oświadczył, iż wycofuje zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego przepisów: 22 ust. 1 pkt 4 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PANORAMA II w części 1 i 2 zamówienia, a ponadto w konsekwencji wycofał żądanie zawarte w odwołaniu w zakresie unieważnienia wyboru

oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlano – Produkcyjne i Usług Techniczno Handlowych BUDEX Sp. z o.o. - w części 1 przedmiotowego zamówienia. Z uwagi na powyższe Izba nie rozpoznawała ww. zarzutów.

W specyfikacji (rozdz. 11) zamawiający zawarł „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków jakościowych”. Powyższe wymagania dotyczą zadania nr 2 obejmującego wykonanie nawierzchni na boisku do piłki nożnej i boisku wielofunkcyjnym wraz z montażem urządzeń sportowych. Odnośnie materiałów na boisko z nawierzchnią syntetyczną (powierzchnia poliuretanowa) zamawiający wymagał złożenia następujących dokumentów:

1. certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PE-EN 14877 lub aprobatę techniczną ITB lub rekomendację techniczną ITB, lub wynik badań specjalistycznego laboratorium badającego nawierzchnie sportowe np. Labosport lub dokument równoważny;
2. karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta;
3. atest PZH dla oferowanej nawierzchni;
4. autoryzacja producenta nawierzchni poliuretanowej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tą nawierzchnię;

natomiast w odniesieniu do oferowanych materiałów na boisko do piłki nożnej z trawy syntetycznej (sztuczna trawa):

1. certyfikat lub deklaracje zgodności z normą PN-EN 15330-1, lub aprobatę techniczną ITB, lub rekomendację ITB, lub wynik badań specjalistycznego laboratorium badającego nawierzchnie sportowe np. Labosport lub równoważne;
2. karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta;
3. atest PZH dla oferowanej nawierzchni;
4. autoryzacja producenta trawy syntetycznej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tą nawierzchnię.

Poniżej tych zapisów zamawiający stwierdził w siwz, że „wykonawca ma obowiązek złożyć powyższe dokumenty w oryginałach lub w kopiach opatrzonych napisem „za zgodność z oryginałem” i podpisem osób podpisujących ofertę...”

Z powyższych postanowień specyfikacji wynika, że zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą certyfikatu FIFA (1 Star lub 2 Star), który został wymieniony w rozdz. 10 pkt 6 siwz w ramach opisu warunków, które muszą spełniać materiały na boisko do piłki nożnej z trawy syntetycznej (sztuczna trawa). Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W świetle powyższego z treści specyfikacji wynika, że zamawiający postawił wymagania dotyczące posiadania przez zaoferowaną trawę syntetyczną certyfikatu FIFA 1 Star lub 2 Star, natomiast, nie żądał złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie tego wymagania. Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez nie odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu wątpliwości co do ważności oraz autentyczności certyfikatu FIFA 1 Star „Licensing Certificate” z dnia 11 listopada 2005 r. złożonego przez Konsorcjum TOMBED jest niezasadny, ponieważ dotyczy dokumentu, który został złożony w ofercie, jednak nie był wymagany w specyfikacji przez zamawiającego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum TOMBED na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 14 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503). Stosownie do art. 14 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Zgodnie z ust. 3 pkt 2 - rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się nieprawdziwymi atestami. Zarzut dotyczący nieprawdziwości certyfikatu FIFA 1 Star, złożonego przez Konsorcjum TOMBED w ofercie jako dotyczący dokumentu, który nie był wymagany w siwz, nie był rozpoznawany.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Konsorcjum TOMBED z treścią siwz z uwagi na nie złożenie przez wykonawcę w ofercie wymaganych autoryzacji producenta, Izba stwierdziła, iż Konsorcjum TOMBED złożyło w ofercie dwa pisma nazwane autoryzacją. W treści pisma firmy AURUM Sp. z o.o. z dnia 7 sierpnia 2008 r. pt. „oświadczenie/autoryzacja” zostało zawarte oświadczenie, że firma ta udziela autoryzacji

jako wyłączny przedstawiciel na rynku polskim firmy STOCKMEIER URETHANS GmbH&CO.KG oraz gwarancji na materiały dostarczone przez producenta na okres 60 miesięcy. W dokumencie z dnia 7 sierpnia 2008 r. wystawionym przez Firmę TORAKOL Rajmund Zaleski pt. „autoryzacja i potwierdzenie gwarancji” stwierdzono, iż firma TORAKOL udziela autoryzacji, a firma PE-BA (producent nawierzchni) potwierdza udzielenie gwarancji na nawierzchnię PE-BA na okres 60 miesięcy. W ocenie Izby, sformułowanie użyte w siwz przez zamawiającego „autoryzacja producenta” nie stoi na przeszkodzie, aby autoryzacji udzielił autoryzowany i wyłączny przedstawiciel w Polsce tego producenta. Z uwagi na powyższe treść pisma firmy AURUM Sp. z o.o. nie budzi wątpliwości w tym zakresie zważywszy, że odwołujący nie udowodnił, iż firma ta nie jest autoryzowanym przedstawicielem producenta. W przypadku firmy TORAKOL Rajmund Zaleski z treści oświadczenia zawartego w piśmie złożonym w ofercie nie wynika, że firma ta jest autoryzowanym przedstawicielem producenta oraz że może udzielić autoryzacji innemu podmiotowi. Dokument powyższy podlega zatem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Dodatkowo, w toku rozprawy zamawiający oświadczył, że po wniesieniu protestu zwrócił się telefonicznie do Konsorcjum TOMBED o wyjaśnienie, czy ww. firmy są autoryzowanymi przedstawicielami producentów zaoferowanych materiałów. Stwierdził także i złożył do akt sprawy dokumenty, które otrzymał od wykonawcy: oświadczenie firmy AURUM Sp. z o.o. z dnia 17.07.2008r., kartę charakterystyki ALSATAN S.C. z dnia 15 kwietnia 2008r. oraz dokument „PEBA -Taurus 60mm rekomendowana przez FIFA – dane techniczne”. Z oceny treści tych dokumentów wynika, że nie mają one związku z prośbą zamawiającego o wyjaśnienie. Ponadto zamawiający stwierdził, że nie jest w stanie wyjaśnić kiedy i w jakich okolicznościach otrzymał te dokumenty oraz kiedy miała miejsce rozmowa telefoniczna. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż telefoniczna prośba zamawiającego o wyjaśnienie nie może stanowić skutecznego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu autoryzacji w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zważywszy w szczególności na zasadę jawności i pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba uznała, że zamawiający jest zatem zobowiązany do wezwania wykonawcy Konsorcjum TOMBED do uzupełnienia wymaganego dokumentu tj. autoryzacji producenta trawy syntetycznej, wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tą nawierzchnię w określonym przez zamawiającego terminie zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

W tym stanie faktycznym Izba uznała, że zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że treść oferty

Konsorcjum TOMBED odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*