

Sygn. akt: KIO/UZP 743/08

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Marek Koleśnikow
	Izabela Niedziałek
Protokolant:	Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polcourt S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Środa Wielkopolska, Środa Wielkopolska, ul. Daszyńskiego 5** protestu z dnia 4 lipca 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Polcourt S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Polcourt S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polcourt S.A., Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Gmina Środa Wielkopolska prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na budowę boiska ze sztuczną nawierzchnią do hokeja na trawie przy ul. Sportowej w Środzie Wielkopolskiej.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 maja 2008 r.

W dniu 27 czerwca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

Na powyższą decyzję Zamawiającego protest wniósł w dniu 4 lipca 2008 r. wykonawca Polcourt S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 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 *ustawą Pzp*, przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez wybór oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A., która podlega wykluczeniu za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez określenie w formularzu ofertowym terminu związania ofertą dłuższego niż został określony przez Zamawiającego w załączniku do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Formularz ofertowy,
- art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodrzczeniu oferty, która jest niezgodna z ustawą,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodrzczeniu oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A., której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty TAMEX Obiekty Sportowe S.A., podczas gdy na podstawie kryterium oceny ofert najkorzystniejszą ofertę złożył Protestujący.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał na popełnione przez wykonawcę TAMEX Obiekty Sportowe S.A. następujące błędy w złożonym kosztorysie ofertowym:

- pozycja nr 148 – zamiast KNRU 2-02 0517-01 jest KNR 2-02 0517-01,
- pozycja nr 166 – zamiast KNR 5-08 0308-07 jest KNR 5-08 0308-0807.

Protestujący zauważył, że kosztorys nie podlega uzupełnieniu, zatem z uwagi na powyższe, oferta TAMEX Obiekty Sportowe S.A. podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Jako podstawę uznania oferty TAMEX Obiekty Sportowe S.A. za niezgodną z treścią Specyfikacji oraz z ustawą Protestujący wskazał również fakt, iż termin związania ofertą został przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. określony na dzień 5 sierpnia 2008 r., a nie, jak wymagał Zamawiający, dzień 3 lipca 2008 r.

Protestujący zarzucił również wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. złożenie gwarancji ubezpieczeniowej na okres od dnia 4 czerwca 2008 r. do dnia 5 sierpnia 2008 r., podczas gdy powinna być ona wystawiona na okres do dnia 3 lipca 2008 r.

Podstawę wykluczenia TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z postępowania powinien stanowić, zdaniem Protestującego, fakt niewykazania przez ww. Wykonawcę spełnienia warunku doświadczenia zawodowego. W ocenie Protestującego, przedstawione przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. roboty budowlane nie odpowiadają swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, bowiem technologia wykonywania boisk do hokeja na trawie z nawodnieniem jest inna niż technologia wykonywania np. boiska do piłki nożnej z trawy syntetycznej lub murawy naturalnej. Ponadto, załączony do oferty TAMEX Obiekty Sportowe S.A. wykaz zawiera błędy i jest niezgodny z przedłożonymi referencjami. Ww. błędy i niezgodności dotyczą:

- pozycji 1 wykazu – termin realizacji robót został w wykazie określony od dnia 25 kwietnia 2007 r. do dnia 31 stycznia 2008 r., podczas gdy w referencji termin ten został wskazany na okres od dnia 25 kwietnia 2007 r. do dnia 10 kwietnia 2008 r.;
- pozycji 3 wykazu – termin realizacji robót został określony od dnia 3 grudnia 2005 r. do dnia 3 grudnia 2005 r., podczas gdy protokół końcowy robót zawiera informację, że umowa została podpisana w dniu 8 marca 2005 r., a odbiór robót nastąpił w dniu 27 grudnia 2005 r.;
- pozycji 5 wykazu – powierzchnia boisk to około 4000 m², podczas gdy z załączonych referencji wynika, że wykonana powierzchnia boisk to 3480 m².

Protestujący postawił także Zamawiającemu zarzut przyjęcia polisy OC złożonej przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. na niezgodny z wymogiem Zamawiającego okres ubezpieczenia. Zamawiający wymagał polisy na cały okres realizacji zamówienia, tj. do dnia 14 listopada 2008 r., natomiast TAMEX Obiekty Sportowe S.A. złożyła polisę na okres od dnia 12 sierpnia 2007 r. do dnia 11 sierpnia 2008 r. Załączone do oferty oświadczenie o przedłużeniu polisy po jej wygaśnięciu nie jest zgodne z warunkami Specyfikacji.

Protestujący podniósł także, że zgodnie z wymogiem Zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia wykazu podwykonawców. TAMEX Obiekty Sportowe S.A. złożyła w załączniku nr 3 do oferty oświadczenie, że zamierza zatrudnić podwykonawców, obecnie jest w trakcie procedury przetargowej na ich wyłonienie, nie podała jednak nazw i przewidywanej wartości podzlecanych robót. Zdaniem Protestującego, każdy z wykonawców powinien wykazać się na dzień składania ofert odpowiednim podwykonawcą, a złożone przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. oświadczenie świadczy o tym, że wykonawca ten nie jest gotowy do realizacji zamówienia, co z kolei zagraża nieterminowym wykonaniem zamówienia.

Protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty TAMEX Obiekty Sportowe S.A.,
- wykluczenie TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z postępowania,
- odrzucenie oferty TAMEX Obiekty Sportowe S.A.,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert nieodrzuconych,
- wybór jako najkorzystniejszej oferty Protestującego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 14 lipca 2008 r. przez jego oddalenie.

W ocenie Zamawiającego, numer KNR pełni funkcję wyłącznie pomocniczą, a nie opisową, zatem nie jest wiążącym elementem Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Brak KNRU nie stanowi o błędnej wycenie pozycji, bowiem jest ona wyłącznie uzupełnieniem. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. popełnił w pozycji 166 kosztorysu omyłkę pisarską, która podlega poprawieniu przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, na co TAMEX Obiekty Sportowe S.A. wyraziła zgodę.

Zamawiający zauważył, że termin związania ofertą nie jest elementem treści oferty, zatem nie można w tym przypadku mówić o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto, złożenie oferty z terminem związania dłuższym niż tego wymagał Zamawiający, w większym stopniu zabezpiecza interesy Zamawiającego i nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp. Analogiczne argumenty wskazał Zamawiający odnosząc się do zarzutu dotyczącego gwarancji ubezpieczeniowej.

W ocenie Zamawiającego, roboty wykazane przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. odpowiadają swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia. Jednocześnie po wyjaśnieniu błędów formalnych dotyczących pozycji 1, 3 i 5 wykazu Zamawiający uznał ww. pozycje za odpowiadające wymogom zawartym w pkt III-8-d) Specyfikacji.

Zamawiający poinformował, że polisa OC została uzupełniona przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewykazania podwykonawców Zamawiający stwierdził, iż TAMEX Obiekty Sportowe S.A., zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, wskazała w ofercie części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom. Wymóg Zamawiającego podania nazwy i adresu podwykonawcy nie znajduje podstaw prawnych.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się wykonawca Polcourt S.A. wnosząc w dniu 18 lipca 2008 r. odwołanie i zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 85 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca Polcourt S.A. wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty TAMEX Obiekty Sportowe S.A.,
- wykluczenie TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z postępowania,
- odrzucenie oferty TAMEX Obiekty Sportowe S.A.,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert nieodrzuconych,
- wybór jako najkorzystniejszej oferty Polcourt S.A.

W sytuacji, gdy spełnienie ww. żądań byłoby niedopuszczalne z punktu widzenia ustawy Pzp, wykonawca Polcourt S.A. wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie jest niezasadne i jako takie nie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania jako podmiot, którego interes prawny może doznać uszczerbku - Odwołujący jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba za bezzasadny uznała zarzut dotyczący niezgodności oferty TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwagi na popełnione błędy w kosztorysie. Należy wskazać, iż w obu pozycjach niezmienione, zatem w pełni zgodne z przedmiarem, są opisy, jednostki miary oraz ilości. Odwołujący nie wykazał, że wskazane błędy w kosztorysie mają wpływ na zakres zamówienia i sposób jego realizacji, zatem że przesądzają o niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przeciwnie, stwierdził, iż pominięcie litery „U” w podstawie wyceny w pozycji nr 148, jak też dopisanie numeru „08” w pozycji nr 166 powodują, iż wskazane przez Tamex Obiekty Sportowe S.A. podstawy wyceny nie istnieją. W związku z powyższym, w ocenie Izby, ww. błędy, przy pełnej zgodności pozycji kosztorysu w pozostałym zakresie, nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią Specyfikacji. Podkreślenia wymaga także fakt, iż Odwołujący nie złożył protestu na czynność poprawienia przez Zamawiającego omyłki pisarskiej w ofercie Tamex Obiekty Sportowe S.A.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący nie wykazania się przez Tamex Obiekty Sportowe S.A. wymaganym doświadczeniem. Zamawiający w Części III, pkt 8 lit. d Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał wykazania się przez wykonawców zrealizowaniem w ciągu ostatnich 5 lat przed wszczęciem postępowania robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 1 500 000 zł. Zamawiający nie doprecyzował, co rozumie przez roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, nie postawił również w tym zakresie wymogów szczegółowych. Biorąc pod uwagę fakt, iż kod CPV został przez Zamawiającego określony jako 46212221-1 *Roboty budowlane w zakresie budowy boisk sportowych*, a klasyfikacja CPV nie przewiduje osobnych kodów dla robót budowlanych w zakresie budowy boisk do hokeja, boisk do piłki

nożnej itp. należy uznać, iż zrealizowane przez wykonawcę roboty mieszczące się w ww. kodzie CPV spełniają postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Nieuprawnione byłoby bowiem wymaganie zrealizowania przez wykonawcę robót takich samych jak roboty stanowiące przedmiot zamówienia. Nie ma znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu podniesiona przez Odwołującego odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w dniu 26 maja 2008 r., jako że odnosi się ona do przedmiotu zamówienia, a nie warunku udziału w postępowaniu. Na tej samej podstawie Izba za ambiwalentne dla rozpoznania przedmiotowej sprawy uznała dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, iż Zamawiający słusznie uznał, iż wykonawca Tamex Obiekty Sportowe S.A. spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego polisy OC Izba ustaliła, iż w dniu 8 lipca 2008 r. Zamawiający wezwał Tamex Obiekty Sportowe S.A. m.in. do uzupełnienia polisy, której wymógł zawarł w Części III, pkt 8 lit. e Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca Tamex Obiekty Sportowe S.A. w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego tj. w dniu 9 lipca 2008 r. przekazał Zamawiającemu Polisę Nr 904310040927 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA” S.A., która określa okres ubezpieczenia na czas od dnia 12 sierpnia 2008 r. do dnia 11 sierpnia 2009 r. W związku z powyższym należy uznać, iż Tamex Obiekty Sportowe S.A. złożył dokument odpowiadający wymogom Zamawiającego.

W związku z oświadczeniem złożonym przez Odwołującego na rozprawie, iż podtrzymuje jedynie zarzuty dotyczące: (1) błędów w kosztorysie, (2) nie wykazania przez wykonawcę Tamex Obiekty Sportowe S.A. posiadania odpowiedniego doświadczenia oraz (3) polisy OC, Izba pozostawiła pozostałe zarzuty podniesione w proteście i odwołaniu bez rozpoznania. Na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp bez rozpoznania Izba pozostawiła również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż zarzut ten nie został podniesiony w proteście.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....