

Sygn. akt KIO/UZP 917/08

WYROK
z dnia 17 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ośrodek Sportu i Rekreacji, 82-200 Malbork, ul. Parkowa 3** protestu z dnia 13 sierpnia 2008r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum **POLCOURT S.A. (lider), 01-510 Warszawa, ul. Generała Zajączka 11, lok. C7** oraz **HYDROPOL Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Targowa 10b** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża **Ośrodek Sportu i Rekreacji, 82-200 Malbork, ul. Parkowa 3** 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 **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ośrodek Sportu i Rekreacji, 82-200 Malbork, ul. Parkowa 3** na rzecz **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38.**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie boiska do piłki nożnej o powierzchni całkowitej 8 954 m²* (numer referencyjny ZP/2/2008), opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 w dniu 9 lipca 2008 r. pod pozycją 154637.

W dniu 6 sierpnia 2008 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum: POLCOURT S.A. (Lider), HYDROPOL Sp. z o.o. 13 sierpnia 2008r. protest złożył drugi w kolejności uzyskanych punktów Wykonawca – Tamek Obiekty Sportowe S. A., zarzucając w nim naruszenie:

- art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie wykonawców;
- art. 26 ust. 3 przez dopuszczenie do uzupełnienia dokumentów ofertowych, nie podlegających uzupełnieniu z uwagi na zakaz sformułowany w art. 87 ust. 1 ustawy;
- art. 87 ust. 1 przez dopuszczenie do uzupełnienia treści oferty po terminie jej otwarcia;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaoferowanie nawierzchni, której technologia wykonania jest sprzeczna z projektem.

Protestujący zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum, odrzucenia oferty konsorcjum i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu, Protestujący wskazał, iż oferta konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na załączenie niekompletnego harmonogramu rzeczowo – finansowego (bez terminów realizacji poszczególnych części – czasie trwania kolejnych etapów), a także załączenie nie wypełnionego wzoru umowy. W szczególności Protestujący wskazał, iż brak oznaczenia w harmonogramie terminów poszczególnych etapów, powoduje, iż zobowiązanie jest niepełne i nie pozwala Zamawiającemu właściwie zaplanować proces inwestycyjny, a także kontrolować czy nie zachodzi realne zagrożenie opóźnienia robót, które uniemożliwi wykonanie umowy w umówionym terminie. Załączony do oferty wzór umowy nie zawiera wskazania na konsorcjum jako podmiotu, który będzie wykonywał zamówienie. Wskazanie składu konsorcjum umożliwiłoby Zamawiającemu powzięcie wiedzy o tym kto ponosi solidarną odpowiedzialność za należyte wykonanie zamówienia. Podanie terminu wykonania umowy w tygodniach nie zwalniało konsorcjum od określenia we wzorze oferty tego terminu datą zakończenia przedmiotu oferty. Brak tego terminu oznacza, że oświadczenie ofertowe jest niepełne. Podobny skutek wywołuje brak wskazania we wzorze umowy kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Podanie w formularzu oferty wartości zabezpieczenia procentowo od ceny oferty jest niewystarczające, gdyż w umowie należało wpisać kwotę wyrażoną w złotych i groszach. Ponieważ konsorcjum uzupełniło wzór umowy, który nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu, doprowadziło to do uzupełnienia treści oferty, a konsekwencji stanowiło naruszenie zakazu wyrażonego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 karta techniczna oferowanej trawy syntetycznej nie potwierdza spełniania czterech z dziewięciu parametrów podlegających weryfikacji, tj. brak wskazania gęstości włókien, ich grubości, liczby odcieni zieleni oraz sposobu montażu linii. Ponadto system wykonania nawierzchni sportowej nie spełnia wymaganej ilości warstw podbudowy, tj. warstwy klinującej z kruszywa kamiennego oraz warstwy wyrównującej z miálu kamiennego. W szczegółowym kosztorysie ofertowym konsorcjum zaoferowało wykonanie przedmiotu niezgodnie z projektem, gdyż brakuje pozycji przewidującej ułożenie prefabrykowanej maty z granulatu gumowego o grubości 15 mm. Ponadto źle wyceniono pozycje 27 (ilość roboczogodzin, zużycia materiałów odnosząc obliczone ilości do studzienek rewizyjnych o normalnej głębokości 3 m, zamiast 2 m), pozycję 8 (nie zastosowano klinca, wadliwie wyliczono ilość roboczogodzin i zużycie materiałów nie stosując współczynników korygujących), pozycję 7 (ilość roboczogodzin i zużycie materiałów nie stosując współczynników korygujących). Ponieważ Zamawiający dopuścił do uzupełnienia

dokumentów nie podlegających uzupełnieniu trybie art. 26 ust. 3 ustawy i nie odrzucił oferty konsorcjum jako niezgodnej z treścią specyfikacji, naruszył w ten sposób art. 7 ust. 1 nie równo traktując wykonawców.

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2008r. oddalił przedmiotowy protest, uznając podniesione zarzuty za bezzasadne. W kwestii harmonogramu rzeczowo-finansowego (załącznik nr 7 do oferty) Zamawiający stwierdził, iż zawiera on wszystkie etapy przedsięwzięcia, ich wartości, a także czas trwania zadania podany w tygodniach (zaznaczony w ofercie kolorem żółtym). Na wezwanie Zamawiającego Wykonawca uzupełnił wzór umowy, w którym jako wykonawcę wskazano lidera konsorcjum, upoważnionego na mocy pełnomocnictwa do podpisania przedmiotowego kontraktu. Ponadto w ofercie na stronie 1 znajduje się oświadczenie o akceptacji wzoru umowy i zobowiązanie się Wykonawcy do zawarcia umowy na warunkach określonych w siwz. O zgodności parametrów nawierzchni trawy syntetycznej z wymaganiami pkt I poz. 4 siwz, przesądza kosztorys ofertowy (poz. 6-8, str. 48 oferty). Nie jest prawdziwe stwierdzenie Protestującego, iż oferta przedstawia inny system (EDEL-ARENA GRASS TROMSO SYSTEM) niż wskazany przez Zamawiającego. Wszystkie cztery kwestionowane parametry trawy mieszczą się w dopuszczalnych granicach określonych w pkt I poz. 4 siwz. Gęstość włókien/m² wynika z parametru gęstości splotów/m², równej 11 340 i stanowi szesnastokrotność tej wartości, tj. 181 440 włókien/m², a w specyfikacji wymagano min 158 000. Wystarczający, w ocenie Zamawiającego jest także zapis koloru nawierzchni trawy i linii boiska. Wskazane natomiast błędy w kosztorysie ofertowym nie świadczą o zaoferowaniu wykonania przedmiotu oferty niezgodnie z projektem i wymaganiami. Przywołane w poz. 7, 8, 9 d2, 27 kosztorysu, zawierają prawidłowe ilości jednostek oraz normy przyjęte i przedstawione w przedmiarze robót. Dodatkowo oświadczenie ze strony 1 oferty potwierdza, iż konsorcjum zobowiązało się do wykonania zamówienia w sposób ściśle określony przez Zamawiającego.

W dniu 27 sierpnia 2008r., Tamek Obiekty Sportowe S.A. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał stanowisko przedstawione w proteście, ograniczając zarzut spełniania wymagań technicznych trawy syntetycznej do trzech parametrów, tj. gęstości włókien, koloru nawierzchni i sposobu montażu linii oraz zarzut błędnego wycenienia pozycji kosztorysowych do dwóch, tj. poz. 27 i 7. Odwołujący nie podtrzymał zarzutu dotyczącego harmonogramu rzeczowo – finansowego. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, Odwołujący nie zgadza się ze stwierdzeniem, iż w ofercie zaoferowano warstwy *shock pad'u* o grubości 15 mm, czemu zaprzecza treść pozycji 9 d.2 szczegółowego kosztorysu. Błędów w treści oferty nie da się usunąć, jak twierdzi Zamawiający na podstawie oświadczenia konsorcjum o wykonaniu zamówienia zgodnie z warunkami siwz, gdyż stoi temu na przeszkodzie charakter wynagrodzenia – kosztorysowy, jak również sposób obliczenia ceny i rozliczenia robót.

Odwołujący się wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty konsorcjum i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 3 września 2008r. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło konsorcjum POLCOURT S.A. i HYDROPOL Sp. z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła do udziału w postępowaniu przystępującego zwanego dalej Konsorcjum.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący się posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż jako drugi poza wybranym Konsorcjum złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i w przypadku uwzględnienia odwołania, jego oferta, jako jedyna podlegałaby ocenie i wyborowi.

W zakresie zarzutów merytorycznych Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołania w części zasługują na uwzględnienie.

Izba nie uwzględniła zarzutu braku załączenia wypełnionego wzoru umowy do oferty Konsorcjum, jako okoliczności powodującej sprzeczność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzącą w konsekwencji do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w pkt IV 2 ppkt 2.9 siwz, wymagał od wykonawców załączenia do oferty podpisanego i całościowo wypełnionego przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy *Wzoru umowy*. W pkt XVII 3 siwz, Zamawiający powtórzył obowiązek wypełnienia pozostawionych miejsc we *Wzorze umowy*, następnie parafowania umowy i dołączenia jej do oferty. Konsorcjum złożyło wraz z ofertą parafowany przez lidera Konsorcjum wzór umowy, pozostawiając niewypełnione miejsca. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy w dniu 31 lipca 2008r wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów oferty potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wzoru umowy. W uzupełnieniu Konsorcjum przekazało w terminie uzupełniony w części wzór umowy.

Izba uznała, iż zarzuty dotyczące wzoru umowy nie mają charakteru merytorycznego. Zarzuty dotyczą informacji wynikających z treści oferty, a następnie przenoszonych do wzoru umowy, tj. strony umowy, czasu realizacji zamówienia, wysokości wynagrodzenia oraz wysokości zobowiązania ustalanego od wartości oferty Wykonawcy. Konsorcjum w oddzielnym oświadczeniu złożonym na formularzu oferty zaakceptowało wzór umowy i zobowiązało się, w przypadku wyboru oferty do zawarcia umowy na wymienionych

warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Uzupelnienie wzoru umowy we wskazanym w odwołaniu zakresie, stanowiło jedynie powtórzenie danych wynikających z oferty. Tym samym zarzuty należało uznać za odnoszący się do formy, a nie treści oferty. Z tych samych przyczyn Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uzupełnienie wzoru umowy, jakkolwiek nie mieszczące się w dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie stanowiło uzupełnienia treści oferty. Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw prawnych do wezwania Konsorcjum do uzupełnienia wypełnionego wzoru umowy, gdyż nie mieści się on w kategorii dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ czynność ta nie wpłynęła w żadnym stopniu na treść złożonej oferty, jak i możliwość dokonania jej oceny, Izba uznała że naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Izba również nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego w kwestii błędnego wyliczenia poz. kosztorysowych w ofercie Konsorcjum, tj. poz. 7 (podbudowa z kruszywa łamanego – warstwa dolna o grub. po zagęszcz. 12 cm) i 27 (studnie rewizyjne z kręgów betonowych o śr. 800 mm w gotowym wykopie o głębok. 2 m). W ocenie Izby zapisy specyfikacji uprawniały wykonawców do sporządzenia kosztorysów metodą uproszczoną, pomimo użytego przez Zamawiającego sformułowania „kosztorys szczegółowy”. W pkt XII 1.1.1 siwz Zamawiający określił, iż kosztorys szczegółowy należało sporządzić z podaniem *ilości materiałów, robót oraz cen jednostkowych*. Wskazana przez Odwołującego kalkulacja, sporządzona metodą kalkulacji szczegółowej nie może mieć znaczenia dla oceny prawidłowości wyceny wskazanych pozycji, dokonanej przez Konsorcjum. Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego przedstawione w trakcie rozprawy, iż cena jednostkowa pozycji jest ceną zryczałtowaną, po której, zgodnie z § 4 ust. 2 *Wzoru umowy*, nastąpi rozliczenie wykonanych prac w kosztorysie powykonawczym. Konsorcjum w swoim kosztorysie zamieściło opis pozycji oraz ilości obmiarowe, zgodne z przedmiarem robót, a podane wartości dla poszczególnych pozycji są wynikowymi cen jednostkowych i ilości. Ponadto, wskazana przez Odwołującego się nieprawidłowość w wycenie pozycji nie mogłaby mieć wpływu na ocenę oferty, jako niezgodnej z treścią siwz. Konsorcjum dokonując wyceny obu pozycji faktycznie zawiżyło ich wartość przez nieuwzględnienie współczynników korygujących dla wyliczenia roboczogodzin, materiałów i sprzętu. Na tej podstawie Izba stwierdziła, iż kosztorys ofertowy sporządzony został zgodnie ze specyfikacją, w tym z pkt XII 1.1.1 i obejmuje wszystkie pozycje obmiarowe.

W zakresie pozycji 9 d. 2 kosztorysu ofertowego Konsorcjum (nawierzchnia z trawy syntetycznej) i zarzutu zaoferowania wykonania przedmiotu niezgodnie z projektem i wymaganiami Zamawiającego, Izba w części przychyliła się do stanowiska Odwołującego. Skład orzekający uznała, iż brak przeniesienia do pozycji kosztorysu pełnego opisu

zamieszczonego w przedmiarze robót nie oznacza automatycznie, iż Konsorcjum nie wyceniło przy kalkulacji pozycji kosztów maty elastycznej (*shock pad'u*). Bezsporną pomiędzy stronami była okoliczność, iż Konsorcjum zaoferowało trawę syntetyczną wykonywaną w technologii EDEL-ARENA GRASS TROMSO SYSTEM. Przedłożona przez Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. karta techniczna oferowanej trawy zawiera wskazanie, przy metodzie montażu (pkt F), na zastosowanie podkładki przeciwwstrząsowej o grubości 10 mm. Zatem pomimo braku przy opisie pozycji kosztorysowej wskazania na ułożenie nawierzchni trawy na macie z granulatu gumowego, Zamawiający miał możliwość potwierdzić na podstawie przedłożonego dokumentu wykonanie nawierzchni wraz z warstwą amortyzującą, zapewniającego uzyskanie certyfikatu FIFA 1 STAR. Niezależnie od powyższego, Izba uznała, iż zaoferowana trawa nie spełnia oczekiwań Zamawiającego pod względem grubości *shock pad'u*. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiarze robót oraz dokumentacji technicznej, określił wymagania dotyczące wykonania prac nawierzchniowych. W opisie pozycji 9 d.1.2 przedmiaru robót, Zamawiający wymagał wykonania nawierzchni z trawy syntetycznej na prefabrykowanej macie z granulatu gumowego o grubości 15 mm. Załączona przez Konsorcjum karta charakterystyki zakłada montaż trawy na podkładce przeciwwstrząsowej o grubości 10 mm. Tym samym zaoferowana przez Konsorcjum trawa nie spełnia jednego z wymagań ustalonych przez Zamawiającego i dotyczącego grubości maty elastycznej. Nie może mieć znaczenia w tym zakresie twierdzenie Konsorcjum o dopuszczeniu przez Zamawiającego równoważnego systemu nawierzchni trawy. Powoływane w trakcie rozprawy wyjaśnienia z dnia 17 lipca 2008r., potwierdzają, iż Zamawiający wymagał traw syntetycznych z wypełnieniem lub bez wypełnienia, dopuszczając ich równoważne odpowiedniki. W żadnym miejscu specyfikacji, czy też udzielonej odpowiedzi, Zamawiający nie zmienił warunku dotyczącego grubości warstwy amortyzującej. Nie może być uznana za równoważną, w świetle zapisów specyfikacji, trawa zaoferowana przez Konsorcjum, gdyż grubość maty, na której układana jest nawierzchnia jest mniejsza od określonej przez Zamawiającego w przedmiarze robót. Podany parametr ma znaczenia przy wycenie, jak i dla oceny właściwości nawierzchni i nie można uznać za porównywalną nawierzchnię o grubościach mniejszej od wymaganej przez Zamawiającego. Na tej podstawie, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu braku spełniania parametrów dotyczących gęstości włókien, koloru nawierzchni oraz sposobu montażu linii, Izba nie przychyliła się do stanowiska Odwołującego. Skład orzekający uznał, iż na podstawie załączonej karty charakterystyki Zamawiający miał możliwość potwierdzenia wskazanych elementów. W karcie technicznej w pkt c podana została ilość włókien, która pozwala określić gęstość włókien, która spełnia postawiony parametr min 158 000 włókien/m². Skład orzekający stwierdził, iż oryginalna

karta techniczna sporządzona w języku angielskim w opisie koloru trawy wskazuje na jej dwa odcienie, chociaż tłumaczenie przysięgłe wskazuje ogólnie na kolor zieleń. Podobnie karta potwierdza spełnianie warunku dotyczącego sposobu montażu linii białych, gdyż na drugiej stronie tłumaczenie zawiera informację, iż oznaczenie linii wykonane jest przez wbudowanie w murawę lub przez instalowanie w czasie montażu. Tym samym twierdzenia Odwołującego się o możliwości użycia techniki malowania linii w miejsce ich montażu nie znalazło potwierdzenia w stanie faktycznym. Izba uznała, iż Karta techniczna jest dokumentem oryginalnym i potwierdza spełnianie warunków wymaganych przez Zamawiającego.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. 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), kosztami Odwołującego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (w wysokości ograniczonej do maksymalnej kwoty wskazanej w rozporządzeniu), Izba obciążyła Zamawiającego.

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*