

Sygn. akt KIO/UZP 962/09

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 sierpnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S. A., 01-510 Warszawa, ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Błonie, 05-870 Błonie, ul. Rynek 6** protestu z dnia **26 czerwca 2009 r.**

przy udziale **Tamex Obiekty Sportowe S. A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża POLCOURT S. A., 01-510 Warszawa, ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **POLCOURT S. A., 01-510 Warszawa, ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLCOURT S. A., 01-510 Warszawa, ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7**

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Błonie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych, polegających na budowie kompleksu sportowego w ramach programu „Moje Boisko-Orlik 2012”, przy I Liceum Ogólnokształcącym na działce nr Ew. 15 obręb 23, przy ul. Okrzei 3 w Błoni, gmina Błonie”.

Ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14.05.2009 r.

Do upływu terminu składania ofert złożone zostały dwie oferty.

W dniu 23.06.2009 r., w piśmie z dnia 22.06.2009 r., przekazanym wykonawcom za pomocą faksu, Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie oraz o odrzuceniu oferty firmy POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie. Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”), przedmiotowa oferta nie zawiera bowiem harmonogramu rzeczowo-finansowego, aktualnej polisy ubezpieczenia od OC w zakresie prowadzonej działalności, z potwierdzeniem wpłaty należnej składki („wpłaty składki do ubezpieczenia OC”), a załączone dokumenty dotyczące nawierzchni nie są kompletne. Jednocześnie, Zamawiający stwierdził, iż harmonogram rzeczowo-finansowy nie mieści się w katalogu dokumentów, które można uzupełnić, dlatego nie zwrócił się do tego wykonawcy o uzupełnienie pozostałych brakujących dokumentów dotyczących warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nawet w razie ich uzupełnienia, oferta ta podlega odrzuceniu.

W dniu 26.06.2009 r., w piśmie z tej samej daty, wykonawca POLCOURT S.A., zwany dalej „Odwołującym” wniósł do Zamawiającego protest na:

- 1) czynność odrzucenia jego oferty,
- 2) czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Tamex Obiekty Sportowe S.A.,
- 3) zaniechanie Zamawiającego polegające na nie wybraniu jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
- 4) zaniechanie Zamawiającego polegające na nie wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Jednocześnie, Odwołujący zawarł w proteście żądania:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Tamex Obiekty Sportowe S.A.,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego i powtórzenia czynności oceny i badania ofert nie odrzuconych,
- 3) wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów,
- 4) wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp - poprzez nie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i odrzucenie jego oferty,
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, przede wszystkim, że:

Jego interes prawny doznał uszczerbku, gdyż w wyniku wskazanych w uzasadnieniu protestu nieuprawnionych i nieuzasadnionych działań oraz zaniechań Zamawiającego Odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia protestu oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą spośród ofert nie odrzuconych.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu rzekomej niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Powodem odrzucenia był brak załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego. Zamawiający nie wskazał w jakim celu zażądał harmonogramu i jakie wymogi postawione w SIWZ miał on potwierdzić. Odwołujący w swojej ofercie wyraźnie oświadczył, że „akceptuje proponowane przez Zamawiającego w SIWZ warunki rozliczenia i płatności”. Zamawiający z kolei wyraźnie stwierdził w SIWZ, że podstawę do rozliczenia umowy stanowić będzie protokół końcowego odbioru robót. Zamawiający nie określił swoich wymogów odnośnie harmonogramu, poszczególnych etapów robót, ani warunków płatności za nie. Całe zamówienie ma być wykonane we wskazanym w SIWZ terminie i po jego wykonaniu zostanie wypłacona wykonawcy cała wysokość wynagrodzenia. Odwołujący oświadczył, że zawrze umowę z Zamawiającym, zgodnie z treścią wskazaną w SIWZ, w tym we wskazanym przez Zamawiającego terminie. Podniósł, iż każdy żądany w SIWZ dokument powinien czemuś służyć, tymczasem harmonogram rzeczowo-finansowy, w świetle powyższego, nie ma żadnego znaczenia dla Zamawiającego w kontekście oceny ofert. Brak jest zatem podstaw do tego, aby uznać, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ. Ponadto, zdaniem Odwołującego w przypadku, gdy Zamawiający uznał, że brak jest w ofercie harmonogramu rzeczowo-finansowego, obowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu.

Odwołujący stwierdził także, iż z jego oferty jasno wynika, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, spełnił zatem warunek Zamawiającego. Tylko ten fakt ma potwierdzać złożony przez wykonawcę dokument, także zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Odwołujący stwierdził ponadto, że także w przypadku, gdy Zamawiający uznał, że brak jest w ofercie Odwołującego dokumentów dotyczących polisy oraz nawierzchni syntetycznej obowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Obowiązek taki istniał bowiem w stosunku do wszystkich brakujących dokumentów.

Na skutek wezwania Zamawiającego przekazanego TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w dniu 30.06.2009 r., wykonawca ten, w dniu 01.07.2009 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odpierając podniesione zarzuty i wnosząc o oddalenie protestu.

Pismem z dnia 02.07.2009 r., którego treść została przekazana Odwołującemu w dniu 03.07.2009 r., za pomocą faksu, Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, w całości. Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, iż

zarzuty Odwołującego są bezpodstawne. Wskazał, iż zarzut bezpodstawnego żądania w SIWZ harmonogramu rzeczowo-finansowego, jako - zdaniem Odwołującego – dokumentu zbędnego, podniesiony został po terminie i podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp.

Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu wymagał od wykonawców złożenia z ofertą nie tylko dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 Pzp), lecz także załączenia m.in. dokumentu w postaci harmonogramu rzeczowo - finansowego. Zamawiający podniósł, iż z treści wzoru umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ wynikało, że wymagany załącznik w postaci harmonogramu rzeczowo-finansowego będzie podstawą wypłaty faktur częściowych za poszczególne etapy zrealizowanych robót. Z zapisów umowy wynika jednoznacznie, że żądany harmonogram rzeczowo-finansowy jest elementem treści oferty, a nie dokumentem na potwierdzenie wymaganych warunków podmiotowych Wykonawcy.

Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do uzupełnienia brakującego dokumentu - harmonogramu rzeczowo-finansowego z tego powodu, że nie mieści się on w katalogu dokumentów, które można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego, Zamawiający nie uwzględnił zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów dotyczących polisy oraz nawierzchni syntetycznej.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący złożył w dniu 08.07.2009 r. (data nadania pisma w placówce pocztowej operatora publicznego) odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał te same zarzuty i argumentację, jak w proteście i wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego w dniu 10.07.2009 r., tj. przed otwarciem posiedzenia w niniejszej sprawie, swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożyła firma TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający ustalił, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Skład orzekający stwierdził także, że Odwołujący – stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp – posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, zostałaby uznana za najkorzystniejszą, została zatem wypełniona dyspozycja wskazanego przepisu.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, skład orzekający Izby ustalił, iż istota sporu dotyczy zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu nie załączenia do niej harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

Zamawiający w rozdziale XVIII „Zawartość ofert” w pkt 4 określił, iż „Celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stawianych Wykonawcom przez Zamawiającego oraz dla uznania formalnej poprawności, oferta winna zawierać następujące dokumenty lub poświadczone za zgodność z oryginałem ich kserokopie lub odpisy: (...) harmonogram rzeczowo finansowy (...)”, zapisując nazwę harmonogramu wytłuszczonym drukiem.

Jednocześnie, we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ, w § 3 określającym obowiązki wykonawcy Zamawiający wskazał, iż „Wykonawca przed złożeniem oferty winien dokonać wizji w terenie i zapoznać się z dokumentacją projektową i przedłożyć harmonogram rzeczowo-finansowy”.

W SIWZ Zamawiający określił wzór harmonogramu rzeczowo-finansowego, jako załącznik nr 5 pn.: „Harmonogram realizacji robót związanych z budową kompleksu sportowego w ramach programu „Moje Boisko Orlik 2012” w Błoniu”. Zgodnie z treścią tego załącznika, wykonawca obowiązany był złożyć oświadczenie, iż zobowiązuje się zrealizować kolejne etapy zamówienia w terminach wskazanych w tym harmonogramie oraz określić zakres wykonania, termin wykonania, wartość robót – kolejnych etapów zamówienia.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W przytoczonych wyżej postanowieniach SIWZ Zamawiający sformułował wprost wymóg złożenia wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo-finansowego, który – w ocenie składu orzekającego Izby – wykonawca obowiązany był spełnić, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, iż brak w ofercie harmonogramu rzeczowo-finansowego nie może skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o wskazany przez Zamawiającego przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który wskazuje na merytoryczną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ oraz, że oferta nie zawierająca tego harmonogramu zawiera wszystkie istotne elementy, w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu Cywilnego. Zdaniem składu orzekającego Izby, harmonogram, którego żądał Zamawiający stanowi istotny, merytoryczny element oferty, gdyż – jak wskazał na rozprawie Zamawiający – zawiera informacje co do tego, jakie czynności/etapy będą wykonywane we wskazanym czasie oraz jaka jest ich wartość, a nadto służyć ma kontroli prawidłowości realizacji zadania przez wykonawcę oraz ewentualnie rozliczeń finansowych, a ponadto, od dostarczenia tego harmonogramu (wraz z umową w sprawie zamówienia publicznego) Minister Sportu i Turystyki uzależnił dofinansowanie przedmiotowego zadania (pismo z dnia 21.04.2009 r., znak: DIS/60095/MŁ/09). Nie znajduje podstaw zarzut, iż Zamawiający nie zawarł w SIWZ uzasadnienia żądania dołączenia do oferty przedmiotowego harmonogramu, gdyż przepisy prawa takiego wymogu nie nakładają na Zamawiającego. Izba ustaliła, iż Odwołujący nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ odnośnie wymogu załączenia do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego (art. 38 ust. 1 Pzp), jak również nie oprotestował postanowień SIWZ.

Fakt określenia w SIWZ terminu końcowego wykonania zamówienia (31.10.2009 r.), jak również ustalony przez Zamawiającego ryczałtowy charakter wynagrodzenia (na podstawie protokołu końcowego odbioru robót) nie dają, zdaniem składu orzekającego Izby podstawy do uznania, że przedmiotowy harmonogram miał znaczenie wyłącznie informacyjne i nie stanowił merytorycznego i istotnego elementu złożonej oferty. Zamawiający dopuścił bowiem w § 7 ust. 4 wzoru umowy możliwość rozliczeń częściowych, za wykonanie poszczególnych etapów w miarę postępu prac, do 80% wartości zadania, po podpisaniu częściowego odbioru robót przez Zamawiającego. Zatem w treści wzoru umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający wskazał jednoznacznie, że harmonogram stanowić będzie podstawę do zapłaty faktur częściowych za zrealizowanie poszczególnych etapów robót.

Odwołujący akceptując postanowienia SIWZ, zyskałby także prawo wystąpienia do Zamawiającego o wyrażenie zgody na zapłatę częściową (rozliczenie częściowe).

W świetle powyższych ustaleń oraz mając na uwadze brak możliwości uzupełnienia oferty o harmonogram rzeczowo-finansowy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż harmonogram ten nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba orzekła jak w sentencji uznając, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 Pzp i oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Skład orzekający Izby nie uwzględnił kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego z uwagi na nieprzedłużenie do akt sprawy rachunku, zgodnie z § 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 zmienionym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 października 2008 r. (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. 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 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 Warszawie

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....