

Sygn. akt: KIO 1222/10

WYROK
z dnia 29 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2010 r. przez **Danutę Justyniarską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Budowlana „ANESTI”, 41-209 Sosnowiec, ul. Jedności 10** odwołania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Dąbrowa Górnicza – Urząd Miejski Wydział Inwestycji Miejskich, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Danutę Justyniarską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Budowlana „ANESTI”, 41-209 Sosnowiec, ul. Jedności 10** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Danutę Justyniarską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Budowlana „ANESTI”, 41-209 Sosnowiec, ul. Jedności 10**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Dąbrowa Górnicza, Urząd Miejski – Wydział Inwestycji Miejskich w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania „Budowa kompleksu boisk wielofunkcyjnych w ramach ogólnopolskiego programu *Moje Boisko – Orlik 2010 przy Szkole Podstawowej Nr 12*”, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 maja 2010 r., poz. 135585, wobec czynności odrzucenia oferty Firmy Usługowo-Budowlanej „ANESTI” Danuta Justyniarska (dalej odwołujący), w dniu 18 czerwca 2010 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 18 czerwca 2010 r.

O czynności zamawiającego odwołujący został powiadomiony w dniu 14 czerwca 2010 r. na podstawie informacji przesłanej faksem.

W odwołaniu odwołujący wskazał na naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl oraz § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, do których miało dojść na skutek zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego było uznanie przez zamawiającego, że wykonawca złożył ofertę na wykonanie boisk z nawierzchniami o nieznanym parametrach, nie załączył bowiem dokumentów potwierdzających jakość nawierzchni boisk, a także próbek tych nawierzchni. Zamawiający nie miał możliwości uzupełnienia tego braku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdy kryteriami w przedmiotowym postępowaniu są oprócz ceny także jakość oferowanego systemu nawierzchni z trawy syntetycznej i jakość oferowanego systemu nawierzchni poliuretanowej przez co uzupełnienie oferty o próbki i dokumenty określające jakość oferowanych nawierzchni boisk miałyby wpływ na ocenę oferty w ww. kryteriach prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Z powyższą argumentacją nie zgodził się odwołujący i wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonanie wyboru oferty odwołującego i podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający żądał dołączenia dokumentów dotyczących nawierzchni poliuretanowych (pkt. 9.3 siwz) oraz dokumentów dotyczących nawierzchni z trawy syntetycznej (pkt. 9.4 siwz) oraz próbek traw syntetycznej, podkładowej maty elastycznej lub systemowego podkładu prefabrykowanego oraz granulatu wypełnienia trawy i nawierzchni

poliuretanowej (pkt 9.5.5 siwz). Kryteriami oceny ofert ustalonymi przez zamawiającego poza ceną były jakość oferowanego systemu nawierzchni z trawy syntetycznej (30 %) oraz nawierzchni poliuretanowej (10 %). Dokumenty, oświadczenia oraz próbki dotyczące każdego z rodzaju nawierzchni, jako dokumenty, o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy, nie złożone w terminie, podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26. 3 ustawy. Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia dokumentu potwierdzającego, że parametry jakości oferowanej nawierzchni odpowiadają parametrom objętym normą PB – EN 14 77:2008 i PN-EN 15 330-1:2008 i na ich podstawie dokonać oceny oferty w kryterium jakości, przyznając odpowiednio 10 i 30 pkt (jeżeli parametry jakościowe łącznie spełniałyby wszystkie określone przez zamawiającego parametry) lub 0 pkt (w przypadku braku spełnienia łącznie zawartych w pkt. 24 siwz parametrów). Dokumenty te stanowić powinny w pierwszej kolejności przedmiot badania spełnienia warunków przedmiotowych (w zakresie norm minimalnych), a dopiero po stwierdzeniu, że zostały one spełnione podstawę przyznania punktów w kryteriach oceny oferty.

W odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 28.06.2010 r. przekazane faksem) zamawiający podtrzymał swoje stanowisko dotyczące zasadności odrzucenia oferty, dodatkowo podnosząc, iż postulowane przez odwołującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów prowadziłyby do naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 oraz fundamentalnej zasady wyrażonej w art. 7 ustawy. W prowadzonym postępowaniu wykonawca poprzez to, że nie przedłożył wraz z ofertą żadnego dokumentu ani żadnej próbki dotyczącej oferowanej nawierzchni, w sytuacji wezwania go do uzupełnienia oferty w trybie art. 26. ust. 3 ustawy, mógłby zdaniem zamawiającego, w sposób nieskrępowany jakąkolwiek wcześniejszą deklaracją czy dokumentem załączonym do oferty podjąć decyzję o tym jaki rodzaj nawierzchni zaoferuje. Dokonałby w ten sposób nie tylko uzupełnienia oferty o dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane nawierzchnie wymagań określonych przez zamawiającego, ale także uzupełnienie jej treści poprzez określenie jakie nawierzchnie oferuje zamawiającemu, co doprowadziłoby do naruszenia zakazu określonego art. 87 ust. 1 ustawy, prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, kierując się okolicznościami ustalonymi w toku rozprawy na podstawie dokumentacji postępowania, a także stanowiskami stron złożonymi w pismach i ustnie na rozprawie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl.

Przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, w świetle stawianych zarzutów, było ustalenie, czy odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl) dokonane zostało z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności przepisu art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający oceniając ofertę odwołującego uznał, iż wykonawca złożył ofertę na wykonanie boisk z nawierzchni o nieznanach parametrach, nie załączył bowiem dokumentów potwierdzających jakość oferowanych nawierzchni boisk, a także próbek tych nawierzchni. Zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż kryteriami w przedmiotowym postępowaniu, oprócz ceny były również jakość oferowanego systemu nawierzchni. W tych okolicznościach uzupełnienie oferty o próbki i dokumenty określające jakość oferowanych nawierzchni boisk miałoby wpływ na wynik oceny oferty i prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący uznał stanowisko zamawiającego za niewłaściwe, gdyż w jego ocenie zamawiający był zobowiązany wezwać go do uzupełnienia dokumentów, a następnie dokonać oceny oferty pod względem spełniania parametrów minimalnych oraz według kryteriów oceny oferty.

Na rozprawie Izba ustaliła, iż odwołujący nie załączył do oferty żadnych dokumentów wymaganych przez zamawiającego i dotyczących nawierzchni poliuretanowej (pkt 9.3 siwz) oraz nawierzchni z trawy syntetycznej (pkt 9.4 siwz), jak również próbek z metryką określającą nazwę producenta i typ (pkt 9.5.5 siwz).

Dokumenty te żądane były w celu potwierdzenia spełniania warunków jakościowych nawierzchni (pkt 3.6 siwz), potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (pkt

9 siwz), a także dla przeprowadzenia oceny oferty w kryterium jakości oferowanej trawy oraz nawierzchni poliuretanowej (pkt 24 siwz). Wskazane przez zamawiającego próbki: nawierzchni, trawy, podkładu i wypełnienia stanowiły podstawę oceny oferty w kryterium jakości oferowanego systemu nawierzchni (pkt 24 siwz).

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne Izba uznała, iż dokumenty oraz próbki nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W szczególności, w ocenie Izby nie złożone przez wykonawcę dokumenty oraz próbki nie stanowiły wyłącznie dokumentów oraz oświadczeń, które miały potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, do których odwołanie zawiera norma przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. Z dokumentów oraz próbek wynikać miała deklaracja wykonawcy co do oferowanej nawierzchni, z jakiej zamierza wykonać boisko, a zatem stanowiły one element oświadczenia woli wykonawcy. Nie miały one charakteru wyłącznie informacyjnego, a zatem nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Charakter oświadczenia przemawia za tym, że mamy do czynienia z elementem opisu przedmiotu zamówienia, a nie oświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji nie może znaleźć zastosowania przepis art. 26 ust. 3 ustawy, co skutkowałoby naruszeniem art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż w istocie dokonałoby uzupełnienia treści oferty, w zakresie w jakim gwarantować miałyby ona wykonanie zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego. Do podobnych wniosków doszedł Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 28 stycznia 2010 r., sygn. akt II Ca 1211/09. Ponadto, jak słusznie zauważył zamawiający, wezwanie do uzupełnienia dokumentów i próbek prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż wykonawca mógłby w takiej sytuacji przedstawić próbkę trawy (nawierzchni) po zapoznaniu się z drugą ofertą złożoną w postępowaniu, a tym samym stawiałoby to tego wykonawcę w uprzywilejowanej sytuacji. Zgodnie z zapisami specyfikacji próbki miały stanowić podstawę oceny ofert w kryterium jakości oferowanego systemu nawierzchni z trawy syntetycznej oraz nawierzchni poliuretanowej, w którym możliwe było uzyskanie maksymalnie 40 punktów. Ponieważ parametry oceniane w kryterium jakości, zamawiający zastrzył względem minimalnych warunków określonych w pkt 3.5 siwz, nie każda nawierzchnia spełniająca wymagania zamawiającego, jaką wykonawcy mogli zaoferować, mogła uzyskać dodatkowe punkty w kryterium jakości. Wszystkie elementy oferty, jakie zamawiający zamierzał oceniać według kryteriów oceny ofert, muszą być wskazane w ofercie od początku, tak aby zapewnić przejrzystość postępowania i nie naruszać zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem uczciwej konkurencji. Jakikolwiek uzupełnianie

oferty w tym zakresie, nie mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 87 ustawy nie jest dopuszczalne.

Mając powyższe uwadze, Izba uznała, iż zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty odwołującego, uznając iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W oparciu o powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....