

WYROK
z dnia 6 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Andrzej Niwicki
Izabela Niedziałek

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 6 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Produkcyjno-Usługowy „MARKOSTAL” Marek Tyniec, ul. Powstania Styczniowego 21, Kutno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Gminy Zgierz, ul. Łęczycka 4, Zgierz** protestu / protestów * z dnia 7 kwietnia 2008 r.

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

orzeka:

1 . oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Produkcyjno-Usługowy „MARKOSTAL” Marek Tyniec, ul. Powstania Styczniowego 21, Kutno** 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 **Zakład Produkcyjno-Usługowy „MARKOSTAL” Marek Tyniec, ul. Powstania Styczniowego 21, Kutno**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **511 zł 50 gr** (słownie: pięćset jedenaście złotych, pięćdziesiąt groszy) przez **Zakład Produkcyjno-Usługowy „MARKOSTAL” Marek Tyniec, ul. Powstania Styczniowego 21, Kutno** na rzecz **Urząd Gminy Zgierz, ul. Łęczycka 4, Zgierz**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu,
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez 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 **Zakład Produkcyjno-Usługowy „MARKOSTAL” Marek Tyniec, ul. Powstania Styczniowego 21, Kutno**

2

Uzasadnienie

Gmina Zgierz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę stacji uzdatniania wody w Białej”.

W dniu 2.04.2008r. dokonał wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe PRO-MET sp. j. oraz wykluczenia wykonawcy Zakład Produkcyjno – Usługowy „Markostal” Marek Tyniec. Ponadto odrzucił oferty wykonawców PPHU Hydrosystem Szpetal Górny oraz PPHU „Benerat i syn” s.c. Benerat Jacek i Benerat Maciej.

W dniu 7.04.2008r. protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz swojego wykluczenia wniósł Marek Tyniec prowadzący działalność gospodarczą Zakład Produkcyjno – Usługowy „Markostał” Marek Tyniec. Wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 29 ust. 3, art. 30 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Naruszenie art. 24 ust. 1 nastąpiło poprzez bezzasadne wskazanie, że protestujący w ciągu ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wyrządził szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, a szkoda nie została przez niego dobrowolnie naprawiona do dnia wszczęcia postępowania. Roboty które wykonywał protestujący dla zamawiającego dotyczyły okresu lat 2002 i 2003, natomiast okres, o którym mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1 rozpoczął się w dniu 15 lutego 2005r. Wskazano ponadto na niewłaściwe powołanie się na protokół odbioru pogwarancyjnego spisany w dniu 14.12.2007r.

Naruszenie art. 89 ust. 1 nastąpiło w ocenie protestującego poprzez nie wezwanie do dostarczenia dokumentów – kart charakterystyki i atestów PZH na zestaw filtracji, aeracji, hydroforowy oraz kartę charakterystyki dmuchawy, firmy Instalcompact. Ponadto wskazano na nie złożenie w ofercie ww. dokumentów przez PPU PRO – MET sp. j. która powołała się na firmę Instalcompact.

Wskazano na nieprawidłowość polegającą na żądaniu jednego atestu wspólnego na zestaw elementów mający kontakt z wodą pitną. Ponadto podniesiono, że protestujący w swojej ofercie zapewnił posiadanie atestów przez wszystkie urządzenia mające kontakt z wodą pitną.

Na koniec wskazano na nieprawidłowości w zakresie porównywania ofert równoważnych – zastosowanie nieznanymi kryteriów do oceny równoważności urządzeń, których nie uwzględniał SMWZ.

W dniu 16.04.2008r. Zamawiający oddalił protest jako bezzasadny.

3

Wskazano na szkodę w postaci wielopunktowego przeciekania dachu, skutkującą zalaniem sufitu, monitorów, mebli i wykładziny w pracowni informatycznej oraz nieuszczelnienie okien w pracowni humanistycznej oraz pracowni kształcenia zintegrowanego w postaci mokrych parapetów i nasiąkniętego tynku wokół parapetów oraz kałuże wody na podłogach po krótkotrwałym deszczu. Szkodę tę stwierdzono w dniu 28.05.2007r. i miało to miejsce w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania. Wskazano na brak dobrowolnego naprawienia szkód stwierdzonych protokołami z dnia 6.06.2007r. oraz 14.12.2007r. Dalej wskazywano i argumentowano powody wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Zamawiający przyznał, że istotnie nie wezwał wszystkich uczestników postępowania do dostarczenia dokumentów - kart charakterystyki i atestów PZH na zestaw filtracji, aeracji, hydroforowy oraz karty charakterystyki dmuchawy. Wskazano, że firma Instalcompact oraz inni wykonawcy którzy nie załączali do oferty tabeli z urządzeniami równoważnymi – nie zostali wezwani do dostarczenia przedmiotowych dokumentów, gdyż to wystarczało zamawiającemu do stwierdzenia zgodności ich ofert z dokumentacją projektową. Odnośnie firmy PRO MET wskazano, że poinformowała ona zamawiającego, że wykona zamówienie w pełni zgodnie z dokumentacją projektową i dlatego nie załączono kart katalogowych i atestów.

Zamawiający wskazał ponadto, że w przypadku nie przedstawienia atestów PZH na kompletne zestawy należało przedstawić atesty na poszczególne elementy zestawów, a protestujący nie załączył atestów dla odpowietrzników zainstalowanych na aeratorze na filtrach odżelaziaczy.

Odnośnie zarzutu nieprawidłowości w określeniu i ocenie równoważności oferty protestującego – zamawiający wskazał na to, że uzyskał opinię projektanta z której wynikało, że przedstawienie wariantowe pierścieni na aeratorze nie pozwoliło ustosunkować się do ich równoważności. Wskazano, że zaproponowana pompa płuczna ma większą moc energii. Na koniec podniesiono, że w piśmie z dnia 28.02.2008r. Zamawiający określił, jakie urządzenia uznaje za równoważne i poinformował, że w ofercie równoważnej wykonawca zobowiązany będzie do przedstawienia wykazu tych urządzeń w celu uzyskania autora dokumentacji projektowej i Zamawiającego.

W dniu 21.04.2008r. protestujący wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Wskazano na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 1, art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 29 ust. 3 oraz art. 30 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zażądano powtórzenia oceny ofert przez zamawiającego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty odwołującego lub alternatywnie unieważnienia postępowania.

4

W argumentacji wskazano na treść protokołu pogwarancyjnego z dnia 14.12.2007r. z którego wynikało, że usterki usuwane były na bieżąco. Dobrowolne zobowiązanie się wykonawcy do zeszkobania starej farby z sufitu i jego pomalowanie w sierpniu 2008r. zostało ustalone w związku z okresem wakacyjnym i możliwością wykonania tej roboty bez spowodowania zakłóceń w funkcjonowaniu szkoły.

Wskazano dalej, że zaproponowany w ofercie mieszacz spełnia wymogi określone w dokumentacji projektowej i jest równoważny w stosunku do tego który został wskazany w ofercie w wyniku powyższego oferta jest zgodna z SIWZ. Zamawiający nie określił w SIWZ stosunku powierzchni czynnej do objętości ale podał wyłącznie objętość mieszacza jako kryterium wyboru.

Wskazano, że wymagane przez zamawiającego atesty PZH nic nie wnoszą a żądanie ich od wykonawców wykraczało poza przepisy § 3.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

W ocenie odwołującego zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia kart katalogowych i atestów wszystkich wykonawców a nie wyłącznie tych z ofertami równoważnymi. Wskazano na niekonsekwencję zamawiającego w stosunku do wykonawcy PRO MET.

Na koniec podkreślono, że skoro zamawiający nie określił obiektywnie i w sposób bezstronny i jednoznaczny w SIWZ parametrów urządzeń to nie może odrzucać ofert z powodu niezgodności treści z treścią SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Kluczowa dla rozstrzygnięcia odwołania w niniejszej sprawie jest ocena zasadności odrzucenia oferty odwołującego lub jego wykluczenia z postępowania. Konieczność ponownej oceny ofert nastąpi dopiero w momencie uznania obydwu czynności zamawiającego za bezpodstawne.

Odnosnie wykluczenia wykonawcy ZPU Markostal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych – należało stwierdzić, że zamawiający dokonał tego bezpodstawnie. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 wprowadza okres 3 lat, w trakcie którego podmioty, które wyrządziły szkodę wskutek nienależytego wykonania zamówienia nie mogą ubiegać się o udzielenie kolejnego zamówienia. O początku biegu terminu przesądza moment wykonania danego zamówienia. W zamówieniu, które dotyczyło ocieplenia szkoły w Szczawinie wykonanie zamówienia nastąpiło w dniu 4.10.2002r., o czym przesądza protokół odbioru robót. Bezpodstawne jest utożsamianie okresu udzielonej gwarancji z terminem „wykonanie zamówienia” o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy

5

Pzp. Wykładnia językowa ustawy Prawo Zamówień Publicznych ma pierwszeństwo przed innymi sposobami interpretacji przepisów i w kontekście niniejszego postępowania termin „wykonanie zamówienia” należy rozumieć dosłownie – jako wykonanie świadczenia wynikającego z głównej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieprawidłowości przy określeniu i ocenie równoważności oferty odwołującego w postępowaniu – należało stwierdzić, że w świetle przyjętej konstrukcji akceptacji ofert równoważnych przez projektanta – odrzucenie oferty odwołującego przez zamawiającego było zasadne. Z dokumentu „Ocena równoważności ofert w stosunku do projektów rozbudowy S.U.W. w Białej” z dnia 26.03.2008r. wynika bezpośrednio, że projektant uznał ofertę ZPU „Markostal” za nie spełniającą wymagań SIWZ. Wskazał na różnice m.in. w postaci innych rozwiązań przedstawionych przez wykonawcę

w zakresie wyprowadzenia króćców, zastosowania różnego rodzaju pierścieni w mieszaczu, nie równoważności mieszacza czy większej energochłonności zaproponowanej pompy płuczonej. W takiej sytuacji zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę ZPU „Markostal”. Pomimo wątpliwości związanych z brakiem dokładnego określenia sprawdzania równoważności w SIWZ, a przekazaniem akceptacji w tym zakresie projektantowi – należało wskazać, że zamawiający zapewnił wysoki poziom konkurencyjności w przedmiotowym postępowaniu. Potwierdza to duża liczba ofert – łącznie 11 z czego ofert nie odrzuconych 8. Wysoki poziom konkurencyjności w niniejszym postępowaniu jest podstawą do stwierdzenia zapewnienia poszanowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego w kontekście oceny ofert. Należy również podkreślić, że opis przedmiotu zamówienia oraz zasada akceptacji ofert równoważnych przez projektanta znalazły się w SIWZ co nie zostało we właściwym terminie oprotestowane przez odwołującego.

Odnosnie naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez nie odrzucenie oferty PRO MET pomimo wezwania do złożenia dokumentów – należało stwierdzić, że z korespondencji w postępowaniu wynika jednoznacznie, że firma ta oferuje przedmiot zamówienia zgodny z dokumentacją projektową. Oferta tej firmy nie jest ofertą równoważną, wobec czego nie musiała podlegać dodatkowym akceptacjom.

Pomimo uwzględnienia zarzutu związanego z wykluczeniem odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nakazanie ponownej oceny ofert zamawiającemu jest bezprzedmiotowe gdyż zasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

6

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

7