Sygn. akt: KIO 1170/11

WYROK
z dnia 16 czerwca 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2011r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:** 1. Mostostal Warszawa S.A. (pełnomocnik), 2. Acciona Infraestructuras S.A. Madrid, Hiszpania, adres dla pełnomocnika: ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa **w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego** Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, ul. Dewajtis 5, 01-815 Warszawa

przy udziale wykonawcy SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert po uprzednim wezwaniu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, do złożenia dokumentów wymienionych w załączniku do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o Nazwie: Centrum

---

Laboratoryjne Nauk Przyrodniczych; Lokalizacja: ul. Wóycickiego 1/3, 01-938 Warszawa; Branża: Technologia; Stadium: Projekt Budowlany; Nr projektu: IBG-P/029/09
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego** Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, ul. Dewajtis 5, 01-815 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00zł (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:** 1. Mostostal Warszawa S.A. (pełnomocnik), 2. Acciona Infraestructuras S.A. Madrid, Hiszpania, adres dla pełnomocnika: ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa,

2.2. zasądza od **zamawiającego** Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, ul. Dewajtis 5, 01-815 Warszawa na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** 1. Mostostal Warszawa S.A. (pełnomocnik), 2. Acciona Infraestructuras S.A. Madrid, Hiszpania, adres dla pełnomocnika: ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa kwotę 20.000,00 **zł** (słownie złotych: dwadzieścia tysięcy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 2 czerwca 2011 r. zostało wniesione odwołanie przez Konsorcjum spółek, w skład którego wchodzą: Mostostal Warszawa S.A. (lider) ul. Konstruktorska 11A, 02 - 673 Warszawa i Acciona Infraestructuras S.A. (partner) Alcobendas 28108 Parque Empresarial de la Moraleja Avenida de Europa 18 Madrid, Hiszpania, zwane dalej „Odwołującym" lub „Konsorcjum Mostostal".

Wniesione odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, które prowadzi Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie ul. Dewajtis 5, 01 -815 Warszawa zwany dalej „Zamawiającym".

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy „Budowy Centrum Edukacji i Badań Interdyscyplinarnych - Etap II Centrum Laboratoryjne Nauk Przyrodniczych" i ogłoszone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.02.2011 r. nr 2011/S-22-035432.

Na datę składania odwołania postępowanie o udzielenie zamówienia znajduje się na etapie dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę spółki Skanska S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, która to spółka przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dalej jest zwana „Przystępującym po stronie Zamawiającego".

Odwołujący na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp" zaskarżył czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego czyli zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal i pozostałych Wykonawców (za wyjątkiem oferty Odwołującego), ponieważ nie dołączyli do swych ofert wymaganych atestów, certyfikatów i próbek dotyczących oferowanego wyposażenia.

Odrzucenia wszystkich ofert poza ofertą Odwołującego, domaga się Odwołujący się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący uważa, że Zamawiający postąpił wbrew jednoznacznie sformułowanym wymaganiom określonym w dołączonym do SIWZ Projekcie budowlanym (branża:

Technologia) czym ewidentnie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ nie odrzucił wszystkich pozostałych ofert za wyjątkiem jego oferty.

W odwołaniu zajął stanowisko, że powyższe błędy w ofertach nie dają podstaw do sanowania złożonych ofert w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i winny skutkować ich odrzuceniem jako niezgodnych z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podkreślił również, że w przypadku uznania słuszności zarzutów odnoszących się do treści oferty wybranego wykonawcy oraz ofert pozostałych wykonawców, w których wystąpiły identyczne naruszenia, oferta Konsorcjum Mostostal zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.
Wskazał na złamanie przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, czym naruszono art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Poza tym wskazał, że Zamawiający dokonując wyboru oferty z naruszeniem powołanych przepisów, pozbawił Odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym naruszył jego interes.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:
1) unieważnienie dokonanego w postępowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego po stronie Zamawiającego;
2) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny i badania ofert w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenie ofert złożonych przez Skanska, Budimex S.A., Warbud S.A., Polimex - Mostostal S.A. oraz konsorcjum spółek, w skład którego wchodzą Strabag sp. z o. o. (lider), Strabag AG (partner), Ed. Zueblin AG (partner).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że treść ofert złożonych przez Skanską i pozostałych wykonawców (z wyjątkiem oferty Odwołującego) z uwagi na fakt niedołączenia doń wyżej wymienionych dokumentów jest niezgodna z treścią SIWZ i winny one zostać odrzucone w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
Wskazane braki mają istotne znaczenie i nie są niezgodnością nadającą się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Nie mogą być też uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wymienione w projekcie budowlanym oraz wykonawczym atesty, dokumenty, świadectwa i certyfikaty nie były ujęte w wymogu dokumentacyjnym na potwierdzenie

---

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stanowią jednak bezspornie wyraźnie określone elementy treści oferty, których niedołączenie determinuje powstanie niepodlegającej sanowaniu niezgodności z treścią SIWZ.

W dniu 06.06.2011r. w drodze pisemnej do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego Wykonawca wybrany, który wniósł o oddalenie odwołania argumentując, że Zamawiający nie naruszył wyborem jego oferty przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast wskazane dokumenty takie jak atesty higieniczne na farbę, certyfikaty, świadectwa jakości zdrowotnej PZH, raporty badań, dokumentacja techniczno-ruchowa, instrukcje obsługi, kopie uprawnień osób wykonujących czynności związane z dostawą zgodnie z praktyką budowlaną oraz obowiązującą ustawą Prawo budowlane i przywołanym jego art.25 w związku z art.18 ust.2, dostarczane są w trakcie realizacji budowy.

Przystępujący przywołał również § 8 ust.2 pkt 11 wzoru umowy, regulujący obowiązki wykonawcy w zakresie sporządzenia dokumentacji powykonawczej i przedłożenie Zamawiającemu dokumentów pozwalających na ocenę prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, a w szczególności protokołów badań i sprawdzeń, protokołów technicznych odbiorów, dziennika budowy, niezbędnych świadectw kontroli jakości oraz świadectwa energetycznego budynku.

Przystępujący nie zgodził się, że dokumenty których brak podnosi Odwołujący stanowią treść oferty, ponieważ zgodnie z treścią 8.1.1. SIWZ oferta powinna zawierać wypełniony formularz „Oferta” wraz z załącznikiem nr 1 harmonogramem rzeczowo-finansowym.

Z ostrożności procesowej Przystępujący po stronie zamawiającego podniósł, że jeżeli by uznać, że kwestionowany brak dokumentów miał potwierdzać spełnienie wymagań SIWZ przez oferowane wyposażenie to na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp w związku z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mają być składane, Zamawiający winien wezwać wykonawców, w tym Przystępującego do ich uzupełnienia.

Zamawiający na rozprawie oświadczył, że nie chciał, aby wykonawcy dostarczyli dokumenty wskazane w załączniku do SIWZ, tj. projekt budowlany. Projekt budowlany sporządzał

---

inżynier, ale Zamawiający nie miał zamiaru, aby wykonawcy dostarczyli te dokumenty do oferty i w związku z tym, że jest to dokument stworzony przez biuro projektowe, to uważał, że nie odnosi to skutków bezpośrednich do wykonawcy, należy to traktować jako wskazówki projektantów do realizacji budowy, a w szczególności po realizacji budowy, bo są to elementy wyposażenia obiektu, np. kolorystyka, sprzęt, sposób montażu tego sprzętu. Zamawiający oświadcza, że nie żądał tych dokumentów i nie oczekiwał, aby takie dokumenty złożyć.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w przypadku potwierdzenia naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego w stosunku do wszystkich pozostałych ofert, będzie miał możliwość uzyskania zamówienia.

Na podstawie przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z pkt 3.5 SIWZ przedmiot zamówienia, w myśl art.31 ust.1 ustawy Pzp, został opisany za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Wskazane dokumenty, stanowiące załączniki do SIWZ, składają się w szczególności z: B. Dokumentacja dotycząca Centralnego Laboratorium Nauk Przyrodniczych 3.Tom I-1- technologia, architektura.

Zgodnie z udostępnionym wykonawcom w postępowaniu „Projektem budowlanym", stanowiącym integralną część SIWZ, zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ przez oferowane elementy wyposażenia laboratoriów w meble określił jednoznaczny wymóg dołączenia do oferty szeregu dokumentów (vide: pkt 10.5 - „Wyposażenie laboratoriów", „Wymagania ogólne dotyczące wyposażenia laboratoriów w meble"- pkt 10.6 w Projekcie wykonawczym).
W pkt 10.5.3 Projektu określono „W celu potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ przez oferowane wyroby do oferty należy dołączyć katalogi i foldery z opisami i szczegółowymi fotografiami oferowanych (jeżeli w katalogu nie ma szczegółowych fotografii mebli i ich

---

elementów, należy je dodatkowo dołączyć do oferty): mebli laboratoryjnych (zestawów mebli, stelaży, szafek podblatowych oraz wiszących, przystawek z wyposażeniem, półek na przystawkach, szaf na kwasy i zasady, zlewów, blatów, paneli instalacyjnych w przystawkach itp.). dygestoriów (z widocznymi cechami poszczególnych elementów, takich jak panele instalacyjne, szafki itp.). stołów wagowych, taboretów i krzeseł. Do oferty należy także dołączyć dokumentację techniczno - ruchową lub instrukcje obsługi do dygestoriów."
Dodatkowo w celu potwierdzenia, że oferowane wraz z dostawą usługi odpowiadają wymogom zamawiającego, w pkt 10.5.5 Projektu zamawiający wymagał, by transport. rozładunek i montaż oferowanych mebli był wykonywany przez uprawniony i autoryzowany serwis producenta i żądał w związku z tym dołączenia do oferty kopii odpowiednich uprawnień (jeśli są one wymagane przez odpowiednie ustawy) osób wykonujących wymienione czynności oraz autoryzację producentów (jeżeli wykonawca nie jest producentem) poszczególnych elementów dostawy (mebli, dygestoriów. komór do prac z cytostatykami i komór laminarnych) uprawniającą wykonawcę do sprzedaży i serwisowania w/w elementów na terenie Polski
W pkt 10.5.6 powołanego Projektu zamawiający podsumowując swoje żądanie co do obowiązku złożenia dokumentów podał -„Wszystkie opisane w wymaganiach technicznych świadectwa, certyfikaty, atesty, raporty i protokoły z badań należy dołączyć do oferty (podobnie jak katalogi, fotografie. DTR i instrukcje obsługi)".
Tego rodzaju wymagania pojawiły się także w innych punktach przedmiotowego Projektu budowlanego, np.:
- w pkt 10.5.12 określono wymóg dołączenia do oferty atestu higienicznego na farbę;
- w pkt 10.5.21 określono wymóg dołączenia Świadectwa Jakości Zdrowotnej PZH, które należy dołączyć do oferty wraz z pięcioma próbkami blatów monolitycznych o

określonych parametrach;
- w pkt 10.5.33 określono wymóg dołączenia do oferty katalogów oraz szczegółowych fotografii i dokumentacji techniczno - ruchowej potwierdzających wymagane parametry oferowanych przystawek, przy czym w odniesieniu do przystawek wyposażonych w podłączenia gazowe, zawory gazu i króćce umieszczone w blaciku - dla potwierdzenia zgodności zaworów gazu z normą DIN 12918-2 konieczne jest złożenie wraz z ofertą kopii właściwego certyfikatu;
- w pkt 10.5.37 i 10.5.38 - w odniesieniu do oferowanych stołów laboratoryjnych określono wymóg dołączenia do oferty odpowiedniego certyfikatu zgodności oferowanych mebli z wymaganiami norm PN-EN 13150:2004 i PN-EN 14727:2006 wydanego przez niezależną jednostkę badawczą akredytowaną w zakresie badań i certyfikacji tego typu wyrobów oraz stosowną deklarację CE producenta;

- w pkt 10.5.39 i 10.5.40 - parametry wymagane/oferowane dla dygestoriów muszą znajdować potwierdzenie w dokumentacji techniczno - ruchowej oraz katalogu ze zdjęciami, które winny zostać dołączone do oferty; dodatkowo w odniesieniu do dygestorium metalowego (pkt 10.5.40 lit. o/) dla potwierdzenia zgodności armatury z normą DIN EN 12918 - 2 zamawiający wymaga dołączenia do oferty certyfikatu wydanego przez niezależną instytucję certyfikującą;
- w pkt 10.5.43 - parametry oferowanej szafy na chemikalia muszą znajdować potwierdzenie w dokumentacji techniczno - ruchowej oraz katalogu ze zdjęciami, które winny zostać dołączone do oferty; wymagane jest też dołączenie do oferty deklaracji CE.

Zamawiający w wyżej powołanych miejscach wyraźnie podał, że spełnienie wskazanych żądań co do złożenia określonych dokumentów ma nastąpić „w celu potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ".
Nie ulega zatem wątpliwości, że udostępniony przezeń Projekt budowlany stanowi integralny element treści specyfikacji, co potwierdza

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Potwierdziły się zarzuty Odwołującego, który zasadnie zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty, ponieważ Wykonawca wybrany i pozostali wykonawcy za wyjątkiem odwołującego nie dostarczyli dokumentów wymienionych w załączniku do SIWZ jakim jest dokumentacja budowlana.
Oświadczenie na rozprawie Zamawiającego, że nie miał zamiaru wymagać na etapie składania ofert dokumentów wymienionych w załączniku do SIWZ to jest w projekcie budowlanym nie może odnieść skutku prawnego wobec jednoznacznego stwierdzenia w tym załączniku, że dokumenty te mają być złożone do oferty, co wielokrotnie zaznaczano w tym załączniku.
Powoływanie się na nadużycie uprawnień przez projektanta sporządzającego projekt budowlany nie może zostać uwzględnione z powodu, iż załącznik projekt budowlany jest integralną częścią SIWZ i nawet gdyby uznać, że w samym SIWZ przewidziano tylko obowiązek złożenia wypełnionego formularza ofertowego wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym, stanowiłoby to naruszenie zasady równego traktowania wykonawców przewidzianej w art. 7 ustawy Pzp.

Natomiast wbrew twierdzeniom Odwołującego o niemożności sanowania błędów pozostałych wykonawców w tym Wybranego wykonawcy poprzez wezwanie ich w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Odwołującego.

Bowiem z samych zapisów zamieszczonych w załączniku pn. Projekt budowlany wynika, że brakujące dokumenty miały być dostarczone na dowód potwierdzenia, że oferowane

dostawy, usługi spełniają wymagania Zamawiającego.
Tym samym takie żądanie Zamawiającego należy przypisać do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mają być składane (Dz. U. 2009r Nr 226, poz.1817), a w konsekwencji zastosować wobec wykonawców art. 26 ust.3 ustawy Pzp.
Co do wskazywanych przez Odwołującego wyroków KIO, to przede wszystkim należy wskazać , że odnosiły się do innych stanów faktycznych i prawnych oraz były wydane pod rządami poprzednio obowiązującego w/w rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 20.000,00zł.

Przewodniczący