

WYROK
z dnia 6 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Masters Sp. z o.o., 70-383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Włocławek, 87-800 Włocławek, ul. Zielony Rynek 11/13** protestu z dnia 3 września 2008r.

przy udziale **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Masters Sp. z o.o., 70-383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21 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 uiszczonego przez **Masters Sp. z o.o., 70-383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **Masters Sp. z o.o., 70-383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23.07.2008r. pod numerem 168715 -2008 .

Przedmiotem zamówienia jest : Budowa boisk sportowych – Moje Boisko Orlik 2012.

Zamawiającym jest Gmina Miasto Włocławek, ul. Zielony Rynek 11/13, 87 - 800 Włocławek zwany dalej "Zamawiającym".

Odwołującym jest MASTERS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie ul. Mickiewicza 21, 70 - 383 Szczecin zwany dalej "Odwołującym".

Pismem z dnia 03.09.2008r. Odwołujący złożył do Zamawiającego protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty Polcourt S.A. ul. Generała Zajączka 11 lok.C 7, 01 – 510 Warszawa zwanego dalej "Wykonawcą wybranym" i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę wybranego.

W złożonym proteście Odwołujący zarzucił, że wybrana oferta jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwanych dalej "SIWZ", ponieważ nie zawiera określenia rodzaju nawierzchni boisk sportowych, a także nie załączono do niej wymienionych w SIWZ dokumentów potwierdzających parametry nawierzchni, które to dokumenty wymieniono w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót – Szczegółowe Specyfikacje Techniczne Nr 2/D, Budowa Boisk Podbudowa i Nawierzchnie

Syntetyczne Boisk zwane dalej "STWiOR".

Odwołujący w złożonym proteście zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2007r. Nr 223 poz. 1655) zwanej dalej "ustawą Pzp", poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wybranego wykonawcy lub zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2

Odwołujący w złożonym proteście zażądał :

1. uwzględnienia protestu,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy wybranego,
3. odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego lub wezwanie go do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o wszystkie wymagane dokumenty,
4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący podniósł następujące okoliczności faktyczno – prawne.

Wskazał, że posiada interes prawny w zaskarżeniu decyzji Zamawiającego, ponieważ w przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego, jego oferta będzie najkorzystniejszą. Podniósł, że Zamawiający w STWiOR na str. 32. i 33 określił parametry powierzchni poliuretanowej i nawierzchni boiska z trawy sztucznej i jednoznacznie wskazał, jakie dokumenty należy dołączyć do oferty.

Wśród tych dokumentów znajdują się :

1. badania na zgodność z polskimi normami lub aprobaty techniczne, lub rekomendacje techniczne ITB, lub wyniki badań laboratorium specjalistycznego,
2. karty techniczne zaoferowanej nawierzchni potwierdzone przez producenta,
3. atest PZH dla oferowanej nawierzchni,
4. autoryzacja producenta nawierzchni poliuretanowej wraz z gwarancją producenta,
5. certyfikat FIFA 1 Star lub FIFA 2 Star.

Tymczasem w ocenie Odwołującego, składającego protest, Wykonawca wybrany nie przedstawił żądanych dokumentów, a przez to uniemożliwił Zamawiającemu sprawdzenie czy oferta Wykonawcy wybranego odpowiada oczekiwany parametrom nawierzchni poliuretanowej oraz z trawy syntetycznej.

Zamawiający powinien zażądać doręczenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast Odwołujący wie, że Wykonawca wybrany nie posiada produktu spełniającego wymagania Zamawiającego. Tym bardziej obowiązkiem Zamawiającego jest sprawdzenie tej okoliczności.

Podsumowując Odwołujący w złożonym proteście stwierdza, że Zamawiający nie posiada potwierdzenia ze strony Wykonawcy wybranego jaką nawierzchnię poliuretanową i ze sztucznej trawy proponuje w złożonej ofercie.

Pismem z dnia 05.09.2008r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 04.09.2008r., Wykonawca wybrany przystąpił do postępowania protestacyjnego wskazując na swój interes prawny jako wykonawcy, którego oferta została wybrana, wnosząc o oddalenie protestu w całości jako bezzasadnego.

3

Wykonawca wybrany uzasadniając swoje stanowisko przywołał zapis na stronie 4 SIWZ (pkt 3.1.) zgodnie, z którym "Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia na etapie odbioru robót wszystkich dokumentów wynikających ze Specyfikacji technicznych i przepisów prawa". Ponadto w Rozdziale 11 – Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w niniejszym postępowaniu wymieniono szereg dokumentów, które przystępujący do postępowania protestacyjnego dostarczył. Ponadto przystępujący Wykonawca wybrany oświadcza, że posiada nawierzchnie poliuretanowe i ze sztucznej trawy spełniające wymogi Zamawiającego.

Pismem z dnia 08.09.2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający stwierdził, że Odwołujący niewłaściwie interpretuje zapisy SIWZ i przywołał na poparcie swojego twierdzenia zapisy pkt 3.1. SIWZ. W ocenie

Zamawiającego, dokumenty wskazane w proteście, jako nie dostarczone do oferty, powinny być dostarczone w dacie odbioru robót. Zamawiający przywołał także Rozdział 11 SIWZ i pkt III.2 Ogłoszenia o zamówienia, które w jego ocenie wskazują, jakie dokumenty mają być dostarczone. Co do zarzutu nie wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to Zamawiający stwierdził, że nie można wzywać do dostarczenia dokumentów, które nie były wymagane w SIWZ.

Zamawiający przywołał składane oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz o wykonaniu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ, a także o konsekwencjach umownych przewidzianych w przypadku nie spełnienia warunków Zamawiającego, w jego ocenie gwarantujących otrzymanie oczekiwanego rezultatu zamówienia.

Pismem z dnia 12.09.2008r. Odwołujący złożył odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następującą dodatkową argumentację prawną. Skoro Zamawiający sam wprowadził tak czytelny zapis do SIWZ to nie może obecnie kwestionować wynikającego z niego obowiązku. Bowiem obowiązek dostarczenia wszystkich dokumentów wynikających ze Specyfikacji Technicznych i przepisów prawa przy odbiorze robót nie wyklucza obowiązku dołączenia dokumentów do oferty. Zresztą zakres wymaganych dokumentów do odbioru jest znacznie szerszy niż wykaz dokumentów do oferty. Odwołujący stwierdza, że podkreślenia wymaga fakt, że Specyfikacja techniczna jest integralną częścią SIWZ, a zatem jej postanowienia wiążą z tą samą mocą wykonawców, jak inne postanowienia. Niezasadna jest również argumentacja Zamawiającego, że w rozdz. 11 SIWZ nie wymieniono tychże dokumentów, ponieważ uwzględniono tylko dokumenty z art.

4

25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp., a dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane przewiduje art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymuje dotychczasową argumentację.

Pismem z dnia 25.09.2008r. Wykonawca wybrany przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc i wywodząc jak w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający określił w SIWZ następujące regulacje:

1. W pkt 3.1. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowią załączniki: specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (zał. Nr 1 do SIWZ), szczegółowa specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (zał. Nr 2 do SIWZ), dokumentacja projektowa (zał. Nr 3 do SIWZ), przedmiar robót (zał. nr 4 do SIWZ).
2. W tym samym pkt 3.1. zawarto zapis "Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia na etapie odbioru robót wszystkich dokumentów wynikających ze Specyfikacji technicznych i przepisów prawa." Po czym w punkcie tym wymienia się dokumenty odrębnie dla nawierzchni poliuretanowej i sztucznej trawy. Dokumentami tymi są: certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN – EN odrębna na nawierzchnię sztuczną i odrębną na sztuczną trawę lub aprobatę techniczną ITB, lub rekomendacja techniczna ITB, lub wynik badania specjalistycznego laboratorium badającego nawierzchnie sportowe np.: Labosport, lub dokument równoważny, karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta, atest PZH dla oferowanej nawierzchni.

Z powyżej przedstawionych regulacji SIWZ wynika, że w specyfikacjach technicznych, które są załącznikami do SIWZ, zawarto szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz, że wykonawca na etapie odbioru robót będzie zobowiązany do dostarczenia wszystkich dokumentów wynikających ze specyfikacji technicznych i przepisów prawa. Po czym wymienia się te dokumenty podając ich rodzaj, a co do normy PE – EN co do tożsamości. Pomimo, że wykaz wlicza dokumenty, to z uwagi na użyte w jego wstępie sformułowanie „... wszystkich dokumentów wynikających ze specyfikacji technicznych i przepisów prawa...”, należy uznać, że wykonawca ma obowiązek dostarczyć nie tylko dokumenty

wymienione w pkt 3.1. SIWZ (str.4), ale również w specyfikacjach technicznych będących załącznikami do SIWZ, a także wynikające z obowiązujących przepisów prawa.

5

Izba nie uwzględniła dowodu z wyciągu szczegółowej specyfikacji technicznej Orlik 2012, z uwagi na to, iż przedłożony dowód nie służył udowodnieniu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu, gdyż zapis „rozwiązania nawierzchni syntetycznej pozostawia się do wyboru przez inwestora oraz projektanta przystosowującego projekt do warunków miejscowych”, nie wynika obowiązek żądania przez zamawiających składania przez wykonawców dokumentów wymienionych w pkt 2.2 i 2.3 przy składaniu oferty.

Zamawiający określił w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Szczegółowe Specyfikacje Techniczne Nr 2/D Budowa Boisk – Podbudowy i Nawierzchnie 2/D.05 – nawierzchnie syntetyczne na stronach 32 i 33, oprócz dokumentów wymienionych w pkt 3.1 SIWZ (str.4) takie dokumenty jak: certyfikat FIFA 1 Star, lub FIFA 2 Star, autoryzacja producenta nawierzchni poliuretanowej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię.

Przy czym na wymienionych stronach 32 i 33 znalazły się zapisy: „Wymagane dokumenty dotyczące nawierzchni, które należy dołączyć do oferty”.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że pomiędzy regulacjami zawartymi w SIWZ (dokumenty należy przedstawić przy odbiorze robót), a regulacjami zawartymi w specyfikacji technicznej (dokumenty należy załączyć do oferty) zaistniała sprzeczność co do czasu, w którym ten sam dokument należy przedstawić Zamawiającemu.

Nie można przyjąć za uzasadnione twierdzenia Odwołującego w toku postępowania odwoławczego, że Zamawiający dwukrotnie ma prawo żądać dostarczenia tego samego dokumentu, ponieważ również dobrze można byłoby twierdzić, że wykonawca ma prawo wyboru, kiedy dokument dostarczy, ponieważ nie można zakładać nieracjonalności postępowania Zamawiającego. Jak przyznał na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego zapis o doręczeniu dokumentów raz do oferty, a drugi raz przy odbiorze robót był wynikiem pomyłki Zamawiającego, a dokładnie nieskontrolowania zgodności zapisów SIWZ z zapisami STWiOR.

Skład orzekający Izby oddalając odwołanie uznał, że zapisy o doręczeniu dokumentów w SIWZ i STWiOR są sprzeczne czyli nawzajem się wykluczają i w związku z tym, tylko jeden z tych zapisów może obowiązywać w toku postępowania.

Przy rozstrzygnięciu, który z zapisów obowiązuje skład orzekający Izby, uwzględnił następujące okoliczności:

na str. 32. i 33 STWiOR znajduje się zapis autoryzacja producenta nawierzchni poliuretanowej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię. Zgodnie z kodeksem cywilnym, to jest art. 577 § 1, w wypadku, gdy kupujący otrzymał od sprzedawcy

6

dokument gwarancyjny, co do jakości rzeczy sprzedanej, poczytuje się w razie wątpliwości, że wystawca dokumentu (gwarant) jest obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, jeżeli wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w gwarancji. § 2 jeżeli w gwarancji nie zastrzeżono innego terminu, termin wynosi jeden rok licząc od dnia, kiedy rzecz została kupującemu wydana. Skoro warunkiem udzielenia gwarancji jest sprzedaż, wydanie rzeczy, to niemożliwe jest dostarczenie dokumentu między innymi gwarancji na etapie składania oferty. Powyższe wskazuje, że zapis o doręczeniu gwarancji na etapie składania oferty jest niemożliwy do zrealizowania, a tym samym nieważny. Co do nieważności takiej czynności można przywołać kodeks cywilny w zakresie art. 58. § 1 czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. § 2 nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. § 3 jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności

wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana. W związku z powyższym stanem faktycznym w miejsce regulacji o doręczeniu dokumentów przy składaniu ofert zamieszczonej w STWiOR, należy zastosować regulację ogólną zawartą w SIWZ to jest o doręczeniu dokumentów przy odbiorze.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego:

1. naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców,
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wezwanie do doręczenia brakujących dokumentów,
3. art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

7

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

8