

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 listopada 2008 r.

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Bożena Kachnowicz-Kokot (spr.)

Sędzia SO Dariusz Janiszewski

Sędzia SO Grażyna Tarkowska (spr.)

Protokolant apl. radcowski Piotr Łasowski

po rozpoznaniu w dniu 21 listopada 2008 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy - Konsorcjum Firm: Polcourt Spółka Akcyjna w Warszawie
oraz Hydropol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gostyninie
przeciwko zamawiającemu - Ośrodkowi Sportu i Rekreacji w Malborku
z udziałem oferenta - Tamex Obiekty Sportowe Spółka Akcyjna w Warszawie
o zamówienie publiczne

na skutek apelacji skarżącego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

podpisał

Sygn. akt XII Ga 368/08

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 17 września 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Ośrodek Sportu i Rekreacji w Malborku protestu z dnia 13 sierpnia 2008 r. i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający Ośrodek Sportu i Rekreacji w Malborku prowadzi w trybie

przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie boiska do piłki nożnej o powierzchni całkowitej 8954 m, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 w dniu 09 lipca 2008 roku pod pozycją 154637. W dniu 06 sierpnia 2008 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Firm: POLCOURT S.A. w Warszawie i HYDROPOL Sp. z o. o. w Gostyninie.

W dniu 13 sierpnia 2008 roku drugi w kolejności uzyskanych punktów Wykonawca - Tamex Obiekty Sportowe S. A. w Warszawie złożył protest zarzucając naruszenie:

- art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie wykonawców;
- art. 26 ust. 3 przez dopuszczenie do uzupełnienia dokumentów ofertowych, nie podlegających uzupełnieniu z uwagi na zakaz sformułowany w art. 87 ust. 1 ustawy;
- art. 87 ust. 1 przez dopuszczenie do uzupełnienia treści oferty po terminie jej otwarcia;
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 przez zaoferowanie nawierzchni, której technologia wykonania jest sprzeczna z projektem.

W oparciu o wymienione zarzuty protestujący domagał się unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum, odrzucenia oferty Konsorcjum i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swego stanowiska protestujący wskazał, iż oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu z uwagi na załączenie niekompletnego harmonogramu rzeczowo - finansowego, a także załączenie niewypełnionego wzoru umowy. W ocenie protestującego Konsorcjum uzupełniając wzór umowy, który nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, doprowadziło do uzupełnienia treści oferty, co w konsekwencji stanowiło naruszenie zakazu sformułowanego w art. 87 ust. 1 ustawy PzP. Protestujący wskazał, iż uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 PzP karta techniczna oferowanej trawy syntetycznej nie potwierdza spełniania czterech z dziewięciu parametrów podlegających weryfikacji tj. braku wskazania gęstości włókien, ich grubości, liczby odcieni zieleni oraz sposobu montażu linii. Ponadto system wykonania nawierzchni sportowej nie spełnia wymaganej ilości warstw podbudowy, a w szczegółowym kosztorysie ofertowym konsorcjum zaoferowało wykonanie przedmiotu niezgodnie z projektem, ponieważ brakuje pozycji przewidującej ułożenie prefabrykowanej maty z granulatu gumowego o grubości 15 mm oraz źle wyceniono pozycję 27, 8 i 7. Protestujący mając na względzie, to iż zamawiający dopuścił dokumenty nie podlegające uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PzP i nie odrzucił oferty konsorcjum jako niezgodnej z treścią specyfikacji podniósł, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy PzP nierówno traktując wykonawców.

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2008 roku oddalił przedmiotowy protest, uznając podniesione zarzuty jako bezzasadne. W kwestii harmonogramu rzeczowo - finansowego stwierdził, iż zawiera on wszystkie etapy przedsięwzięcia, ich wartości, a także czas trwania zadania podany w tygodniach. Wskazał także, iż na jego wezwanie wykonawca uzupełnił wzór umowy, w którym jako wykonawcę podano lidera Konsorcjum upoważnionego na mocy pełnomocnictwa do podpisania kontraktu. Ponadto uznał, iż wszystkie kwestionowane parametry trawy mieszczą się w dopuszczalnych granicach określonych w SIWZ, a sygnalizowane przez protestującego błędy w kosztorysie ofertowym nie świadczą o zaoferowaniu wykonania przedmiotu oferty niezgodnie z projektem i wymaganiami.

W dniu 27 sierpnia 2008 roku Tamex Obiekty Sportowe S.A. w Warszawie wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał stanowisko przedstawione w proteście, ograniczając zarzut spełniania wymagań technicznych trawy syntetycznej do trzech parametrów: gęstości włókien, koloru nawierzchni i sposobu montażu linii oraz zarzut błędnej wyceny pozycji kosztorysowych do dwóch: poz.27 i poz. 7. Odwołujący się nie podtrzymał zarzutu dotyczącego harmonogramu rzeczowo - finansowego.

W dniu 03 września 2008 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło Konsorcjum Firm: POLCURT S. A. i HYDROPOL Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutu braku załączenia wypełnionego wzoru umowy do oferty konsorcjum jako okoliczności powodującej sprzeczność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i prowadzącej do odrzucenia oferty konsorcjum. Izba uznała, iż zarzut ten nie ma charakteru merytorycznego, wskazując, iż konsorcjum w oddzielnym oświadczeniu złożonym na formularzu oferty zaakceptowało wzór umowy i zobowiązało się w przypadku wyboru oferty do zawarcia umowy na warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Uzupełnienie wzoru umowy we wskazanym w odwołaniu zakresie stanowiło jedynie powtórzenie danych wynikających z oferty. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut odnoszący się do formy, a nie treści oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy PzP, ponieważ w jej ocenie uzupełnienie wzoru umowy nie stanowiło uzupełnienia treści oferty zatem czynność ta nie wpłynęła w żadnym stopniu na treść złożonej oferty jak i możliwość dokonania jej oceny.

Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do stanowiska odwołującego w kwestii błędnego wyliczenia pozycji kosztorysowych w ofercie konsorcjum argumentując, iż zapisy specyfikacji uprawniały wykonawców do sporządzenia kosztorysów metodą uproszczoną. Ponadto wskazana przez odwołującego się nieprawidłowość w wycenie pozycji nie mogłaby mieć wpływu na ocenę oferty jako niezgodnej z treścią siwz. Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego przedstawione w trakcie rozprawy, iż cena jednostkowa pozycji jest ceną zryczałtowaną po której, zgodnie z §4 ust.2 umowy nastąpi rozliczenie wykonanych prac w kosztorysie powykonawczym. Konsorcjum w swoim kosztorysie zamieściło opis pozycji oraz ilości obmiarowe, zgodne z przedmiarem robót, a podane wartości dla poszczególnych pozycji są wynikiem cen jednostkowych i ilości. Izba stwierdziła, iż Konsorcjum dokonując wyceny faktycznie zawyżyło wartość pozycji nie uwzględniając współczynników korygujących dla wyliczenia roboczogodzin, materiałów i sprzętu. Na tej podstawie Izba stwierdziła, że kosztorys ofertowy sporządzony został zgodnie ze specyfikacją w tym z pkt.XII 1.1.1 i obejmuje wszystkie pozycje obmiarowe.

W zakresie pozycji 9 d. 2 kosztorysu ofertowego Konsorcjum i zarzutu zaoferowania wykonania przedmiotu niezgodnie z projektem i wymaganiami Zamawiającego, Izba częściowo przychyliła się do stanowiska Odwołującego. Brak przeniesienia do pozycji kosztorysu pełnego opisu zamieszczonego w przedmiocie robót nie oznacza automatycznie, iż Konsorcjum nie wyceniło przy kalkulacji pozycji kosztów maty elastycznej, bowiem przedłożona przez

Konsorcjum karta techniczna oferowanej trawy zawiera wskazanie, przy metodzie montażu, na zastosowanie podkładki przeciwwstrząsowej o grubości 10 mm. Zatem Zamawiający miał możliwość potwierdzić na podstawie przedłożonego dokumentu wykonanie nawierzchni wraz z warstwą amortyzującą, zapewniającą uzyskanie certyfikatu FIFA 1 Star.

Niezależnie jednak od tego Krajowa Izba Odwoławcza uznała,

iż zaoferowana przez Konsorcjum trawa nie spełnia oczekiwań ustalonych przez Zamawiającego i dotyczących grubości maty elastycznej. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiarze robót oraz dokumentacji technicznej, określił wymagania dotyczące wykonania prac nawierzchniowych. W opisie pozycji 9 d.1.2 przedmiaru robót Zamawiający wymagał wykonania nawierzchni z trawy syntetycznej na prefabrykowanej macie z granulatu gumowego o grubości 15 mm. Tymczasem załączona przez Konsorcjum karta charakterystyki zakłada montaż trawy na podkładce przeciwwstrząsowej o grubości 10 mm. Tym samym zaoferowana przez Konsorcjum trawa nie spełnia jednego z wymagań ustalonych przez Zamawiającego i dotyczących grubości maty elastycznej. Nie może mieć znaczenia w tym zakresie twierdzenie Konsorcjum o dopuszczeniu przez Zamawiającego równoważnego systemu nawierzchni trawy. Zamawiający nie zmienił warunku dotyczącego grubości warstwy amortyzującej. Nie może być, w ocenie Izby, uznana za równoważną w świetle zapisów specyfikacji trawa zaoferowana przez Konsorcjum, ponieważ grubość maty na której układana jest nawierzchnia jest mniejsza od określonej przez Zamawiającego w przedmiarze robót. Podany parametr ma znaczenie przy wycenie jak i dla oceny właściwości nawierzchni i nie sposób uznać za porównywalną nawierzchnię o grubości mniejszej od wymaganej przez zamawiającego. Na tej podstawie Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutu braku spełniania parametrów dotyczących gęstości włókien, koloru nawierzchni i sposobu montażu linii argumentując, iż podana w karcie technicznej ilość włókien spełnia postawiony parametr min 158 000 włókien/m². Ponadto oryginalna karta techniczna sporządzona w języku angielskim w opisie koloru trawy wskazuje na jej dwa odcienie chociaż tłumaczenie przysięgłe wskazuje ogólnie na zieleń. Izba uznała, iż karta techniczna jest dokumentem oryginalnym i potwierdza spełnianie warunków wymaganych przez Zamawiającego.

Od powyższego wyroku skargę wywiódł wykonawca- Konsorcjum Firm: Polcourt S.A. w Warszawie oraz Hydropol Spółka z o.o. w Gostyninie zarzucając:

- 1) Naruszenie prawa materialnego- art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy to jest uznanie, iż treść oferty skarżącego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 2) Naruszenie prawa procesowego- art. 190 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych w stopniu mającym wpływ na wynik sprawy.

Mając na względzie powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska skarżący wskazał, iż skoro zamawiający wyraźnie określił w SIWZ, że dopuszcza możliwość oferowania dwóch rodzajów trawy syntetycznej uznawanych przez FIFA z wypełnieniem oraz bez wypełnienia, jak również dopuścił możliwość zaoferowania rozwiązania równoważnego, to uznanie, że oferta Skarżącego winna podlegać odrzuceniu, należy uznać za niezasadne, a tym samym niezgodne z art.89 ust.1 pkt.2 ustawy. Skarżący dodał, iż odpowiedzi na pytania wykonawców udzielone przez Zamawiającego są wiążące i stanowią rodzaj wykładni autentycznej, dlatego też nie można zarzucać skarżącemu, iż treść jego oferty nie odpowiada treści SIWZ. Skarżący zaoferował rozwiązanie równoważne spełniające oczekiwania i potrzeby Zamawiającego i zostało przez niego

zaakceptowane. Zaoferowane przez Skarżącego rozwiązanie podbudowa z maty o grubości 10 mm oraz nawierzchnia z trawy o grubości 52 mm wypełniona, dwiema warstwami - piaskiem o grubości warstwy 20 mm oraz granulatem gumowym o grubości warstwy 20 mm, pozwala uzyskać lepsze parametry gotowego produktu, tak samo dobre, jak wymagane, jeżeli nie lepsze. Skarżący podniósł, iż zaoferowany przez niego system nawierzchni zapewnia uzyskanie 62 mm wysokości, natomiast wybrana przez Zamawiającego oferta zapewnia jedynie system 55 mm wysokości. Skarżący podniósł, iż skoro system ma za zadanie zapewnienie odpowiedniej amortyzacji, to im wyższą trawę syntetyczną ze stosownymi warstwami wypełnienia zaproponuje oferent, tym oferta ta przedstawi wyższą wartość dla zamawiającego, co stanowi argument za wyborem oferty skarżącego jako najkorzystniejszej. Zamawiający dopuścił rozwiązanie wariantowe poprzez sam fakt wskazania możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego. Warunkiem koniecznym zastosowania rozwiązania równoważnego jest, aby rozwiązanie to pozwalało uzyskać certyfikat FIFA 1 Star. System oferowany przez skarżącego spełnia oczekiwania zamawiającego skoro rozwiązanie to uzyskało certyfikat licencyjny FIFA 2 Stars.

Na rozprawie apelacyjnej skarżący podtrzymał zarzuty i wnioski zgłoszone w skardze.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje.

Zarzuty skargi są bezzasadne, stąd też skarga podlega oddaleniu.

Sąd Okręgowy podziela wszystkie ustalenia dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz ich ocenę prawną.

Szczegółowe wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia zostały opisane w projekcie architektoniczno - budowlanym stanowiącym załącznik B do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na przedmiotowe boisko sportowe. Zgodnie z opisem tego projektu w punkcie 2 zamawiający w ramach rozwiązań techniczno - materiałowych wymagał, aby pod docelową nawierzchnię syntetyczną wykonać przepuszczalną podbudowę z kruszywa kamiennego o przekroju złożonym między innymi z prefabrykowanej maty gumowej o grubości 15 mm. Tymczasem skarżący przedstawił w specyfikacji technicznej swojej oferty zastosowanie podkładki przeciwwstrząsowej o grubości 10 mm. Stąd zaproponowane przez skarżącego rozwiązanie techniczne nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zważyć bowiem należy, iż Skoro Zamawiający w SIWZ opisał przedmiot zamówienia i wymagał od wykonawców szczegółowego opisu parametrów w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, to taki wymóg jest bezwzględnie obowiązujący i każde odstępstwo wykonawcy od takiego opisu w ofercie musi skutkować sprzecznością oferty z treścią SIWZ.

Zaznaczyć należy, iż nawet dopuszczenie rozwiązania równoważnego nie może oznaczać rozwiązania sprzecznego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, której częścią jest projekt.

W ocenie Sądu Okręgowego wykonanie przedmiotowego boiska według oferty skarżącego stanowiłoby wykonanie niezgodne z projektem Zamawiającego. Zważyć bowiem należy, iż projektanci spornego boiska nie dopuścili w projekcie żadnych odstępstw od grubości maty gumowej, określając jej grubość na 15 mm (ani mniej, ani więcej), a przecież mogli wskazać jedynie granice na przykład od 10 mm do 15 mm.

Treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia między innymi w sytuacji, gdy wykonawca składa ofertę proponując wykonanie podbudowy nawierzchni boiska o innych parametrach technicznych, aniżeli żądane przez zamawiającego. W takim przypadku zamawiający wypełniając dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.P. ma obowiązek odrzucić ofertę. Za takim rozstrzygnięciem sprawy przemawia

wyraźne brzmienie tego przepisu.

Bez znaczenia dla zamawiającego jest okoliczność, iż rozwiązanie przyjęte w ofercie przez Konsorcjum uzyskało certyfikat licencyjny FIFA 2 Stars, ponieważ zamawiający nie postawił takiego wymagania.

Z powyższych względów jako niezasadne uznać należy podniesione w skardze zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) oraz art. 190 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) w stopniu mającym wpływ na wynik sprawy.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy oddalił skargę na podstawie przepisu art. 198 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (opisanej wyżej).