

Sygn. akt: KIO 938/17

## WYROK

z dnia 22 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Edyta Paziewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w W. w dniu 18 maja 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2017r. przez wykonawcę **P.O.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Świnoujście w Świnoujściu, ul. Wojska Polskiego 1/5**

przy udziale wykonawcy **G.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 938/17 po stronie zamawiającego

### orzeka:

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty P.O.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...) i dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty P.O.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...),**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Świnoujście w Świnoujściu, ul. Wojska Polskiego 1/5i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę P.O.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miasto Świnoujście w Świnoujściu, ul. Wojska Polskiego 1/5 na rzecz **P.O.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...)** kwotę **13 600zł 00 gr** (słownie : trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: Przebudowa boiska przy ulicy Białoruskiej w dzielnicy Warszów oraz zagospodarowanie terenów sportowych -11 etap zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 56067-2017 z dnia 31 marca 2017r. W dniu 2 maja 2017 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy P.O.S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P., (...) – dalej odwołującego. W podstawie faktycznej odrzucenia wskazał, że Nawierzchnia poliuretanowa powinna posiadać jednolitą barwę zarówno w każdej warstwie jak i na całej powierzchni. Nawierzchnia winna być o jednorodnej strukturze złożonej z mieszaniny granulatu EPDM i spoiwa PU tzw. Pełny poliuretan o minimalnej grubości 13 mm. Nawierzchnia odwołującego zawiera w swoim składzie w dwóch dolnych warstwach granulatu SBR, który jest w kolorze czarnym. Natomiast wierzchnia wylewka PUR jest w kolorze czerwono-brązowym. W związku z tym proponowana nawierzchnia nie posiada jednolitej czerwonej barwy, zawiera czarny, obniżający właściwości użytkowe nawierzchni granulatu SBR nie EPDM, przez co jest niezgodna z wymaganiami siwz. Dalej zamawiający przywołał postanowienia załącznika nr 4-1 do siwz, a także wskazał, że w przypadku wątpliwości, że niejednorodny kolor nawierzchni nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia celów zamawiającego, to odwołujący mógł wnieść odwołanie wobec treści ogłoszenia i postanowień siwz.

W dniu 8 maja 2017r. na tę czynność zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 7 kwietnia 2016 r udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w załączonym odpisie z KRS i umocowanego do samodzielnej reprezentacji. Kopia została przekazana zamawiającemu emailem z 8 maja 2017 r.

Odwołujący zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty zamawiającego, jako rzekomo nieodpowiadającej treści siwz z powodu błędnego uznania, iż zaoferowana przez odwołującego nawierzchnia, składająca się w wierzchniej warstwie z granulatu EPDM w kolorze czerwonym oraz głębszej (niewidocznej) warstwie wewnętrznej z granulatu SBR nie spełniała wymogów stawianych przez zamawiającego w siwz, w świetle okoliczności, iż zamawiający nie sprecyzował, jak również nie wykluczył zastosowania granulatu SBR w dolnych warstwach nawierzchni;
2. art. 82 ust. 3 ustawy przez uznanie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiadała Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz), skoro odwołujący się przedstawili ofertę w zakresie wykonania zewnętrznej warstwy nawierzchni z granulatu EPDM, zgodnie z

wymogami zamawiającego, natomiast w treści siwz nie zostało sprecyzowany wymóg wykonania wszystkich warstw nawierzchni z granulatu EPDM, a tym samym zamawiający dopuścił dowolność w zakresie zaoferowania przez potencjalnych wykonawców nawierzchni, która w dolnej (wewnętrznej) warstwie mogła zawierać inny rodzaj granulaty, aniżeli granulaty EPDM,

3. art. 29 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, gdyż opis przedmiotu zamówienia, w zakresie nawierzchni, nie precyzował konieczności wykonania wszystkich warstw nawierzchni z mieszaniny granulatu EPDM i spoiwa PU, co było przyczyną odrzucenia oferty wykonawcy; zamawiający dopiero w czynności odrzucenia oferty odwołującego sprecyzował wprost, że domaga się nawierzchni w systemie FULL-PUR (pełny poliuretan) o minimalnej grubości 13mm; taki opis nawierzchni natomiast nie wynika z przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji przetargowej;

4. art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego z powodu zaoferowania przez niego nawierzchni, która w dolnej warstwie (niewidocznej dla użytkownika) posiadała granulaty o innej barwie i innym rodzaju (SBR zamiast EPDM) mimo okoliczności, iż zastosowanie granulatu o tej samej barwie i innym typie w żadnej mierze nie wpływa na funkcjonalność i parametry użytkowe nawierzchni - co powoduje zachwianie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, gdyż zamawiający w sposób nieuzasadniony preferował nawierzchnię wykonaną w całości z granulatu EPDM, aniżeli systemu składającego się z różnych warstw granulatu.

Odwołujący wniósł o: nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najbardziej korzystnej, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto, odwołujący wniósł o przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedłożona na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jego interes prawny wynika z faktu, iż złożył on ofertę spełniającą wymogi stawiane przez zamawiającego w siwz, która to oferta została bezpodstawnie odrzucona. W przypadku potwierdzenia zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty przez zamawiającego, ten będzie zobowiązany do zbadania ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego, który miałby możliwość uzyskania zamówienia objętego przedmiotem postępowania.

Czynnością z dnia 2 maja 2017 roku zamawiający odrzucił ofertę odwołującego wskazując na niezgodność z treścią siwz oferty, w zakresie zaoferowanej nawierzchni z poliuretanu.

Nawierzchnia z tworzywa sztucznego (poliuretanu) została opisana przez zamawiającego, w punkcie ST. 15 STIWOR (str. 89 z 94), jako nawierzchnia sportowa bezspoinowa,

poliuretanowa minimalna grubość 13 mm nieprzepuszczalna dla wody, do użytkowania w butach z kolcami, wykonana bezpośrednio na placu budowy na podbudowie betonowej. W każdej warstwie posiada jednolitą barwę oraz, jednolitą barwę na całej powierzchni. Kolor czerwony.

- Grubość całkowita - min. 13 mm,
- Wytrzymałość na rozciąganie: - min 0,5 MPa,
- Wydłużenie podczas zerwania - min. 40 %,
- Odkształcenie pionowe - 0,6 -1,8 mm,
- Zdolność amortyzowania siły - 35 - 50 %.

Punkt 3. Sposób montażu wskazywał, iż nawierzchnia składa się z warstw elastycznej (nośnej) użytkowej. Warstwa nośna to mieszanina granulatu gumowego (brak sprecyzowania, czy mowa o granulacie EPDM, czy SBR - przyp. odwołującego) i lepiszcza poliuretanowego. Tak wykonaną warstwę należy pokryć warstwą użytkową, która stanowi system poliuretanowy zmieszany z granulatem EPDM. Czynność tą wykonuje się przez natrysk mechaniczny (przy użyciu specjalnej natryskarki). Po całkowitym związaniu mieszaniny są malowane linie farbami poliuretanowymi metodą natrysku.

Wykonanie warstwy użytkowej: Warstwę tą stanowi system poliuretanowy 2-składnikowy, który jest zmieszany z granulatem EPDM o granulacji 0,5-1,5 mm w stosunku wagowym 60% x 40%. Czynność tą wykonuje się w mikserze przeznaczonym dla tworzyw. Odpowiednio przygotowany produkt rozprowadza się na warstwie nośnej przez natrysk mechaniczny. Całkowita grubość systemu wynosi min. 13 mm. tym miejscu odwołujący podkreślił, iż opis wykonania wskazuje jednoznacznie na nawierzchnię typu natrysk a więc odmienna od ostatecznie zaoferowanej.

Jako dowód odwołujący powołał siwz - str. 89 (w aktach postępowania przetargowego)

Z kolei, zamawiający w projekcie wykonawczym (punkt 2 - bieżnia lekkoatletyczna oraz zakola) wskazywał na: Nawierzchnia sportowa bezspoinowa, poliuretanowa minimalna grubość 13 mm, nieprzepuszczalna dla wody, do użytkowania w butach z kolcami, wykonana bezpośrednio na placu budowy na podbudowie betonowej. W każdej warstwie nawierzchnia posiada jednolitą barwę oraz jednolitą barwę na całej powierzchni.

Jako dowód odwołujący powołał projekt wykonawczy - str. 8 (w aktach postępowania przetargowego)

Załącznik 4.1. do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Opis przedmiotu zamówienia) w punkcie 2) „Bieżnia lekkoatletyczna” opisywał nawierzchnię, jako bieżnia lekkoatletyczna, okrężna dł. 400 m, 4 - torowa z odcinkiem bieżni prostej dł. 100 m, 6 — torowej o nawierzchni poliuretanowo- gumowej nieprzepuszczalnej dla wody, bezspoinowej, wykonanej bezpośrednio na placu budowy na podbudowie betonowej. Nawierzchnia poliuretanowa jednowarstwowa z mieszaniny granulatu EPDM i spoiwa PU (tzw. pełny

poliuretan) o minimalnej grubości 13 mm. Nawierzchnia o jednorodnej strukturze i barwie (kolor czerwony) w całej grubości warstwy oraz na całej powierzchni - do użytkowania w butach z kolcami. Odwodnienie bieżni zgodnie z branżowym projektem. Dodatkowo należy wykonać izolację przeciwwilgociową podbudowy bieżni z folii poliuretanowej gr. 0,4 mm łączonej na zakład. dowód: Załącznik 4.1. dosiwn (w aktach postępowania przetargowego). Z treści powyższych opisów nawierzchni można wywnioskować, iż zamawiający domaga się wykonania warstwy użytkowej nawierzchni z granulatu EPDM. Nie precyzuje natomiast, czy warstwa nośna — znajdująca się „pod spodem” (poniżej) warstwy użytkowej ma zostać wykonana z granulatu EPDM; opisana została jedynie, jako mieszanina granulatu gumowego - a takowym jest, między innymi, granulatu EPDM i granulatu SBR. Ponadto, zamawiający nie sprecyzował, czy nawierzchnia ta ma być jednolita w jednej, jedynej warstwie, czy też miała być jednolita w danej warstwie, która wchodzi w skład całego systemu nawierzchni z tworzywa sztucznego. Nie istnieje bowiem nawierzchnia typu FULL-PUR złożona tylko z jednej warstwy granulatu i lepiszcza poliuretanowego. Każdy system nawierzchni poliuretanowej w systemie FULL-PUR składa się z kilku warstw, złożonych z granulatu (EPDM lub SBR) oraz kleju poliuretanowego. Różna jest natomiast metoda nakładania nawierzchni, gdyż nawierzchnie tego typu mogą być nakładane ręcznie - w takim przypadku po utwardzeniu każdej warstwy, pracownik nakłada kolejną warstwę kleju i zasypuje ją odpowiednim granulatem, lub też każda (kolejna) warstwa nawierzchni układana jest przy pomocy specjalistycznej maszyny.

Odwołujący, w zakresie nawierzchni poliuretanowej zaproponował rozwiązanie, w postaci nawierzchni Polytan PUR - wodoodpornego systemu na bazie poliuretanu, odpornego na kolce, o zwartej strukturze, spełniającego wymogi IAAF oraz normy DIN 18035/86 i EN 14877, Certyfikowana przez IAAF,

Struktura systemu przedstawia się w sposób następujący:

Podkład - Polytan 1010:2-składnikowy PUR, zawierający rozpuszczalnik

1 - warstwa - Polytan 2400+Polytan 4000/1; 2-składnikowy PUR, samopoziomujący, bez rozpuszczalnika, zasypywany granulami gumowymi SBR z produkcji pierwotnej, 1-4 mm,

2 - warstwa - Polytan 2400+ Polytan 4000/1: 2-składnikowy PUR, samopoziomujący, bez rozpuszczalnika, zasypywany granulami gumowymi SBR z produkcji pierwotnej, 1-4 mm,

3 - warstwa - Polytan 2400+Polytan 4000/1: 2-składnikowy PUR, samopoziomujący, bez rozpuszczalnika, zasypywany granulami gumy EPDM, 1-3,5 mm.

Malowanie linii - 2-składnikowy PUR, zawierający rozpuszczalnik.

Zaferowany przez P.O.S. Sp. z o.o. posiadał następujące dane techniczne:

Grubość systemu - 14,4 mm,

Redukcja siły/pochłanianie wstrząsów - 35 %,

Odkształcenie pionowe - 1,6 mm,

Wytrzymałość na rozciąganie - 0,72 MPa,

Wydłużenie - 74 %,

Tarcie-64.

Odwołujący jako dowód powołał ofertę P.O.S. (w aktach postępowania przetargowego).

Odwołujący, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zadał w trybie art. 38 ust. 1 ustawy pytanie do siwz o następującej treści: W związku z tym, że opis nawierzchni jaka ma być zamontowana na bieżni jest niejednoznaczny, proszę o potwierdzenie jakiego typu nawierzchnię poliuretanową należy wycenić: FULL PUR czy Natrysk ? Zamawiający udzielił zdawkowej odpowiedzi, iż „Opis dotyczący wykonania nawierzchni poliuretanowej jest jednoznacznie określony w dokumentacji przetargowej”.

Zdaniem odwołującego należało w pierwszej kolejności uzgodnić czy zamawiający chce zainstalować i nawierzchnię typu natrysk zgodnie (zgodnie z opisem montażu w STWiOR) czy pełny system (FULL PUR) zgodnie z projektem budowlanym i opisem przedmiotu zamówienia. Odpowiedź zamawiającego w żaden sposób nie rozstrzygnęła dylematy jak nawierzchnia ma być położona

Zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, jako podstawę odrzucenia przywołał przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy uzasadniając odrzucenie oferty, iż zamawiający w postępowaniu przetargowym WIM.27U .18.2017 opisując swoje wymagania odnoszące się do nawierzchni poliuretanowej bieżni i boisk wielofunkcyjnych zlokalizowanych na zakolach istniejącego boiska do gry w piłkę nożną. Nawierzchnia poliuretanowa zgodnie z wymogami zamawiającego powinna posiadać jednolitą barwę zarówno w każdej warstwie jak i na całej powierzchni. We wspomnianym piśmie, zamawiający po raz pierwszy sprecyzował, że domaga się jednolitej barwy nawierzchni we wszystkich warstwach poliuretanu (wewnętrznej oraz zewnętrznej - użytkowej).

Dalej, zamawiający wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, nawierzchnia poliuretanowa winna być o jednorodnej strukturze złożonej z mieszaniny granulatu EPDM i spoiwa PU tzw. pełny poliuretan o minimalnej strukturze 13 mm. Odwołujący zaznaczył, iż stanowisko to stoi w sprzeczności z treścią siwz, gdzie wskazano jedynie na jednolitą barwę i nie jednolitą strukturę dla każdej warstwy

Jak wskazał zamawiający, nawierzchnia oferowana przez odwołującego zawiera w swoim składzie w dwóch dolnych warstwach granulaty SBR, który jest w kolorze czarnym. Natomiast, nawierzchnia wylewka PUR jest w kolorze czerwono - brązowym. W związku z tym nawierzchnia nie posiada jednolitej czerwonej barwy, zawiera czarny, twarde, obniżający właściwości użytkowe granulaty SBR a nie EPDM, przez co jest niezgodna z wymaganiami siwz. W żadnym miejscu oferty nie wynika, że granulaty SBR jest w kolorze czarnym. Odwołujący zamierzał wykorzystać w dolnych warstwach granulaty gumowy SBR w kolorze czerwonym malowanym w masie na wskroś.

Jako dowód odwołujący powołał pismo zamawiającego z dn. 2 maja 2017 r. - zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego (w aktach postępowania przetargowego).

Odwołujący w swej ofercie nigdy nie zaoferował granulatu SBR w kolorze czarnym. Granulat SBR Virgin, będący elementem głębszych warstw nawierzchni jest granulem tzw. barwionym w masie, a zatem już na etapie jego wytworzenia; granulat ten nie jest zatem granulem w kolorze czarnym, następnie barwionym farbą poliuretanową. Granulat ten może zostać wyprodukowany w dowolnym kolorze, natomiast w przypadku zaoferowanej zamawiającemu nawierzchni, granulat SBR w głębszych warstwach nosi barwę czerwoną, tak jak górna (użytkowa) warstwa, wykonana z granulatu EPDM.

Odwołujący wskazał, iż zaoferowana przez niego nawierzchnia przeszła liczne badania w kierunku uzyskania certyfikatów IAAR. W toku badań potwierdzone zostało, iż wersje sportowej nawierzchni syntetycznej Polytan PUR zawierające w składzie zarówno granulki SBR jak i EPDM w dolnych warstwach, zostały przebadane zgodnie z normami eksploatacyjnymi IAAF i spełniły wymogi IAAF w czasie testów. Zamawiający nie zakwestionował przedłożonych przez odwołującego wyników badań, jak również nie zażądał dodatkowych dokumentów, potwierdzających zgodność nawierzchni z wymogami IAAF.

Jako dowód odwołujący powołał odpis pisma Labosport z dn. 25.02.2014 r.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w sposób bezzasadny odrzucił jego ofertę, jako niezgodną z siwz. Podkreślił, iż zamawiający nie sprecyzował w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości, iż wyklucza rozwiązania równoważne, takie jak zaproponowane przez odwołującego. Nie polega na prawdzie, iż zaoferowana przez odwołującego nawierzchnia jest systemem o zaniżonej wartości użytkowej, skoro spełniała wszystkie parametry użytkowe postawione przez zamawiającego. Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzeniem, iż barwa niewidocznej warstwy nawierzchni, znajdującej się pod wierzchnią warstwą użytkową, wykonana z nieco odmiennego granulatu SBR ma jakiegokolwiek znaczenie dla celu, funkcji i parametrów nawierzchni. Takie zachowanie zamawiającego, w ocenie odwołującego, w sposób oczywisty stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Tym bardziej, że kolor granulatu SBR jest czerwony.

W ocenie odwołującego nie można mówić o niezgodności zaoferowanego świadczenia z wymogami postawionymi przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zwrócił uwagę, iż zamawiający nie sprecyzował w sposób jednoznaczny, czy wymaga wykonania z granulatu EPDM tylko jednej - wierzchniej, użytkowej warstwy - czy też głębsze, niewidoczne warstwy nawierzchni, mogą zostać wykonane, przy użyciu granulatu innego typu, np. SBR. W tym zakresie powołał stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 11 grudnia 2014 roku (KIO 2493/14), wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 05.08.2014 r., KIO 1465/14, wyrok KIO z dn. 07.05.2013 r., KIO 903/13).



Na marginesie odwołujący wskazał, iż zamawiający w świetle uzyskania wątpliwości co do tego, jaki granulat zaoferował odwołujący się, mógł i powinien wezwać odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający zaniechawszy tej procedury, praktycznie pozbawił odwołującego się możliwości wyjaśnienia, dlaczego przedłożył zaoferował taką właśnie nawierzchnię - złożoną z granulatów EPDM i SBR oraz na uzyskałby bardzo szczegółowe wyjaśnienia, dlaczego ma w tym przypadku do czynienia z produktami/rozwiązaniami równoważnymi. Nie ma dla odwołującego wątpliwości, iż umożliwienie złożenia wyjaśnień w tym zakresie posłużyłoby bardziej wszechstronnemu i obiektywnemu rozważaniu oferty. O ile orzecznictwo w tym zakresie jest rozbieżne, to przewagę uzyskuje pogląd o konieczności uzyskania wyjaśnień przed podjęciem przez zamawiającego decyzji. Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z 15.02.2013 r. (KIO 214/13, Legalis) jednoznacznie stwierdziła, że zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści oferty, jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy.

Konsekwencją powyższych naruszeń była obraza przepisu art. 82 ust. 3 ustawy spowodowana błędnym uznaniem, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż przepis ten wyraża w sobie normę o charakterze bezwzględnie obowiązującym (*iuscogentis*). W treści powyższego przepisu istotne znaczenia ma element jej hipotezy w postaci zwrotu "musi odpowiadać", co należy odczytywać, że pomiędzy treścią oferty i treścią siwz istnieć powinna tożsamość merytoryczna - funkcjonalna odnosząca się do istotnych składników przyszłego zobowiązania, a więc nie tożsamość formalna (słowna, pojęciowa). Przekładając powyższą normę prawną na grunt praktyczny odwołujący wskazał, iż zgodnie z ujętym w jej treści nakazem, skierowanym, co istotne, zarówno do podmiotu zamawiającego, jak również do wykonawców, zakres i sposób realizacji świadczenia musi być zgodny z zakresem i sposobem dookreślonym przez zamawiającego w treści siwz - przy czym, nieusuwalnym brakiem oferty skutkującym jej odrzuceniem jest sprzeczność oferty z siwz, co do jej istotnych elementów. Jak wskazuje judykatura (por. wyr. SO w Gorzowie Wlkp. z 9,11.2005 r., VII Ga 44/05, niepubl.), Zob, także wyr. KIO z 25.3.2013 r., KIO 578/13: Podstawą odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pr. Zam. Publ., jest niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a *contrario* za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy. [...]W -ocenie Izby tylko te elementy oferty, które mają decydujące znaczenie, czy to w możliwości uznania takiej oferty za najkorzystniejszą, czy też możliwości zawarcia umowy, wyłączają możliwość rozszerzenia sankcji wynikających z omawianego przepisu na elementy obiektywnie nieistotne". Odwołujący powołał wyrok KIO z 12.1.2010 r., KIO/UZP 1641/09; wyrok KIO z 21.2.2013 r.,

KIO 269/13, wyrok KIO z 8.10.2008 r., KIO/UZP 1401/09), wyrok KIO z dn. 25.01.2017 r.. KIO 103/17).

Nawet, gdyby przyjąć, iż niezgodność oferty odwołującego była w jakimś - nieznacznym - zakresie niezgodna z treścią siwz, to nie mogła ona stanowić podstawy dla jej odrzucenia. Rodzaj granulatu, umieszczonego w dolnej warstwie nawierzchni, nie ma znaczenia dla parametrów użytkowych oraz trwałości nawierzchni, co odwołujący wykazał niezakwestionowanymi przez zamawiającego dokumentami, tym bardziej, że SBR jest zaoferowany z produkcji pierwotnej kolorze czerwonym. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego, jakie parametry mają mieć charakter istotny, podlegający ocenie, celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. To zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb, pod warunkiem, że nie uchybia to zasadom równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zasady te doznają uszczerbku jeśli, wskutek postanowień zamawiającego, możliwość, racjonalnie skalkulowanej oferty praktycznie upada (por. wyrok KIO z dn. 04.06.2013 r., KIO 1189/13).

Zamawiający przedwcześnie odrzucając ofertę odwołującego, nie dał odwołującemu możliwości wykazania, iż ma do czynienia z produktem równoważnym, którego właściwości i parametry odpowiadały parametrom postawionym przez zamawiającego. Celem umieszczenia przez ustawodawcę dyspozycji art. 30 ust. 4 ustawy, dzięki któremu jest umożliwienie ubiegania się o zamówienie publiczne tym wykonawcom, którzy mogą zaoferować rozwiązania równoważne, spełniające wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia.

Odwołujący wykazał za pomocą wyników badań niezależnego laboratorium, posiadającego wymagany przez zamawiającego Certyfikat IAAF, iż zaoferowana nawierzchnia spełnia wszystkie wymogi zamawiającego. Rodzaj granulatu oraz jego kolor w dolnych warstwach nie stanowiły kryterium wyboru nawierzchni, zatem obowiązkiem zamawiającego było dopuszczenie rozwiązania równoważnego, które mogło zawierać inne rozwiązanie, niż granulaty EPDM. Wykładania art. 29 ust. 3 ustawy nie pozostawia wątpliwości, że po stronie zamawiającego w przypadku, gdy sporządza opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, że obowiązany jest poza wskazaniem określenia "lub równoważne" również podać wyznaczniki dopuszczonej równoważności, które będą stanowiły wytyczne przy dokonywaniu oceny ofert, zamawiający powinien zatem wskazać opis równoważności w sposób jasny, zrozumiały i precyzyjny tj. opis tego co będzie uważał za ofertę równoważną.

Tak jak odwołujący wskazał powyżej, granulatu SBR Virgin może zostać wyprodukowany w dowolnym kolorze i w przypadku zaoferowanej nawierzchni jest on w kolorze czerwonym, jednolitej barwie, takiej jak nawierzchnia użytkowa, wykonana z granulatu EPDM. Zamawiający nie sprecyzował również, czy nawierzchnia ma być jednolita w jednej, jedynej warstwie, czy też miała być jednolita w danej warstwie. Nie istnieje bowiem nawierzchnia typu FULL-PUR złożona z jednej warstwy granulatu i lepiszcza poliuretanowego; zamawiający zatem - nie precyzując tej kwestii - powinien dopuścić nawierzchnię zaoferowaną przez P.O.S..

Tym samym pomimo, że w ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie wyartykułowano wprost przepisu nakazującego zamawiającemu opisanie sposobu potwierdzania równoważności oferowanych rozwiązań, to jednak wobec obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych (art. 29 ust. 1 i 3 ustawy, art. 30 ust. 4 ustawy), opisanie sposobu przygotowania ofert, a także sposobu ich oceny (art. 36 ust 1 pkt 10 i 13 ustawy), należy przyjąć, że zamawiający by mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne, spełniają wymóg równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy, musi je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w siwz.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż wykazał równoważność nawierzchni w zakresie parametrów będących przedmiotem oceny oferty (parametrów technicznych, takich jak: Grubość całkowita, Wytrzymałość na rozciąganie, Wydłużenie podczas zerwania, Odkształcenie pionowe, Zdolność amortyzowania siły), zatem to, czy głębsza warstwa nawierzchni jest wykonana z czarnego lub czerwonego granulatu nie ma najmniejszego znaczenia dla parametrów użytkowych nawierzchni.

Zamawiającyw ocenie odwołującego naruszył dyspozycję art 7 ust. 1 ustawy i naczelną zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców preferując w sposób nieuzasadniony nawierzchnię wykonaną w całości z granulatu EPDM, w świetle braku obiektywnych przesłanek dla uznania, iż odwołujący zaoferował produkt gorszy, o niższej jakości. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego, jakie parametry mają mieć charakter istotny, podlegający ocenie, celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. To zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb, pod warunkiem, że nie uchybia to zasadom równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zasady te doznają uszczerbku jeśli, wskutek postanowień zamawiającego możliwość, racjonalnie skalkulowanej oferty praktycznie upada (por. wyrok KIO z dn. 04.06.2013 r., KIO 1189/13).

W ocenie odwołującego, motywy rozstrzygnięcia odnośnie odrzucenia oferty odwołującego pozwalają na wysunięcie wniosku, iż zamawiający niejako "na siłę" wyszukiwał argumentów

w celu odrzucenia oferty. Co więcej, zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, iż w sposób nieuzasadniony preferuje nawierzchnię z granulatu EPDM, czemu dał wyraz w sformułowaniu: w przypadku wątpliwości lub zarzutu ze strony wykonawcy, że niejednorodny kolor nawierzchni nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia celów zamawiającego mógł on wnieść odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówienia i postanowień siwz w terminach zgodnych z ustawą, czego nie uczynił (pisownia oryginalna). W tym miejscu odwołujący podkreślił, iż skorzystał ze swojego prawa i zadał zamawiającemu pytanie co do rodzaju nawierzchni. Instytucja zadania pytania jest równoważna do odwołania w sprawie treści ogłoszenia. Niestety zamawiający nie udzielił wystarczająco precyzyjnej odpowiedzi.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wskazywane warunki lub kryteria uczestnictwa w postępowaniu nie powinny więc preferować jedynie niektórych podmiotów. Odwołujący powołał poglądy doktryny - P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2014, wyd. CH Beck i orzecznictwa

wyrok z dnia 5 czerwca 2014 r. (KIO 938/14), wyrok z dnia 28 maja 2014 r. (KIO 970/14).

Zaskarżone stanowisko zamawiającego w tej mierze z całą pewnością nie jest zgodne z przytoczonymi wyżej przepisami Prawa zamówień publicznych i nie może zasługiwać na akceptację. Opisane uzasadnienie odrzucenia oferty powoduje, iż naruszana jest naczelną zasadą bezstronności zamawiającego w zakresie faworyzowania wykonawców, zaś taki sposób prowadzenia postępowania narusza w sposób oczywisty zasadę równego traktowania wykonawców

W dniu 10 maja 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 12 maja 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca G.S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania uniemożliwi jego wybór, bo oferta odwołującego jest korzystniejsza i oferta przystępującego zostałaby wówczas sklasyfikowana na drugim miejscu. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 maja 2017r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS, którego odpis dołączono. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 11 maja 2017r.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami w tym dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych, wyjaśnienia treści siwz, ofertę odwołującego, pismo Labosportzałączone do odwołania.

Na podstawie tych dokumentów Izba ustaliła:

W rozdziale XV pkt. 11 zamawiający przewidział, że nazwy własne zawarte w dokumentacji przetargowej są przykładowe. Zamawiający dopuścił zastosowanie materiałów i produktów równoważnych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (zał. nr 1 do umowy).

Zamawiający określił trzy kryteria oceny ofert tj. cena o wadze 60 punktów, Parametry techniczne o wadze 20 punktów i gwarancja o wadze 20 pkt.

W kryterium parametry techniczne maksymalne 20 pkt można było uzyskać za minimalną wytrzymałość na rozciąganie MPa 0,7 i powyżej oraz za minimalne wydłużenie względne przy zerwaniu 60%, a w kryterium gwarancja maksymalne 20 punktów można było otrzymać za okres 96 miesięcy i więcej.

W załączniku nr 4 do siwz §18 pkt. 8 zamawiający postanowił, że integralną część umowy stanowią:

- 1) Załączniki do umowy:
  - a) Załącznik nr 1 – opis przedmiotu zamówienia,
  - b) Załącznik nr 2 – wykaz wycenionych elementów
  - c) Załącznik nr 3 – karta gwarancyjna
- 2) Specyfikacja istotnych warunków zamówienia,
- 3) Dokumentacja projektowa
- 4) Oferta wykonawcy.

Rozstrzygając ewentualne rozbieżności w treści ww. dokumentów jest treść umowy, a w następnej kolejności treść grup dokumentów wymienionych w pkt. 8 w kolejności, w jakiej zostały wymienione.

Izba ustaliła, że z § 18 wynika hierarchia dokumentów na potrzeby usuwania rozbieżności na etapie realizacji umowy pomiędzy dokumentami. Izba oceniła, że ta hierarchia dokumentów nie może służyć usuwaniu rozbieżności pomiędzy dokumentami na etapie badania i oceny ofert, gdyż zamawiający nie ustalił takiej hierarchii na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadto zastosowanie tego postanowienia wzoru umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby w skrajnym wypadku prowadzić do niedozwolonej zmiany treści oferty. Według tego postanowienia umownego treść oferty w razie rozbieżności z innymi dokumentacją stojącymi wyżej w hierarchii byłaby rozstrzygana przez zastąpienie jej niezgodnych z załącznikami do umowy, siwz, dokumentacją projektową, postanowieniami tych dokumentów, podczas gdy ustawodawca

zakazuje takich zmian w myśl art. 87 ust. 1 ustawy i stwarza mechanizm z art. 89 ust. 1 ustawy do rozstrzygnięcia takich problemów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Nadto w ocenie Izby niedopuszczalne jest usuwanie za pomocą tego postanowienia umownego po upływie terminu składania ofert wewnętrznych sprzeczności treści siwz, których zamawiający nie usunął przed upływem terminu składania ofert, gdyż w ocenie Izby prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

W załączniku nr 4\_1 Opis przedmiotu zamówienia w części II pkt 2 zamawiający opisał bieżnię lekkoatletyczną

Bieżnia lekkoatletyczna, okrężna dł. 400 m, 4 – torowa z odcinkiem bieżni prostej dł. 100 m, 6 – torowej o nawierzchni poliuretanowo-gumowej nieprzepuszczalnej dla wody, bezspoinowej, wykonanej bezpośrednio na placu budowy na podbudowie betonowej. Nawierzchnia poliuretanowa jednowarstwowa z mieszaniny granulatu EPDM i spoiwa PU (tzw. pełny poliuretan) o minimalnej grubości 13 mm. Nawierzchnia o jednorodnej strukturze i barwie (kolor czerwony) w całej grubości warstwy oraz na całej powierzchni - do użytkowania w butach z kolcami. Odwodnienie bieżni zgodnie z branżowym projektem. Dodatkowo należy wykonać izolację przeciwwilgociową podbudowy bieżni z folii poliuretanowej gr. 0,4 mm łączonej na zakład.

W tym załączniku w pkt. II. Zamawiający wskazał, że wszelkie gotowe produkty (z podaniem nazwy, symbolu i producenta) wskazane w celu jak najdokładniejszego określenia ich charakterystyki. Oznacza to, że zamawiający dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych, nie odbiegających od zaproponowanych zastosowania w dokumentacji projektowej stanowią jedynie przykłady materiałów, elementów i urządzeń, jakie mogą być użyte przez wykonawców w ramach robót. Znaki firmowe producentów oraz nazwy i symbole poszczególnych produktów zostały w dokumentacji podane jedynie w zakresie:

- gabarytów (wielkość, rodzaj oraz liczba elementów składowych) z tolerancją  $\pm 5\%$
- parametrów technicznych (wytrzymałość, trwałość, dane techniczne, dane, hydrauliczne, charakterystyki liniowe) – minimalnych określonych w specyfikacji technicznej.
- parametrów bezpieczeństwa użytkowania – minimalnych określonych odrębnymi przepisami.

W projekcie budowlanym w pkt. 2 str. 61 zamawiający opisał bieżnię lekkoatletyczną – nawierzchnia z poliuretanu

Nawierzchnia sportowa bezspoinowa, poliuretanowo-gumowa, minimalna grubość 13mm, nieprzepuszczalna dla wody, do użytkowania w butach z kolcami, wykonywana bezpośrednio na placu budowy na podbudowie betonowej. W każdej warstwie nawierzchnia posiada jednolitą barwę na całej powierzchni

- Grubość całkowita - min. 13 mm,
- Wytrzymałość na rozciąganie: - min. 0,5 MPa

- Wydłużenie podczas zerwania – min. 40%
- Odształcenie pionowe – 0,6 - 1,8 mm
- Zdolność amortyzowania siły - 35 - 50 % .

Warstwy podbudowy pod powierzchnię poliuretanową:

- powierzchnia poliuretanowa, wykonać na zagruntowanej, zatartej na gładko powierzchni betonowej. Nawierzchnia nie może posiadać w swoim składzie komponentów z recydingu.

Izba ustaliła, że projekt budowlany nie wskazywał rodzaju granulatu.

W Specyfikacji Technicznej pkt 15 Nawierzchnie – Poliuretanowa zamawiający zawarł następujące postanowienia:

## 1. Część ogólna

### 1.1. Przedmiot ST

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie nawierzchni poliuretanowej związane z realizacją inwestycji: przebudowa boiska przyul. Białoruskiej w dzielnicy Warszów w Świnoujściu oraz budowa budynku szatniowego dla obsługi projektowanego boiska wraz infrastrukturą techniczną.

### 1.2. Zakres stosowania SST

Szczegółowa specyfikacja techniczna jest stosowana jako dokument przetargowy i kontraktowy przy zlecaniu i realizacji robót wymienionych w pkt.1.1.

## 2. Materiały

Nawierzchnia sportowa bezspoinowa, poliuretanowa minimalna grubość 13 mm, nieprzepuszczalna dla wody, do użytkowania w butach z kolcami, wykonywana bezpośrednio na placu budowy na podbudowie betonowej. W każdej warstwie nawierzchnia posiada jednolitą barwę oraz jednolitą barwę na całej powierzchni. Kolor czerwony.

- Grubość całkowita - min. 13 mm,
- Wytrzymałość na rozciąganie: - min. 0,5 MPa
- Wydłużenie podczas zerwania – min. 40%
- Odształcenie pionowe – 0,6 - 1,8 mm
- Zdolność amortyzowania siły - 35 - 50 % .

## 3. Sposób montażu

Nawierzchnia składa się z warstw elastycznej (nośnej) użytkowej. Warstwa nośna to mieszanina granulatu gumowego i lepiszczapoliuretanowego. Układana jest mechanicznie, bezspoinowo, przy pomocy rozkładarki mas poliuretanowych. Tak wykonaną warstwę należy pokryć warstwą użytkową, którą stanowi system poliuretanowy zmieszany z granulatem EPDM. Czynność tą wykonuje się poprzez natrysk mechaniczny (przy użyciu specjalnej natryskarki). Po całkowitym związaniu mieszaniny są malowane linie farbami poliuretanowymi metodą natrysku.

Wykonanie warstwy użytkowej:

Warstwę tą stanowi system poliuretanowy 2-składnikowy, który jest zmieszany z granulatem EPDM o granulacji 0,5-1,5 mm w stosunku wagowym 60% x 40%. Czynność tą wykonuje się w mikserze przeznaczonym dla tworzyw. Odpowiednio przygotowany produkt rozprowadza się na warstwie nośnej poprzez natrysk mechaniczny. Całkowita grubość systemu wynosi min. 13 mm.

Sposób użytkowania i konserwacji nawierzchni:

Nawierzchnie syntetyczne poliuretanowe są nawierzchniami sportowymi i do tego celu powinny służyć. Powinny być użytkowane w obiektach sportowych. Nie należy dopuszczać do nadmiernego zabrudzenia nawierzchni piaskiem, który powoduje nadmierne zużycie nawierzchni. Unikać zabrudzeń olejem, emulsją asfaltową oraz innymi środkami chemicznymi powodującymi odbarwienie nawierzchni.

Nie dopuszczać do jazdy na rolkach, rowerach, motorach. Przejazd samochodami (policja, straż, pogotowie ratunkowe i inne służby komunalne) powinny być kontrolowany – również ze względu na nośność podbudowy.

### 8.3 Odbiór robót

Ogólne zasady odbioru robót podano w ST 00.

Nawierzchnia powinna mieć jednakową grubość. Powinna posiadać jednorodną fakturę zewnętrzną oraz jednolity kolor. Warstwa użytkowa powinna być związana na trwałe z warstwą elastyczną. Nie należy zwiększać grubości warstwy górnej. Całość musi być przepuszczalna dla wody. To jest naturalna cecha nawierzchni. Powstałe łączenia (wynikające z technologii instalacji) powinny być liniami prostymi, bez uskoków utrudniających późniejsze użytkowanie. Spadki poprzeczne i podłużne oraz grubości nawierzchni powinny odpowiadać wartościom określonym w przepisach (w przypadku boisk, kortów).

Uwagi na temat tolerancji nierówności nawierzchni poliuretanowych:

1. Nie istnieje Polska Norma, która opisuje metody pomiarów tego parametru oraz nie ma opracowanej tabeli wartości dopuszczalnych.
2. Systemy zewnętrznych nawierzchni sportowych są opisane w normie DIN 18035 Part 6 (Sports grounds; synthetic surfaces), 04.1978 wraz z późniejszymi zmianami. Większość producentów systemów opiera się na tej normie.
3. Na podstawie wyników badań zgodnie z w/w normą opracowana jest Aprobata Techniczna ITB, która jest podstawą do stosowania w budownictwie na terenie Polski.
4. Aprobata techniczna ITB nie ujmuje tego zagadnienia, odnosi się do technologii opracowanej przez producenta zestawu wyrobów dowykonania nawierzchni.
5. W normie DIN 18035/6 tolerancje nierówności nawierzchni sztucznej są opisane w tabeli nr. 4, wiersz 17. Według tej pozycji wielkość odpowiadać powinny wartościom zawartym w normie DIN 18202 (Tolerances for building) 05/1986, tabela nr. 3, wiersz 7.



6. Wspomniana wyżej tabela podaje graniczne wartości odchyłek mierzonych w mm pomiędzy dwoma mierzonymi punktami.

11. Wymagane dokumenty :

- Certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 1477:2014-02 lub aprobatą techniczną, lub rekomendacja techniczna ITB
- Atest PZH lub równoważny,
- Certyfikat IAAF dla producenta nawierzchni
- Autoryzacja producenta trawy syntetycznej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię.
- Karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta.

Izba ustaliła, że w specyfikacji technicznej brak jest zakazu użycia granulatów pochodzących z recyklingu, zaś granulaty EPDM zostały wyraźnie wskazane tylko do warstwy użytkowej, a nie do warstw nośnych.

Na podstawie załącznika nr 4\_1 do siwz, projektu budowlanego oraz specyfikacji technicznej Izba ustaliła, że dokumenty te są wewnętrznie sprzeczne, gdyż w załączniku nr 4\_1 jest wyraźnie mowa o nawierzchni poliuretanowej jednowarstwowej z mieszaniny granulatu EPDM i spoiwa PU, zaś w projekcie budowlanym nie wskazuje się rodzaju granulatu, jest mowa o nawierzchni poliuretanowo – gumowej, która w każdej warstwie (w więc więcej niż jednej – przyp. własny Izby) posiada jednolitą barwę, zaś w specyfikacji technicznej mowa jest o warstwie nośnej i warstwie użytkowej (zatem dwie warstwy) i o konieczności stosowania EPDM tylko do warstwy użytkowej.

Zakaz stosowania komponentów z recyklingu zawiera wyłącznie projekt budowlany, natomiast zamawiający tego zakazu w żaden sposób na etapie badania ofert nie weryfikuje, gdyż wskazane w pkt. 11 specyfikacji technicznej nr 15 dokumenty przedmiotowe nie dotyczą tej kwestii. Izba nadto zapoznając się z ofertami pozostałych wykonawców stwierdziła, że żaden z nich nie składał oświadczenia, że oferowana przez nich nawierzchnia nie zawiera komponentów z recyklingu.

W wyjaśnieniach treści siwz zamawiający na wniosek nr 1 o treści „W związku z tym, że opis nawierzchni jaka ma być zamontowana na bieżni jest niejednoznaczny, proszę o potwierdzenie jakiego typu nawierzchnię poliuretanową należy wycenić FULL PUR czy Natrysk?, zamawiający odpowiedział, że opis dotyczący wykonania nawierzchni poliuretanowej jest jednoznacznie określony w dokumentacji przetargowej.

Z informacji z otwarcia ofert wynika, że odwołujący zaoferował drugą w kolejności cenę oraz podał 96 miesięczny okres gwarancji i parametry techniczne: minimalna wytrzymałość na

rozciąganie 0,72 MPa oraz minimalne wydłużenie względne przy zerwaniu 71 %, co pozwalało mu uzyskać maksymalną ilość punktów łącznie we wszystkich kryteriach.

Izba ustaliła, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest sprzeczna i nie pozwala na ustalenie, czy zamawiający rzeczywiście wymagał jednej warstwy z zastosowaniem granulatu EPDM, czy też kilku warstw z których jedynie warstwa użytkowa miała zawierać granulata EPDM.

W ocenie Izby zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne i wskazał kryteria równoważności w pkt. II załącznika nr 4\_1 wskazując, że będzie badał :

1) gabaryty z tolerancją +/- 5%,

2) parametry techniczne (które określił w projekcie budowlanym i specyfikacji technicznej czyli

- Grubość całkowita - min. 13 mm,
- Wytrzymałość na rozciąganie: - min. 0,5 MPa
- Wydłużenie podczas zerwania – min. 40%
- Odształcenie pionowe – 0,6 - 1,8 mm
- Zdolność amortyzowania siły - 35 - 50 %) oraz

3) parametry bezpieczeństwa użytkowania określonej odrębnymi przepisami.

Zamawiający nie kwestionował zaofiarowanych przez odwołującego gabarytów, parametrów technicznych w zakresie przez siebie określonym, ani parametrów bezpieczeństwa. W informacji o odrzuceniu oferty kwestionował kolor granulatu SBR – czarny oraz jego twardość i cechy obniżające właściwości użytkowe nawierzchni bliżej nie sprecyzowane.

W ofercie odwołującego znajduje się karta techniczna PolytanPur, z której wynika, że 1 i 2 warstwa to SBR, a trzecia EPDM, grubość 14,4cm, redukcja siły 35%, odształcenie pionowe 1,6 mm, wytrzymałość na rozciąganie 0,72 MPa, wydłużenie 71%, tarcie 64. W ofercie znajduje się także raport z badań z którego wynika, że przebadano na zgodność z normą EN 14877 próbki PolytanPur składające się z powierzchni z EPDM o kolorze czerwono-brązowym, wierzchniej i spodniej warstwy w kolorze czerwono-brązowym, z badań wynika, że próbki spełniają wymogi normy EN14877 i w parametrach wymaganych przez zamawiającego tj. grubość – 13,2 mm, wytrzymałość na rozciąganie – 0,72 MPa, wydłużenie podczas zerwania – 71%, Odształcenie pionowe w temp. 10°C – 1,5mm, w temp. 23°C – 1,6 i w temp. 40°C – 1,7 mm, redukcja siły w tych temperaturach mieści się pomiędzy 34-37% poza redukcją siły, która o 1% w dolnych wartościach jest zaniżona, to w pozostałym zakresie wyniki badań dla średniej wartości spełniają wymagania zamawiającego.

Przy czym Izba wzięła pod uwagę, że w Specyfikacji Technicznej nr 15 zamawiający nie określił w jakich temperaturach będzie oceniał wyniki dla odształcenia pionowego i redukcji siły.

Izba stwierdziła, że w ofercie nie znajduje się Certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 1477:2014-02 lub aprobatą techniczną, lub rekomendacją techniczną ITB, jednak zamawiający w tym zakresie nie skorzystał z art. 26 ust. 3 ustawy i nie umożliwił odwołującemu złożenia brakującego dokumentu przedmiotowego.

Z pisma Labosport z dnia 25 lutego 2014r. wynika, że PolytanPur EN (EPDM) jak i PolytanPur (SBR) spełniają normy eksploatacyjne IAAF oraz, że obie wersje warstw dolnych w stosunku do wymagań zamawiającego określonych w siwz :

- Grubość całkowita - min. 13 mm - spełniają,
- Wytrzymałość na rozciąganie: - min. 0,5 MPa - spełniają
- Wydłużenie podczas zerwania – min. 40% - spełniają
- Odształcenie pionowe – 0,6 - 1,8 mm – obie nie spełniają EPDM dla odkształcenia pionowego w temperaturach 23°C, 20°C, 30°C, 40°C, 50°C, a SBR w temperaturach 23°C, 40°C i 50°C,
- Zdolność amortyzowania siły - 35 - 50 % - spełniają.

Izba dopuściła dowód z okazania przez odwołującego próbek nawierzchni oceniając jego znikomą moc dowodową, gdyż z samych oględzin dwóch próbek nie sposób ustalić jaki rodzaj granulatu do nich zastosowano i czy w obu zastosowany został SBR raz w kolorze czarny, raz barwiony w masie. Zatem przeprowadzony dowód nie służył udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Izba wzięła pod uwagę korespondencję email przedstawioną przez zamawiającego i przystępującego i na jej podstawie ustaliła, że firmy: S., T.M., U., C. nie produkują nawierzchni poliuretanowych z zastosowaniem granulatu SBR z produkcji pierwotnej barwionego na inny kolor niż czarny, gdyż produkcja taka generuje koszty zbliżone do kosztu granulatu EPDM lub je przewyższające, a granulaty EPDM mają lepsze właściwości użytkowe, choć producenci ci podali właściwości, których zamawiający nie ustalił jako parametrów równoważności, a więc małą odporność na warunki atmosferyczne, nieprzyjemny zapach, degradację gumy przez promieniowanie UV.

Izba ustaliła na podstawie wyciągu z artykułu Instytutu Techniki Budowlanej „Nawierzchnie sportowe z tworzyw sztucznych”, że SBR najczęściej pozyskiwany jest w procesie recyklingu, zapewnia optymalną elastyczność podłoża i dynamikę gry, atrakcyjny cenowo, szybciej zagęszcza się w nawierzchni, niepalny, nieodporny na oleje i smary mineralne, nie posiada tak wysokiej trwałości jak EPDM, nieznanego pochodzenia oraz przykry zapach w upalne dni, zaś EPDM może być po recyklingu jak i z nowej mieszanki, dobra elastyczność podłoża bezpieczna gra. Mieszanka z pierwotnej produkcji – lepsza elastyczność, neutralny zapach, bardziej odporna na procesy starzenia, pełna gama kolorów, zaś EPDM z recyklingu czarny i szary, duża odporność na warunki atmosferyczne, ograniczona podaż surowca, wykonany z odpadów na bazie kauczuków EPDM. Z dowodu tego w ocenie Izby wynika, że

SBR może być także wykonany z pierwotnej produkcji, bo autor tego nie wyklucza, nie ma zastrzeżenia, że może być tylko czarny, zaś EPDM może być tak z pierwotnej produkcji i wówczas różnokolorowy, jak i z recydingu – wówczas czarny lub szary. Jak już ustalono wyżej zamawiający nie weryfikował spełniania wymogu z projektu budowlanego – nie pochodzenia z recydingu u żadnego z wykonawców i nie żądał na tę okoliczność składania oświadczeń czy dokumentów.

Z dowodu w postaci zestawienia dwóch fotografii nie można ustalić okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż dowód ten nie dowodzi, że odwołujący produkuje wyłącznie nawierzchnie z granulatem SBR w kolorze czarnym.

Z korespondencji email pomiędzy przystępującym i zamawiającym z dnia 11 maja 2017r. nie da się ustalić okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż dowód ten miał prowadzić do udowodnienia okoliczności, których zamawiający nie podniósł w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, to jest tego, że nawierzchnia oferowana przez odwołującego nie spełnia normy EN 14877:2014 w zakresie tarcia na sucho. W ocenie Izby okoliczność ta może być przedmiotem badania przez Izbę wyłącznie w sytuacji, gdy dotyczy granic zakreślonych zarzutami odwołania wywodzonego w oparciu o konkretną czynność zamawiającego lub jego zaniechanie. Jak Izba ustaliła wcześniej podstawą faktyczną odrzucenia oferty odwołującego był kolor czarny granulatu SBR oraz jego gorsze właściwości użytkowe, ale przez zamawiającego niesprecyzowane. Tym samym badanie na obecnym etapie powyższej okoliczności powodowałoby naruszenie art. 192 ust. 7 ustawy jako czynienie ustaleń i ewentualnych rozważań pod treść zarzutów odwołania.

W ocenie Izby ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zaoferowany przez odwołującego Polytan PUR spełnia wymagania zamawiającego w zakresie grubości całkowitej, wytrzymałości na rozciąganie, wydłużenie podczas zerwania, odkształcenie pionowe i zdolność amortyzowania siły, a niewielkie odstępstwa w tych dwóch ostatnich kryteriach od przedziałów określonych przez zamawiającego wobec braku wskazania, w jakiej temperaturze wykonawcy mają zaprezentować wyniki nie pozwalają na ustalenie, że oferta odwołującego nie odpowiada treści siwz. Treść siwz w zakresie ilości warstw i rodzaju zastosowanego materiału, a także sposobu jego wytworzenia nie pozwala na ustalenie jednoznacznej treści siwz, którą można by potraktować jako wzorzec stanowiący punkt odniesienia do badania zgodności treści oferty. Niewątpliwie oferta jest zgodna z treścią specyfikacji technicznej nr 15, a jest niezgodna z treścią załącznika nr 4\_1. Ze zgromadzonego materiału dowodowego nie wynika, aby warstwy SBR miały kolor czarny, przeciwnie ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że wszystkie warstwy nawierzchni odwołującego mają kolor czerwono-brązowy.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 29 ust.1 ustawy - Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Art. 82 ust. 3 ustawy - Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne, o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na odrzuceniu oferty zamawiającego, jako rzekomo nieodpowiadającej treści siwz z powodu błędnego uznania, iż zaoferowana przez odwołującego nawierzchnia, składająca się w wierzchniej warstwie z granulatu EPDM w kolorze czerwonym oraz głębszej (niewidocznej) warstwie wewnętrznej z granulatu SBR nie spełniała wymogów stawianych przez zamawiającego w siwz, w świetle okoliczności, iż zamawiający nie sprecyzował, jak również nie wykluczył zastosowania granulatu SBR w dolnych warstwach nawierzchni

Zarzut potwierdził się. Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że zamawiający nie zawarł jednoznacznych postanowień siwz, co do zakazu oferowania nawierzchni poliuretanowej z zastosowaniem granulatu SBR, ani w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego nie wykazał, w czym nawierzchnia zawierająca w spodnich warstwach granulaty SBR jest gorsza od nawierzchni zawierających wyłącznie granulaty EPDM. Nadto zamawiający w żaden sposób nie wykazał postanowień siwz, z którymi sprzeczna byłaby treść oferty odwołującego. W zakresie pochodzenia granulatu SBR z recyklingu oparł się wyłącznie na

przypuszczeniach, co więcej podniesionych dopiero na rozprawie, a nie w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego. Przeciwnie treść oferty odwołującego potwierdza wymagania minimalne określone przez zamawiającego wynikające z parametrów równoważności jak i wprost ze specyfikacji technicznej nr 15. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę utrwalone orzecznictwo Izby stanowiące o tym, że niejednoznaczne postanowienia siwz, a w tym przypadku wewnętrznie sprzeczne, należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie wykazał także, iż nawierzchnia oferowana przez odwołującego będzie mieć warstwy niejednolicie barwione, w tym dwie warstwy barwione na kolor czarny. Takie ustalenie jest sprzeczne z treścią oferty odwołującego, w której z raportów z badań wynika wprost, że każda z warstw ma kolor czerwonobrazowy. W ocenie Izby to, że zamawiający oczekiwał koloru czerwonego nie powoduje, że oferta oferująca kolor czerwonobrazowy jest sprzeczna w swej treści z treścią siwz, gdyż zarówno siwz jak i raport z badań nie posługują się żadnym systemem odniesienia co do rodzaju koloru, a jedynie subiektywnym pojęciem „czerwony”, „czerwonobrazowy”. Tym samym nie można uznać, że kolor czerwonobrazowy nie mieści się w grupie kolorów czerwonych. Gdyby zamawiający w siwz odniósł się np. do palety kolorów RAL i podał konkretny numer koloru, to wówczas można byłoby ustalić, czy dany kolor odpowiada kolorowi palety czy też nie, nie poprzestając wyłącznie na wyczuciu koloru osoby ten kolor opisującej. Tym samym nie można było w tym zakresie stwierdzić niezgodności treści oferty z treścią siwz. W konsekwencji Izba ustaliła, że zamawiający nie wykazał w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, że oferta odwołującego jest sprzeczna w swojej treści z treścią siwz, a zatem nie miał podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i użycia sankcji, jaką jest odrzucenie oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 82 ust. 3 ustawy przez uznanie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiadała Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (siwz), skoro odwołujący się przedstawili ofertę w zakresie wykonania zewnętrznej warstwy nawierzchni z granulatu EPDM, zgodnie z wymogami zamawiającego, natomiast w treści siwz nie zostało sprecyzowany wymóg wykonania wszystkich warstw nawierzchni z granulatu EPDM, a tym samym zamawiający dopuścił dowolność w zakresie zaoferowania przez potencjalnych wykonawców nawierzchni, która w dolnej (wewnętrznej) warstwie mogła zawierać inny rodzaj granulaty, aniżeli granulatu EPDM

Zarzut potwierdził się. W tym zakresie Izba w całości podtrzymuje swoje ustalenia faktyczne i stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający nie wykazał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji należało przyjąć, że błędne ustalenie

zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego naruszało art. 82 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, gdyż opis przedmiotu zamówienia, w zakresie nawierzchni, nie precyzował konieczności wykonania wszystkich warstw nawierzchni z mieszaniny granulatu EPDM i spoiwa PU, co było przyczyną odrzucenia oferty wykonawcy. Zamawiający dopiero w czynności odrzucenia oferty odwołującego sprecyzował wprost, że domaga się nawierzchni w systemie FULL-PUR (pełny poliuretan) o minimalnej grubości 13mm; taki opis nawierzchni natomiast nie wynika z przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji przetargowej.

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i wyczerpujący. Dokonany opis jest wewnętrznie sprzeczny, gdyż z części dokumentów wynika jednowarstwowa nawierzchnia z użyciem EPDM, a z części co najmniej dwuwarstwowa z zastosowaniem EPDM tylko w warstwie użytkowej. Nadto zamawiający opisał wymagania dla produktów równoważnych, natomiast nie zastosował ich przy badaniu oferty odwołującego do własnych wytycznych określonych w siwz, co więcej ustalił w treści oferty odwołującego treści, których tam nie było, jak kolor czarny warstw SBR. W ocenie Izby zarzutu nie można uznać obecnie za spóźniony, gdyż odwołujący zabiegał o usunięcie sprzeczności formułując wnioski do siwz, a zamawiający mimo tego, sprzeczności nie usunął, co więcej dokonał oceny oferty odwołującego nie uwzględniając własnych postanowień siwz w zakresie dopuszczenia oferty równoważnej, za taką jedynie uznając ofertę opartą o różne rodzaje EPDM (co nie wynika z treści siwz i informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, a zostało podane dopiero na rozprawie). Na tej podstawie można było uznać, że opis przedmiotu zamówienia był niezgodny z ustawą. W konsekwencji Izba dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego z powodu zaoferowania przez niego nawierzchni, która w dolnej warstwie (niewidocznej dla użytkownika) posiadała granulata o innej barwie i innym rodzaju (SBR zamiast EPDM) mimo okoliczności, iż zastosowanie granulatu o tej samej barwie i innym typie w żadnej mierze nie wpływa na funkcjonalność i parametry użytkowe nawierzchni - co powoduje zachwianie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, gdyż zamawiający w sposób nieuzasadniony preferował nawierzchnię wykonaną w całości z granulatu EPDM, aniżeli systemu składającego się z różnych warstw granulatu.

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby odrzucenie oferty, która zamawiający nie wykazał, że nie odpowiada treści siwz i niepoddanie jej ocenie stanowi nierówne traktowanie wykonawców i pozostaje w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy. Tym samym Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez niezgodne z ustawą odrzucenie oferty odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożonymi fakturami VAT, z ograniczeniem w zakresie zastępstwa prawnego do kwoty maksymalnej dopuszczalnej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący:** .....