

WYROK
z dnia 5 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 listopada 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2015 r. przez wykonawcę - **Gardenia Sport sp. z o.o., ul. Kłobucka 13; 02-699 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Miejska Rumia, ul. Sobieskiego 7; 84-230 Rumia**,

przy udziale wykonawcy **Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o., ul. Puławska 38; 05-500 Piaseczno**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Gardenia Sport sp. z o.o., ul. Kłobucka 13; 02-699 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Gardenia Sport sp. z o.o., ul. Kłobucka 13; 02-699 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Rumia, ul. Sobieskiego 7; 84-230 Rumia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Modernizację boisk sportowych przy ul. Bukowej w Rumi”.

Dnia 20 października 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 23 października 2015 roku wykonawca Gardenia Sport sp. z o.o., ul. Kłobucka 13; 02-699 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, polegających na: wadliwej czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty odwołującego, zaniechania czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że oferta odwołującego nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i wybór oferty przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy, tj. z bezzasadnym odrzuceniem oferty odwołującego i zaniechania jej wyboru, mimo że była ona ofertą najkorzystniejszą,
- 3) innych przepisów ustawy Pzp, wynikających lub mogących wynikać z treści odwołania.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru przez zamawiającego oferty Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o., dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów odwołania.

Zdaniem odwołującego, czynność zamawiającego była niezgodna z ustawą z dwóch powodów. Po pierwsze, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, może nastąpić jedynie w związku z niezgodnością oferty z treścią s.i.w.z., inne dokumenty nie mogą zatem stanowić podstawy odrzucenia oferty, jeżeli nie jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po drugie, oferta odwołującego nie była w ogóle sprzeczna z s.i.w.z.

Odwołujący wskazał, że zamawiający odrzucając ofertę wskazał, że próbka granulatu jest niezgodna z przedłożonym atestem. Niezgodność ta jednak odnosi się faktycznie do metki

dołączonej do próbki. Zaoferowana próbka jest jednak dokładnie tym samym granulem, na który został udzielony aktualny atest PZH. Na wydrukowanej metce znajduje się jedynie poprzedni numer certyfikatu, który dotyczył tego samego granulatu, na który jest udzielony załączony do zamówienia aktualny atest PZH. Atesty te są bowiem wydawane na okres 5 lat i po upływie tego okresu wymagane jest uzyskanie nowego atestu. Odwołujący przedłożył aktualny atest PZH na granulaty, którego próbka została przesłana zamawiającemu zgodnie z wymogami s.i.w.z. Z treści aktualnego atestu PZH nr HK/B/0150/01/2014 jednoznacznie wynika, że atesty te wydawane są na okres 5 lat. Treść certyfikatu jednoznacznie potwierdza również, że dotyczy on przedłożonej próbki granulatu, tj. granulatu LFR produkowanego przez CETUS sp. z o.o.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że zamawiający nie wskazał w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że dostarczona próbka granulatu powinna być w jakikolwiek sposób opisana, a zatem metka znajdująca się na opakowaniu, w którym została dostarczona próbka granulatu nie może w żadnej mierze przesądzać o zasadności odrzucenia oferty z powodu niezgodności z treścią s.i.w.z. W przypadku, gdyby odwołujący przysłał próbkę granulatu bez wydrukowanego numeru atestu PZH (np. opisując ją jedynie „Próbka granulatu LFR”), wówczas jego oferta nie zostałaby odrzucona. Brak jest jednak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego jedynie z powodu innego oznaczenia atestu na metce opakowania, bowiem odwołujący dostarczył zamawiającemu aktualny atest PZH do oferowanego granulatu, tak jak było to wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem odwołującego, zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, odrzuca ofertę jedynie wówczas, gdy jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z. W przedmiotowej sprawie s.i.w.z. wymagało od wykonawcy dostarczenia atestu PZH oraz próbki granulatu - nie ustanawiając jakichkolwiek wymogów co do oznaczenia próbki, jej opisu czy też opakowania.

W związku z powyższym odwołujący wskazał, że przedkładając próbkę granulatu LFR oraz aktualny atest PZH wywiązał się z obowiązków nałożonych na niego w s.i.w.z. Brak było zatem podstaw do odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że gdyby oferta odwołującego nie została odrzucona, wówczas byłaby ona ofertą najkorzystniejszą według kryteriów zamawiającego, uzyskując wynik 99,96/100 pkt, podczas gdy wybrana oferta uzyskałaby 94/100. Zatem w wypadku utrzymania w mocy czynności zamawiającego, oferta odwołującego nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą i tym samym odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o., ul. Puławska 38; 05-500 Piaseczno.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

W dniu 20 października 2015 roku, zamawiający dokonał w przedmiotowym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę odwołującego. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, jako niezgodną z treścią s.i.w.z., powołując się na następującą niezgodność: *„Jednakże w uzupełnionych dokumentach stwierdzono niezgodność numeru atestu higienicznego na granulát, który miał numer HK/B/01S0/01/2014 z próbką granulatu, który nosił numer HK/B/1647/01/2009. Zamawiający nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia oferty o prawidłową próbkę, bądź też prawidłowy atest higieniczny, gdyż wezwanie do uzupełnienia w konkretnym zakresie można wystosować tylko raz. Tym samym Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 gdyż jej treść nie odpowiadała treści istotnych warunków zamówienia, SST, projektem budowlanym oraz wyjaśnieniami Zamawiającego w trakcie trwania postępowania.”*

W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający żądał przedłożenia wraz z ofertą:

- zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Dokumenty oferowanego systemu z trawy syntetycznej (trawa, granulat gumowy kriogeniczny, piasek):

1. Certyfikat FIFA 2 Star dla obiektu wykonanego z systemu nawierzchni z trawy syntetycznej (oferowana nawierzchnia, podkład elastyczny, dowolne wypełnienie także inne niż wymagany w SIWZ granulat EPDM) wraz z kompletnymi raportami z badań dotyczące oferowanego systemu trawy syntetycznej, wykonane przez stosowne laboratorium akredytowane przez FIFA (np. Labosport, ISA Sport lub Sports Labs) potwierdzające zgodność z wymaganymi parametrami użytkowymi określonymi w punktach w rozdziale I SIWZ.
2. Raport z badań zgodności z normą PN EN 15330-1:2013 potwierdzający pozostałe parametry zgodnie z wymaganiami normy.
3. Atest PZH na oferowaną nawierzchnię i wypełnienie (piasek, granulat kriogeniczny LFR) lub dokument równoważny.
4. Karta techniczna trawy syntetycznej określająca technologię produkcji oraz gęstość (ilość włókien), podpisana przez producenta z określeniem przeznaczenia (nazwa inwestycji).
5. Autoryzacja dla wykonawcy wystawiona i podpisana przez producenta z określeniem przeznaczenia (nazwa inwestycji).
6. Gwarancja na oferowaną nawierzchnię wystawiona i podpisana przez producenta z określeniem przeznaczenia (nazwa inwestycji).
7. Próbką nawierzchni o wymiarach min. 20x15cm z etykietą określającą nazwę producenta oraz typ oferowanej nawierzchni z trawy syntetycznej.
8. Próbką oferowanego wypełnienia granulatu kriogenicznego LFR.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W doktrynie, jak i orzecnictwie utrwalił się pogląd, że niezgodność treści oferty musi mieć charakter trwały i nieusuwalny, musi mieć wpływ na przyszłe zobowiązanie wykonawcy, które ma być zgodne z oczekiwaniami zamawiającego oraz niezgodność treści oferty wykonawcy nie daje się poprawić w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przekładając powyższe na stan faktyczny przedmiotowego postępowania wskazać należy, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, iż każdy z wykonawców chcących uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu, zobowiązany

będzie dostarczyć próbkę oferowanego wypełnienia granulatu kriogenicznego LFR oraz Atest PZH na oferowaną nawierzchnię i wypełnienie (piasek, granulak kriogeniczny LFR) lub dokument równoważny.

Odwołujący do oferty nie załączył wymaganych dokumentów oraz próbki, stąd też zamawiający wezwał odwołującego, do uzupełnienia stwierdzonych braków. Odwołujący, pismem z dnia 8 października 2015 roku, uzupełnił brakujące dokumenty oraz próbkę, z tym zastrzeżeniem, że uzupełniona próbka oferowanego granulatu została opisana przez odwołującego, jako „Granulat LFR 0,5-2,0” dla którego został wydany certyfikat PZH o numerze HK/B/1647/01/2009, natomiast uzupełniony dokument - Atest PZH na oferowane wypełnienie - granulak kriogeniczny LFR został oznaczony numerem HK/B/0150/01/2014.

Powyższa okoliczność stanowiła podstawę do odrzucenia, przez zamawiającego, oferty odwołującego. Izba podziela prezentowane przez zamawiającego stanowisko wskazując, że odwołujący nie wypełnił, w sposób prawidłowy żądania zamawiającego, opisanego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po pierwsze odwołujący miał obowiązek załączyć do oferty próbkę oferowanego granulatu. Odwołujący załączył próbkę granulatu, jednakże nie była ona zgodna z wymaganiem s.i.w.z. w tym zakresie, że nie mogła być zaoferowana w tym postępowaniu, gdyż atest PZH dla tej konkretnej próbki przestał obowiązywać, co z kolei rodzi skutek prawny polegający na braku możliwości jej wykorzystania w przedmiotowym postępowaniu, na etapie realizacji umowy. Już w tym zakresie kształtuje się oczywista sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, w celu potwierdzenia, że oferowany granulak (wypełnienie) jest możliwy do zastosowania, odwołujący miał obowiązek przedstawić stosowny atest PZH. Odwołujący uchybił temu obowiązkowi, gdyż w wyniku uzupełnienia dokumentów załączył atest, który nie dotyczył oferowanej próbki granulatu, tzn. przedłożył atest niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ wymogiem s.i.w.z. było przedłożenie atestu PZH zgodnego z oferowanym granulem.

Powyższe dwie okoliczności stanowią podstawę do uznania, że treść oferty odwołującego sprzeczna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Argumentacja odwołującego o braku wymogu zamawiającego, co do oznaczenia przedstawionej próbki, jest o tyle niezasadna, że brak jej opisanja wywołałby skutek w postaci braku możliwości ustalenia przez zamawiającego, czy produkt oferty zgodny jest z treścią s.i.w.z., co z kolei również powodowałoby odrzucenie oferty odwołującego. Nadto wskazać należy, że wymóg opisanja zaoferowanej próbki wynika z treści s.i.w.z., rozdział IV, dział C, pkt 8.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba wskazuje, że na mocy przepisu art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym, to na odwołującym spoczywa obowiązek skonkretyzowania zarzutów odwołania. Zarzut odwołującego z odwołania, cyt. „Innych przepisów ustawy PZP, wynikających lub mogących wynikać z treści odwołania” należało ocenić krytycznie. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem, który za odwołującego będzie kreował, czy też domyślał się, jakiego to rodzaju zarzuty mógł mieć na myśli odwołujący. Odwołujący, reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika, winien wykazać się maksymalnym profesjonalizmem w konstruowaniu zarzutów odwołania, od postawienia których uzależnione są również wnioski (żądania) odwołania.

Tym samym, mając na względzie treść przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w niniejszym wyroku, tylko w zakresie zarzutów, które w sposób wyraźny zostały postawione przez odwołującego w treści odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: