

Sygn. akt: KIO 1576/10

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 lipca 2010 r. przez **Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o., 35-030 Rzeszów, ul. 3-go Maja 22** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Tarnobrzeg, 39-400 Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32**

przy udziale wykonawcy **Nova Sport Sp. z o.o., 70-475 Szczecin, ul. Wojska Polskiego 31/5**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miasto Tarnobrzeg, 39-400 Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o., 35-030 Rzeszów, ul. 3-go Maja 22 tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty przez **Miasto Tarnobrzeg, 39-400 Tarnobrzeg, ul. Kościuszki 32** na rzecz **Zakładu Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o., 35-030 Rzeszów, ul. 3-go Maja 22** kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Skład orzekający Izby:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Tarnobrzeg – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Budowę Euroboiska na Osiedlu Serbinów w Tarnobrzegu*.

W dniu 26 lipca 2010 r. wykonawca – Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego złożona oferta spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące parametrów nawierzchni sportowej z syntetycznej trawy na gotowej podbudowie, w tym w zakresie wytrzymałości nawierzchni na rozdzieranie, która wynosi więcej niż 130 N. Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnił dokumenty określające wytrzymałość sztucznej trawy na rozdzieranie, przedstawiając raport techniczny sporządzony przez LABOSPORT, z którego wynika, iż wytrzymałość łączeń wynosi ponad 150 N.

Odwołujący wskazał, iż najsłabszym punktem sztucznej trawy przeznaczonej dla piłki nożnej są łączenia, toteż ten parametr jest powszechnie uznany i testowany, aby sprawdzić czy nawierzchnia spełnia wymagania FIFA. Zarówno FIFA, jak i norma EN 15330 określa test i wymogi wyłącznie dla wytrzymałości na rozdzieranie łączeń. Wskazane dowody jednoznacznie potwierdzają – zdaniem Odwołującego – iż zaoferowana nawierzchnia posiada w najsłabszym punkcie, tj. na łączeniach, parametr wyższy niż założył Zamawiający, zatem spełnia wymagania w zakresie wytrzymałości na rozrywanie, a oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i powinna być wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty, dokonania ponownej czynności analizy i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 lipca 2010 r. wykonawca – Nova Sport Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący podniósł, że wytrzymałość łączeń oraz wytrzymałość nawierzchni na rozdzieranie to dwa różne parametry. Zdaniem Przystępującego wymóg SIWZ w tym zakresie może być rozumiany wyłącznie w ten sposób, iż badaniu wytrzymałości na rozdzieranie podlega nawierzchnia z trawy syntetycznej, natomiast badając wytrzymałość

łączeń nawierzchni oferowanej przez Odwołującego dokonano oceny innego parametru. Przystępujący podniósł, że w przypadku wytrzymałości na rozdzieranie badaniu podlega nawierzchnia z trawy syntetycznej jako całość, natomiast w przypadku wytrzymałości łączy badaniu podlegały wyłącznie łączenia dwóch lub więcej kawałków nawierzchni z trawy syntetycznej.

Jako argument mający świadczyć o dokonaniu badania innego parametru, niż wymagał Zamawiający, Przystępujący wskazał inną jednostkę miary, w jakiej wyrażona jest wytrzymałość na rozdzieranie (N), od tej w jakiej wyrażona jest wytrzymałość łączy (N/100 mm).

Przystępujący wskazał również, iż zgodnie z wydaną przez Instytut Techniki Budowlanej Rekomendacją Techniczną ITB RT ITB-1152/2009, stwierdzającą przydatność do stosowania w budownictwie wykładzin sportowych typu „trawa syntetyczna”, badanie wytrzymałości na rozdzieranie przeprowadza się zgodnie z normą PN-EN ISO 4674-1:2005 pt. „Płaskie wyroby tekstylne powleczone gumą lub tworzywami sztucznymi – Wyznaczanie odporności na rozdzieranie — Część 1: Metody rozdzierania ze stałą prędkością”, w której opisano dwie metody wyznaczania sił potrzebnych do kontynuowania zainicjowanego rozdarcia wyrobu powleczonego z zastosowaniem stałej prędkości rozdzierania. Zdaniem Przystępującego już z samego opisu wynika, iż podczas badania wytrzymałości na rozdzieranie zgodnie z ww. normą rozdarcie podlega „wyrób powleczony”, który w przedmiotowej sprawie oznacza nawierzchnię z trawy syntetycznej, nie zaś same łączenia dwóch lub kilku takich nawierzchni. Norma zaś, na którą powołuje się Odwołujący, jest określona jako „Nawierzchnie terenów sportowych – Darni syntetyczna i mechanicznie igłowane nawierzchnie przeznaczone głównie do użytkowania w terenie niekrytym – Część 1: Specyfikacja darni syntetycznej”. W normie tej podano jedynie właściwości wykonawcze i wytrzymałościowe nawierzchni sportowych z darni syntetycznej użytkowanych głównie w miejscach niekrytych, a także opisano pięć kategorii nawierzchni uwzględniając podstawowe użytkowanie sportowe: nawierzchnie przeznaczone głównie do hokeja na trawie, nawierzchnie przeznaczone głównie do piłki nożnej, nawierzchnie przeznaczone głównie do rugby, nawierzchnie przeznaczone głównie do tenisa i nawierzchnie przeznaczone głównie do uprawiania wielu dyscyplin sportowych. Nie można – zdaniem Przystępującego – z przedmiotowej normy wnioskować, iż wytrzymałość łączy jest tożsama z wytrzymałością nawierzchni na rozdzieranie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty Odwołującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósłby szkodę. Ponadto Izba stwierdziła, że wykonawca Nova Sport Sp. z o.o. – który w ustawowym terminie zgłosił przystąpienie do postępowania – posiada interes prawny w rozstrzygnięciu przetargu na korzyść Zamawiającego ze względu na fakt, że oddalenie odwołania skutkować będzie otrzymaniem przez tego wykonawcę zamówienia i dopuściła ww. Wykonawcę do postępowania odwoławczego.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stanęła na stanowisku, że wymóg dotyczący wytrzymałości nawierzchni boiska na rozdzieranie został określony przez Zamawiającego niedostatecznie precyzyjnie. W dokumentacji projektowej, w pkt 3.1.2 *Parametry trawy syntetycznej*, Zamawiający zawarł podpunkt *wytrzymałość na rozdzieranie* i wskazał, że powinna ona wynosić co najmniej 130 N. Już samo określenie wytrzymałości trawy na rozdzieranie może budzić wątpliwości interpretacyjne, nie wiadomo bowiem, czy dotyczy wytrzymałości nawierzchni, poszczególnych jej fragmentów lub warstw, czy może wytrzymałości włókien trawy syntetycznej. Również odpowiedź nr 23 udzielona w związku z pytaniami wykonawców nie precyzuje powyższego wymogu. W odpowiedzi tej Zamawiający określił *Parametry nawierzchni*, jako jeden z nich wskazując *wytrzymałość na rozdzieranie*.

Zatem sporna wartość została określona przez Zamawiającego raz jako parametr trawy, raz jako parametr nawierzchni, jednak ani w dokumentacji projektowej, ani w wyjaśnieniach do SIWZ nie doprecyzowano tych określeń, nie wskazano również, poprzez badanie których elementów nawierzchni należy wykazać jego spełnianie.

W związku z tym, że oferta Odwołującego nie zawierała potwierdzenia powyższego parametru, Zamawiający w dniu 14 lipca 2010 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów m.in. w zakresie *wytrzymałości sztucznej trawy na rozdzieranie*. W odpowiedzi z 15 lipca 2010 r. Odwołujący poinformował, że wytrzymałość trawy na rozdzieranie wynosi 150 N, na dowód czego przedłożył raport techniczny sporządzony przez LABOSPORT. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że wykonawca ten *nie uzupełnił złożonej oferty o dokument określający wytrzymałość trawy na rozdzieranie (podając zamiast tego w odpowiedzi dane dotyczące wytrzymałości łączy)*.

Zdaniem Izby, wobec faktu, że Zamawiający nie doprecyzował wymagania w przedmiotowym zakresie, wykonawcy mieli prawo wykazać wytrzymałość nawierzchni w dowolnym miejscu. Nawierzchnia rozumiana jako całość złożona z połączonych ze sobą fragmentów może być badana pod kątem wytrzymałości na rozdzieranie w różnych miejscach. Łączenia, których wytrzymałość (wyższą niż wymagał Zamawiający) wykazano w ofercie Odwołującego, są jednym z elementów tej nawierzchni. Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani z udzielonych odpowiedzi nie wynika, aby Zamawiający wykluczył możliwość wykazania wytrzymałości nawierzchni poprzez zbadanie parametru wytrzymałości łączy. Zdaniem Izby nie ma podstaw do stwierdzenia, że określenie *parametr trawy* czy *parametr nawierzchni* jednoznacznie wskazuje na miejsce lub fragment nawierzchni, którego określona wytrzymałość ma dotyczyć.

Jak podkreślił Odwołujący na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, testy LABOSPORT obejmują badanie łączy, natomiast badania Instytutu Techniki Budowlanej dotyczą rozdzierania wzdłuż lub w poprzek szwów, co wskazuje, że ta sama właściwość może być badana w różny sposób. Fakt, że Zamawiający nie określił, jaki element ma być zbadany uprawniał wykonawców do potwierdzenia wytrzymałości któregośkolwiek elementu, w tym łączy.

Jeśli Zamawiający oczekiwał wykazania wytrzymałości na rozdzieranie w konkretnych miejscach i stwierdzenia tego w określony sposób, to winien to wprost zapisać w SIWZ, zwłaszcza że standardowe testy przeprowadzane przez uznany podmiot dokonujący badań technicznych, jakim jest LABOSPORT, nie obejmują pomiaru wytrzymałości na rozdzieranie w takim znaczeniu, jakie prezentuje Zamawiający, a jakiego nie określił w SIWZ. W ocenie Izby, wymagania specyfikacji powinny być sformułowane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, a wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji ich niedoprecyzowania.

Na niedostatecznie jasne sformułowanie przedmiotowego warunku może wskazywać dodatkowo fakt, że cztery z dziewięciu złożonych w postępowaniu ofert zostało odrzuconych ze względu na fakt, że wykonawcy nie złożyli dokumentu potwierdzającego wytrzymałość trawy na rozdzieranie.

Dopuszczalność wykazania wytrzymałości na rozdzieranie poprzez zbadanie dowolnego elementu nawierzchni (w tym łączy) mogła być przez wykonawców dodatkowo wywiedziona z odpowiedzi nr 23, w której Zamawiający poinformował, że w celu prawidłowej weryfikacji jakości nawierzchni należy dołączyć do oferty m.in. ważną aprobatę lub rekomendację ITB lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni, np. Labosport i inne. Ponieważ ww. podmioty potwierdzają parametry poprzez

badanie różnych elementów nawierzchni, była podstawa zakładać, że jest to przez Zamawiającego dopuszczone.

Ponadto zauważyć należy, że Odwołujący dysponował raportem z badań ITB potwierdzającym wytrzymałość na rozdieranie w takim rozumieniu, jakie zaprezentował Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego (dokument ten został przedłożony na rozprawie), zatem gdyby ze specyfikacji wynikało w sposób niebudzący wątpliwości, jakie jest oczekiwanie Zamawiającego, to chcąc uzyskać zamówienie, Odwołujący przedłożyłby powyższy dokument. Ponieważ dopuszczalność wykazania wytrzymałości łączy nie została w specyfikacji wyłączona, Odwołujący przedłożył Raport techniczny LABOSPORT, działając z przekonaniem, że powyższy dokument w pełni potwierdza spełnianie przez oferowaną nawierzchnię wymagań Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby:

.....