

WYROK

z dnia 12 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Członkowie: Barbara Bettman
Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 9 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLCOURT S.A., ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Kościuszki 59, 62-100 Wągrowiec** protestu/protestów* z dnia 05.08.2008 r.

przy udziale wykonawcy **MASTERS Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **POLCOURT S.A., ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POLCOURT S.A., ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa**;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset) przez **POLCOURT S.A., ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa** na

rzecz **Ośrodka Sportu i Rekreacji, ul. Kościuszki 59, 62-100 Wągrowiec**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu do odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

~~3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....)
przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na
rachunek dochodów własnych UZP;~~

4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLCOURT S.A., ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa.**

Uzasadnienie

- 12.05.2008 r. Zamawiający: Ośrodek Sportu i Rekreacji w Wągrowcu, ul. Kościuszki 59, 62-100 Wągrowiec, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa boiska piłkarskiego o nawierzchni ze sztucznej trawy wraz z bieżnią na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji w Wągrowcu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 99051–2008.
- 21.05.2008 r. Zamawiający wystosował 3 pisma z informacjami o modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej w skrócie „specyfikacją”.
- 10.06.2008 r. Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.
- 16.06.2008 r. Wykonawca POLCOURT Spółka Akcyjna ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa, zwany dalej „POLCOURT” lub „Odwołującym”, wniósł protest na zaniechaniu wezwania protestującego POLCOURT do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, odrzuceniu oferty protestującego POLCOURT i na unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.
- 16.06.2008 r. Wykonawca Master, zwany dalej „MASTERS” lub „Przystępującym”, wniósł protest na odrzuceniu oferty protestującego MASTERS, zaniechaniu wezwania protestującego MASTERS do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, odrzuceniu oferty protestującego MASTERS i na unieważnienie postępowania.
- 19.06.2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wniesionych protestach i o możliwości przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.
- 20.06.2008 r. Wykonawca MASTERS przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.
- 24.06.2008 r. (pismo z 23.06.2008 r.) Wykonawca POLCOURT złożył wniosek o przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego. Termin na przystąpienie upłynął po 3 dniach od zawiadomienia (20.06.2008 r.) o wniesieniu protestu czyli 23.06.2008 r.
- 24.06.2008 r. Zamawiający wystosował wniosek o przedłużenie ważności wadium w związku z kontynuacją prowadzenia postępowania.

30.06.2008 r. (pismo z 26.06.2008 r.) Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania i Zamawiający postanowił dokonać ponownej oceny ofert.

21.07.2008 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę POLCOURT do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

29.07.2008 r. Zamawiający poinformował o poprawieniu oczywistej omyłki, a Wykonawca MASTERS wyraził zgodę na poprawienie tej omyłki.

30.07.2008 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty MASTERS Sp. z o.o. i wykluczył z postępowania Wykonawcę POLCOURT oraz stwierdził, że oferta nie jest zgodna z postanowieniami specyfikacji, czyli zachodzi również przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wykonawca POLCOURT wykazał (a) wykonanie 2 – zamiast wymaganych 3 bieżni na minimum 4 tory z podbudową i odwodnieniem. Z referencji dotyczących stadionu w Szprotawie (b) nie wynika, że wykonawca wykonał podbudowę i odwodnienie. Dokument (c) Szkoły Podst. nr 22 w Płocku nie jest opatrzony datą, a zakres zadania wskazuje, że bieżnia nie jest bieżnią 400 metrową. Kolejne referencje (d) dotyczą innego okresu niż wymagany w specyfikacji. Z referencji w Kleszczowie (e) nie wynika, że wykonania bieżnia jest bieżnią 4 torową.

05.08.2008 r. POLCOURT S.A. (zwany dalej Odwołującym POLCOURT) wniósł protest na:

- 1) czynności Zamawiającego polegające na wykluczeniu Odwołującego POLCOURT z przedmiotowego postępowania i odrzuceniu jego oferty;
- 2) *czynność poprawienia oferty i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez MASTERS Sp. z o.o. [zarzut, którego Odwołujący POLCOURT nie podniósł w odwołaniu];*
- 3) zaniechanie przez Zamawiającego wybrania jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego POLCOURT;
- 4) czynności Zamawiającego dokonane niezgodne z ostatecznym rozstrzygnięciu protestu z 16.06.2008 r.

i żąda:

- 1) *unieważnienia czynności poprawienia rzekomej oczywistej pomyłki pisarskiej w ofercie i unieważnienia wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez MASTERS Sp. z o.o. [żądanie, którego Odwołujący POLCOURT nie podniósł w odwołaniu];*

- 2) unieważnienia czynności polegających na wykluczeniu Odwołującego POLCOURT z przedmiotowego postępowania i odrzuceniu jego oferty;
- 3) powtórzenia czynności oceny i badania ofert;
- 4) wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego POLCOURT.

Zdaniem Odwołującego POLCOURT, Zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp – przez wykluczenie Odwołującego POLCOURT z przedmiotowego postępowania;
- 3) *art. 87 ust. 2 Pzp – przez niedopuszczalne poprawienie oferty firmy MASTERS Sp. z o.o., ponieważ w zaistniałej sytuacji nie może być mowa o oczywistej pomyłce pisarskiej [zarzut, którego Odwołujący nie podniósł w odwołaniu];*
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez uznanie, że treść oferty Odwołującego POLCOURT nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzucenie jego oferty;
- 5) art. 91 ust. 1 Pzp – przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert;
- 6) art. 183 ust. 5 Pzp – dokonanie czynności niezgodne z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W odwołaniu Odwołujący stwierdził:

I. Odwołujący POLCOURT posiada interes prawny w rozstrzygnięciu protestu na jego korzyść Odwołującego.

II. Okoliczności wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 30.06.2008 r. były przedmiotem wniesionego przez Odwołującego POLCOURT protestu z dnia 16.06.2008 r. Protest ten został uwzględniony przez Zamawiającego w całości. Wskazane w niniejszym proteście czynności Zamawiającego dokonane zostały niezgodne z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z 16.06.2008 r.

III. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty wykonawcy MASTERS Sp. z o.o. Firma ta wniosła na tę czynność protest, a Odwołujący POLCOURT przystąpił do postępowania toczącego się wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego. Odwołujący POLCOURT nigdy nie otrzymał rozstrzygnięcia tego protestu, w świetle powyższego uznał, że protest Wykonawcy MASTERS Sp. z o.o. został oddalony, a oferta Wykonawcy MASTERS została prawomocnie odrzucona.

Oferta Wykonawcy MASTERS Sp. z o.o. podlega odrzuceniu i nie może być mowy o oczywistej omyłce pisarskiej. W orzecznictwie i doktrynie zgodnie wskazuje się, że

omyłka taka musi być bezsporna, nie budząca żadnych wątpliwości. Nie było podstaw do uwzględnienia oferty Wykonawcy MASTERS Sp. z o.o.

IV. Bezpodstawnym jest zarzut, że Odwołujący POLCOURT nie wykazał, iż wykonał odpowiednią liczbę robót polegających na budowie poliuretanowych bieżni z podbudową i odwodnieniem. Z treści oferty i jej uzupełnienia z dnia 22.07.2008 r. bezspornie wynika, że Odwołujący POLCOURT wykonał większą liczbę takich robót niż żądane przez Zamawiającego minimum (3 bieżnie). Błędne są argumenty Zamawiającego, według których nie może uznać robót wskazanych w wykazie z dnia 22.07.2008 r. W szczególności wystarczy wskazać na inwestycję na stadionie Resovii i dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie tych robót. Także zupełnie niezrozumiałe jest nieuwzględnienie przez Zamawiającego inwestycji w Szprotawie. Z wykazu wynika bezspornie, że inwestycja ta spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego, a z referencji wynika, że roboty te zostały wykonane należycie. Także pozostałe wskazane w wykazie inwestycje zrealizowane przez Odwołującego POLCOURT potwierdzają spełnianie przez niego omawianego warunku udziału w postępowaniu.

V. Bezpodstawnym jest zarzut, że zaoferowana przez Odwołującego POLCOURT nawierzchnia poliuretanowa nie spełnia wymogów Zamawiającego (patrz: parametr różnicy między współczynnikami tarcia). Parametry tarcia charakteryzujące zaoferowaną przez Odwołującego POLCOURT nawierzchnię znacznie przewyższają wymagania Zamawiającego. Stąd należy uznać, że oferta Odwołującego POLCOURT jest zgodna z treścią specyfikacji.

VI. Z oświadczenia producenta przedstawionego przez Odwołującego POLCOURT w trakcie przedmiotowego postępowania wyraźnie wynika, że zaoferowana przez Odwołującego POLCOURT trawa posiada wymagany przez Zamawiającego rodzaj włókna. Stąd należy uznać, że oferta Odwołującego POLCOURT jest zgodna z treścią specyfikacji.

VII. Bezpodstawnym jest zarzut, że Odwołujący POLCOURT nie załączył atestu PZH dla oferowanej trawy. Atest ten został uzupełniony przez Odwołującego POLCOURT w trakcie przedmiotowego postępowania. Uzupełniony atest dotyczy oferowanej trawy.

VIII. Udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, o której mowa w ustawie z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, Nr 249, poz. 2104 oraz z 2006 r. Nr 79, poz. 551).

IX. Zamawiający powinien rozważyć konieczność unieważnienia postępowania mając na uwadze kiedy będzie mógł ostatecznie udzielić przedmiotowego zamówienia (zawrzeć umowę), w kontekście określonego sztywno w specyfikacji terminu realizacji zamówienia,

który nie może na obecnym etapie ulec zmianie i może być obiektywnie niemożliwy do spełnienia przez wykonawcę.

06.08.2008 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

07.08.2008 r. wykonawca MASTER sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin, przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.

Przystępujący stwierdził, że Odwołujący POLCOURT nie wykazał, że spełnienia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący POLCOURT nie wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, wykonał co najmniej 2 boiska sportowe z trawy syntetycznej piłkarskiej z wypełnieniem piaskowo-gumowym o powierzchni min. 7000 m² każde wraz z podbudową i drenażem oraz 3 poliuretanowe bieżnie okólne 400-metrowe (min. 4 tory) każda wraz z podbudową i odwodnieniem. Dlatego, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp – wobec braku spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca został wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą. Jednocześnie nawet pomijając ww. braki oferta Protestującego była niezgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w specyfikacji, co również przemawia za jej odrzuceniem.

Odnosząc się zaś do zarzutów typowo proceduralnych wskazać trzeba, iż protest MASTERS Sp. z o.o. dotyczący odrzucenia złożonej oferty został wniesiony w dniu 16.06.2008 r. Do powyższego protestu po stronie Zamawiającego przyłączył się Odwołujący POLCOURT. W dniu 26.06.2008 r. a zatem przed upływem 10 dniowego terminu na rozstrzygnięcie protestu Zamawiający uwzględnił protest wniesiony przez wykonawców i postanowił dokonać ponownej oceny ofert.

W konsekwencji Zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania (Zamawiający cofnął oświadczenie o unieważnieniu postępowania). Rozstrzygnięcie to zostało przesłane 26.06.2008 r. do MASTERS Sp. z o.o. jak i do Odwołującego POLCOURT S.A. Jednocześnie, zgodnie z uzyskaną informacją, powyższe rozstrzygnięcie zostało przesłane do MASTERS Sp. z o.o. i Odwołującego POLCOURT S.A. pocztą. W konsekwencji nawet, jeśli Odwołujący POLCOURT S.A. nie potwierdził otrzymania faksu z dnia 26.06.2008 r. to z pewnością otrzymał rozstrzygnięcie protestu drogą pocztową. Dlatego też 5 dniowy termin do wniesienia odwołania biegł od chwili doręczenia rozstrzygnięcia protestu. Powyższe wynika ze stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w uchwale z dnia 6.07.2005 r. sygn. akt, III CZP 4 1/05, OSNC 2006/6/96. Zgodnie z nim wskazany w art. 184 ust. 2 Pzp dowód doręczenia rozstrzygnięcia protestu

jako określający początek biegu pięciodniowego terminu do wniesienia odwołania od oddalenia lub odrzucenia protestu odnosi się także do sytuacji, w której protest został rozstrzygnięty w terminie z art. 183 ust. 1 Pzp, jednak doręczenie rozstrzygnięcia nastąpiło po jego upływie.

Tymczasem Odwołujący POLCOURT S.A. nie wniósł odwołania od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez MASTERS Sp. z o.o. w dniu 16.06.2008 r. W konsekwencji Protestujący nie może obecnie protestować na czynności Zamawiającego dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 16.06.2008 r. Zgodnie bowiem z art. 181 ust. 6 Pzp Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Dlatego protest w tym zakresie jako niedopuszczalny winien zostać odrzucony na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp.

Niezasadne są również zarzuty co do rzekomego dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wniesionego w dniu 16.06.2008 r. przez Odwołującego POLCOURT. Otóż Odwołujący POLCOURT sam w proteście przyznał, iż nie spełniał określonych wymagań Zamawiającego zarówno co do wiedzy i doświadczenia jak i oferowanych nawierzchni, to winien stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp zostać wezwany do uzupełnienia złożonej oferty. W konsekwencji uwzględnienie wniesionego protestu doprowadziło jedynie do tego, że Odwołujący POLCOURT został wezwany do uzupełnienia złożonej oferty. Pomimo jednak tego w dalszym ciągu nie wylegitymował się konieczną wiedzą i doświadczeniem jak i złożona oferta nie spełniała wymagań Zamawiającego.

16.08.2008 r. (pierwszy dzień po dniu ustawowo wolnym od pracy) upłynął termin na rozstrzygnięcie protestu z 05.08.2008 r. i Zamawiający oddalił protest przez niedokonanie rozstrzygnięcia tego protestu w terminie.

21.08.2008 r. Odwołujący POLCOURT wniósł odwołanie od oddalenia protestu wniesionego 05.08.2008 r. (brak rozstrzygnięcia protestu w terminie 10 dni).

Odwołujący POLCOURT podtrzymuje zarzuty postawione w poprzedzającym odwołanie proteście. Podstawą niniejszego odwołania (a wcześniej protestu) jest naruszenie przez Zamawiającego postanowień:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp – przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp – przez wykluczenie Odwołującego POLCOURT z przedmiotowego postępowania;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez uznanie, że treść oferty Odwołującego POLCOURT nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i odrzucenie jego oferty;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp – przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert;
- 5) art. 183 ust. 5 Pzp – dokonanie czynności niezgodne z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez MASTERS Sp. z o.o.;
- 2) unieważnienia czynności polegających na wykluczeniu Odwołującego POLCOURT z przedmiotowego postępowania i odrzuceniu jego oferty;
- 3) powtórzenia czynności oceny i badania ofert;
- 4) wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego POLCOURT;
- 5) *Odwołujący POLCOURT wnosi ewentualnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co nie było wskazane w proteście.*

Okoliczności wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 30.07.2008 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Odwołującego POLCOURT oraz odrzuceniu jego oferty) były przedmiotem wniesionego przez Odwołującego POLCOURT protestu z 16.06.2008 r. Protest ten został uwzględniony przez Zamawiającego w całości. Wskazane w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego dokonane zostały niezgodne z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z 16.06.2008 r.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Wykonawcy MASTERS Sp. z o.o. Wykonawca MASTERS Sp. z o.o. wniósł na tę czynność protest, a Odwołujący POLCOURT przystąpił do postępowania toczącego się wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego. Odwołujący POLCOURT nigdy nie otrzymał rozstrzygnięcia tego protestu, w świetle powyższego uznał, że został on oddalony, a oferta Wykonawcy MASTERS Sp. z o.o. została prawomocnie odrzucona. Oferta ta w sposób oczywisty podlega bowiem odrzuceniu i nie może być mowy o oczywistej omyłce pisarskiej.

Bezpodstawnym jest zarzut, że Odwołujący POLCOURT nie wykazał, iż wykonał odpowiednią liczbę robót polegających na budowie poliuretanowych bieżni z podbudową i odwodnieniem. Z treści oferty i jej uzupełnienia z dnia 22.07.2008 r. bezspornie wynika,

że Odwołujący POLCOURT wykonał większą liczbę takich robót niż żądane przez Zamawiającego minimum (3 bieżnie). Nie można podzielić argumentów Zamawiającego, według których nie może uznać robót wskazanych w wykazie z dnia 22.07.2008 r. W szczególności wystarczy wskazać na inwestycję na stadionie Resovii i dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie tych robót. Także zupełnie niezrozumiałe jest nieuwzględnienie przez Zamawiającego inwestycji w Szprotawie. Z wykazu wynika bezspornie, że inwestycja ta spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego, a z referencji wynika, że roboty te zostały wykonane należyście. Także pozostałe wskazane w wykazie inwestycje zrealizowane przez Odwołującego POLCOURT potwierdzają spełnianie przez niego omawianego warunku udziału w postępowaniu.

Bezpodstawnym jest zarzut, że zaoferowana przez Odwołującego POLCOURT nawierzchnia poliuretanowa nie spełnia jego wymogów (patrz: parametr różnicy między współczynnikami tarcia). Parametry tarcia charakteryzujące zaoferowaną przez Odwołującego POLCOURT nawierzchnię znacznie przewyższają wymagania Zamawiającego. Stąd należy uznać, że oferta Odwołującego POLCOURT jest zgodna z treścią specyfikacji.

Z oświadczenia producenta przedstawionego przez Odwołującego POLCOURT w trakcie przedmiotowego postępowania wyraźnie wynika, że zaoferowana przez Odwołującego POLCOURT trawa posiada wymagany przez Zamawiającego rodzaj włókna. Stąd należy uznać, że oferta Odwołującego POLCOURT jest zgodna z treścią specyfikacji.

Bezpodstawnym jest zarzut, że Odwołujący POLCOURT nie załączył atestu PZH dla oferowanej trawy. Atest ten został uzupełniony przez Odwołującego POLCOURT w trakcie przedmiotowego postępowania. Oczywistym jest, że uzupełniony atest dotyczy oferowanej trawy.

Ponadto Odwołujący zwraca uwagę na konieczność unieważnienia postępowania mając na uwadze termin realizacji zamówienia, który nie może na obecnym etapie ulec zmianie i jest obiektywnie niemożliwy do spełnienia przez ostatecznie wybranego wykonawcę.

01.09.2008 r. Wykonawca MASTERS Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wykazując swój interes prawny w przystąpieniu oraz wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania wszczętego na skutek wniesienia protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania, a w tym ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia

protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz z wyjaśnień stron, a także dopuściła dowody z dokumentów złożonych przez Zamawiającego i Odwołującego w trakcie rozprawy. Krajowa Izba Odwoławcza w granicach postępowania dowodowego dopuściła następujące dokumenty i oznaczyła je numerami od 1 do 6, złożone jako dowody w sprawie:

- 1) „Porównanie przekrojów trawy syntetycznej” – złożony przez Odwołującego;
- 2) oświadczenie o cechach trawy Ligaturf 260 (16/4) – złożony przez Odwołującego;
- 3) karta techniczna nawierzchni TETRAPUR ENZ odmiana II z oferty Odwołującego – złożony przez Zamawiającego;
- 4) informacja z Urzędu Miejskiego w Szprotawie dotycząca zakresu robót wykonywanych przez Odwołującego w Szprotawie – złożony przez Zamawiającego;
- 5) informacja z badań laboratoryjnych przeprowadzonych w ITB na próbce trawy Ligaturf 260 16/4 – złożony przez Zamawiającego;
- 6) Informacja producenta o cechach traw Polytan Liga Turf i Liga Turf RS+ – złożony przez Zamawiającego.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza ostatecznie ustaliła brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie samej specyfikacji zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego oraz na podstawie trzech pism z 21.05.2008 r. wystosowanych przez Zamawiającego do wykonawców przed terminem składania ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący wnosząc odwołanie posiada interes prawny, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, występuje możliwość, aby oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Biorąc to pod uwagę, w przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, działanie Zamawiającego zagroziło interesowi prawnemu Odwołującego i mógł on doznać uszczerbku w swoim interesie co najmniej przez utratę planowanych korzyści z uzyskania zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania na podstawie tego, że – jak stwierdza Odwołujący – wyznaczony przez Zamawiającego termin wykonania przedmiotu zamówienia jest niemożliwy do realizacji. Na podstawie art. 140 ust. 2 Pzp strony mogą dokonać zmiany sposobu spełnienia świadczenia przed zawarciem umowy. Zmiany sposobu spełnienia świadczenia w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia w badanym postępowaniu nie są niedopuszczalne w świetle art. 140 ust. 2 zdanie 2 Pzp, gdyż Zamawiający nie oceniał ofert na podstawie zaferowanego terminu wykonania przedmiotu zamówienia.

Ponadto wniosek o unieważnienie postępowania został wysunięty dopiero w odwołaniu, a więc musi zostać odrzucony przez Krajową Izbę Odwoławczą, gdyż nie był poprzedzony w tym zakresie protestem – art. 184 ust. 4 pkt 2 Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia dyscypliny finansów publicznych i ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Nr z 2005 r. Nr 14, poz.114, Nr 249, poz. 2104 oraz z 2006 r. Nr 79, poz. 551) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut ten nie mieści się w kognicji Izby, co wynika z art. 179 ust. 1 Pzp, dlatego Izba nie mogła rozpatrywać i nie rozpatrywała odwołania w tym zakresie.

Również Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła zarzut, że Zamawiający nie poinformował Odwołującego o czynnościach prowadzonych z drugim z wykonawców przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Odwołujący nie wniósł we właściwym terminie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Wykonawcę MASTERS Sp. z o.o. Dlatego Odwołujący nie był uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Wykonawcę MASTERS Sp. z o.o. Zamawiający nie ma obowiązku przekazywania informacji o rozstrzygnięciu protestu podmiotom innym niż protestujący i przystępujący, co wynika z art. 183 ust. 4 Pzp. Natomiast Zamawiający powiadomił Odwołującego we właściwym terminie o powtórzeniu i dokonaniu czynności, które były przedmiotem protestów – art. 183 ust. 5 i 6 Pzp.

Odnosnie zarzutu dokonania przez Zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki w ofercie Wykonawcy MASTERS Sp. z o.o.:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp Zamawiający ma obowiązek poprawiać w treści oferty oczywiste omyłki pisarskie. Natomiast zakres oczywistych pomyłek pisarskich nie został przez ustawodawcę zdefiniowany, dlatego zakres ten musi wyznaczać każdorazowo samodzielnie zamawiający, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności konkretnej sprawy. Odwołujący nie wykazał, że uznany przez Zamawiającego zakres poprawienia oczywistej omyłki jest niewłaściwy.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza oddała zarzut niewłaściwego dokonania przez Zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki w ofercie Wykonawcy MASTERS Sp. z o.o.

Odnosnie zarzutu niewłaściwego wykluczenia Odwołującego, mimo że wykazał się on odpowiednim doświadczeniem przedstawiając właściwe dokumenty:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący POLCOURT wykazał wykonanie 2 – zamiast wymaganych 3 bieżni na minimum 4 tory z podbudową i odwodnieniem. Z referencji dotyczących stadionu w Szprotawie nie wynika, że wykonawca wykonał podbudowę i odwodnienie. Ponadto z dowodu nr 4 przedstawionego przez Zamawiającego

„Informacja z Urzędu Miejskiego w Szprotawie dotycząca zakresu robót wykonywanych przez Odwołującego w Szprotawie” wynika, że zakres robót wykonywanych na tym obiekcie przez Odwołującego nie obejmował odwodnienia i podbudowy, a tego wymagał Zamawiający w rozdz. VII ust. 1 pkt 6 str. 4 specyfikacji cyt. „Wykaz wykonanych w ciągu 5 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania [...] robót budowlanych [...] min. 3 poliuretanowych bieżni okólnych 400-metrowych (min. 4 tory) każda wraz z podbudową i drenażem”. Dlatego Zamawiający nie mógł zaliczyć tych robót jako robót spełniających warunek Zamawiającego. Również dokument ze Szkoły Podstawowej nr 22 w Płocku nie jest opatrzony datą, a zakres zadania wskazuje, że bieżnia nie jest bieżnią 400 metrową. Dodatkowo kolejne referencje dotyczą innego okresu niż wymagany w specyfikacji. Z referencji w Kleszczowie nie wynika, że wykonania bieżnia jest bieżnią 4 torową. Dlatego Zamawiający zasadnie stwierdził, że Odwołujący POLCOURT wykazał się zrealizowaniem tylko 2, zamiast 3 bieżni okólnych 400-metrowych (min. 4 tory) każda wraz z podbudową i odwodnieniem, a z dokumentów dostarczonych w ramach uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, nie wynika należyte wykonanie trzeciej bieżni w wymaganym zakresie. Dokumenty ze stadionu Resovii nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia. W dokumentach tych brak jest stwierdzenia, że roboty zostały wykonane należyście, a to wymaganie – aby z dokumentów wynikało, że roboty zostały wykonane należyście – jest wymaganiem obligatoryjnym ze względu na treść § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Należy również wziąć pod uwagę, że z załączonych przez Odwołującego dokumentów wystawionych przez PZLA nie wynika, że roboty zostały wykonane należyście, zresztą inny podmiot niż zleceniodawca robót nie jest uprawniony do wyrażania takich stwierdzeń. Natomiast dokumenty ze stadionu w Szprotawie nie potwierdzają wymaganego zakresu robót. Dodatkowo dokumenty z obiektu Szkoły Podstawowej nr 22 w Płocku nie zostały opatrzone datą, z czego można byłoby wnioskować, że robota ta była wykonana w okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania oraz z dokumentów wynika, że bieżnia nie ma 400 m długości, a także że Odwołujący POLCOURT wykonał tam podbudowę i Zamawiający musiał wziąć pod uwagę fakt, że referencji nie wystawił zamawiający Miasto Płock, ale firma MISTMAR Sp.j. Czwarta z wykazanych prac obejmuje inny termin wykonania zamówienia niż wymagany w specyfikacji. Z referencji w piątej pozycji nie wynika, że wykonana bieżnia jest 4 torowa. Pozycje szósta i siódma zostały zaliczone przez Zamawiającego już na podstawie dokumentów złożonych w ofercie. Ponadto referencje nie zawarte w wykazie z 22.07.2008 r., a załączona do tego pisma dotyczy boiska do hokeja na trawie realizowanego w latach 1998-1999.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza oddała zarzut niewłaściwego wykluczenia Odwołującego gdyż, nie wykazał się on odpowiednim doświadczeniem w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na inaczej obliczoną różnicę współczynnika tarcia kinetycznego między nawierzchnią suchą i mokrą:

Zamawiający żądał w części IV specyfikacji, a w szczególności podkreślił to w wyjaśnieniach do specyfikacji z 21.05.2008 r., znak L.Dz.591/2008, że maksymalna wartość różnicy między współczynnikami tarcia suchy/mokry nie może się różnić o więcej niż 0,05. Natomiast Odwołujący zaoferował – dowód nr 3 złożony przez Zamawiającego „Karta techniczna nawierzchni TETRAPUR ENZ odmiana II z oferty Odwołującego” (str. 78 oferty Odwołującego) – nawierzchnię, której współczynnik tarcia kinetycznego w stanie suchym jest większy lub równy 0,50, a w stanie mokrym jest większy lub równy 0,30. Różnica między liczbami „większy lub równy 0,50” i „większy lub równy 0,30” może być większa niż 0,05. Dlatego należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał tak w dokumentach jak i na rozprawie, że różnica ta nie jest większa lub nie może być większa niż 0,05, jak tego wymagał Zamawiający.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza oddała zarzut niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na inaczej obliczoną różnicę współczynnika tarcia kinetycznego między nawierzchnią suchą i mokrą gdyż, Odwołujący nie wykazał, że różnica ta jest mniejsza niż stanowi o tym wymaganie Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na zaoferowanie innego włókna:

Zamawiający żądał w specyfikacji, co zostało uwypuklone w piśmie Zamawiającego z 21.05.2008 r., znak L.Dz.592/2008, aby zostało zaoferowane cyt. >>włókno proste, monofilowe o przekroju łukowatym (ewent. w kształcie litery „V”) wzmocnione wtopionym rdzeniem<<. Dlatego Zamawiający nie może brać pod uwagę zaoferowania innych włókien i musi ofertę z innymi rodzajami włókien odrzucić. W badanym postępowaniu stało się tak po sprawdzeniu włókien przez ITB, dowód nr 5 złożony przez Zamawiającego „informacja z badań laboratoryjnych przeprowadzonych w ITB na próbce trawy Ligaturf 260 16/4”, z którego wynika, że zaoferowana przez Odwołującego trawa nie posiada wzmocnienia w postaci wtopionego rdzenia. Taki sam wniosek należy wysnuć na podstawie dowodu nr 1 złożonego przez Odwołującego „Porównanie przekrojów trawy syntetycznej”, z którego wynika, że zaoferowane włókno jest wzmocnione w całym przekroju, natomiast nie jest wzmocnione rdzeniem, jak było to wymagane przez Zamawiającego. Ponadto Odwołujący nie wykazał wyższości zaoferowanego rozwiązania nad rozwiązaniem wymaganym, a tylko uczestnicy

rozprawy dowiedli, że zaoferowane rozwiązanie jest inne. Dlatego też Zamawiający, aby nie naruszać zasady równego traktowania wykonawców zawartej w art. 7 ust. 1 Pzp oraz przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest zobligowany odrzucić ofertę na inny produkt niż wymagany w specyfikacji.

Ponadto z porównania dowodu 2 „oświadczenie o cechach trawy Ligaturf 260 (16/4)” złożonego przez Odwołującego i dowodu 6 „Informacja producenta o cechach traw Polytan Liga Turf i Liga Turf RS+” złożonego przez Zamawiającego wynika, że zaoferowany przez Odwołującego przedmiot zamówienia nie posiada wymaganego wtopionego rdzenia we włókno trawy.

Odnośnie dopuszczenia przedmiotu zamówienia o innych parametrach czy cechach niż wymagane w specyfikacji, wykonawcy mogą składać żądania wyjaśnień specyfikacji, na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp, a nawet wnosić protesty, jak miało to miejsce w badanym postępowaniu, jednak w przedmiotowym zakresie, Odwołujący nie wykazał w terminie przed składaniem ofert żadnych wątpliwości dotyczących przedmiotu zamówienia w przedmiotowym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący zaoferował inny przedmiot niż wymagał tego Zamawiający. Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza oddała zarzut niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnośnie zarzutu niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na załączenie do oferty niewłaściwego atestu higienicznego PZH:

Zamawiający żądał w rozdz. VII ust. 1 pkt 11 lit. a tiret drugie załączenia do oferty atestu higienicznego PZH na okoliczność potwierdzenia jakości oferowanej sztucznej trawy i powierzchni poliuretanowej.

W stosunku do dokumentów załączonych do oferty Odwołującego Zamawiający miał wątpliwości czy spełniają warunek postawiony w specyfikacji i dlatego wystosował wezwanie, zgodne z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, aby Odwołujący złożył udokumentowane wyjaśnienie, którą trawę oferuje Odwołujący gdyż w ofercie znajdują się dokumenty:

- 1) atest higieniczny PZH na „Ligaturf 260 RS”;
- 2) sprawozdanie techniczne LABOSPORT na „Ligaturf 260 (16/4)”;
- 3) karta techniczna POLCOURT „Ligaturf 260 PPE”.

W odpowiedzi Odwołujący ponownie załączył atest higieniczny PZH, z którego nie można było wywieść jaką trawę oferuje Odwołujący, gdyż symbole wskazane w piśmie Odwołującego nie odpowiadały symbolom zawartym w atęcie. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że po wezwaniu do złożenia wyjaśnień lub do złożenia uzupełnień dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wykonawca musi zachować należyłą staranność i w pełni odpowiedzieć na oczekiwania zamawiającego. W tym przypadku powinien wyjaśnić

wszelkie, najdrobniejsze nawet różnice między symbolami zawartymi w ofercie, wyjaśnieniach i atęcie PZH. Odwołujący tego nie uczynił, co stało się przyczyną wysunięcia argumentu o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego. Należy stwierdzić, że Zamawiający nie mógł inaczej postąpić, gdyż wyjaśnienia nie rozwiewały wątpliwości co do oferowanego przedmiotu.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza oddała zarzut niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na załączenie do oferty niewłaściwego atestu higienicznego PZH, gdyż Odwołujący nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, w sposób jednoznaczny którą trawę oferuje.

Zatem, Zamawiający dokonał swoich czynności prawidłowo zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdza naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, przyznając Zamawiającemu koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w wysokości 3 600 zł według złożonej faktury, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Izba zalicza uzasadnione koszty uczestników postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy w maksymalnej wysokości 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*