

**WYROK**  
z dnia 21 lipca 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący:** **Piotr Kozłowski**

**Protokolant:** **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 lipca 2010 r. przez **KOSTRZEWA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-400 Mysłowice, ul. Rynek 8 i 9** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Gmina Miasto Krosno, 38-400 Krosno, ul. Lwowska 28a**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zbigniew Chmura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DOMIREX” Zbigniew Chmura, 43-190 Mikołów, ul. Żwirki i Wigury 56 (lider) oraz Dariusz Komar prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „DAWAR PLUS” Dariusz Komar, 62-002 Suchy Las, ul. Obornicka 37, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża KOSTRZEWA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-400 Mysłowice, ul. Rynek 8 i 9 i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczonego przez KOSTRZEWA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-400 Mysłowice, ul. Rynek 8 i 9.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie

**Sygn. akt KIO 1414/10**

7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Krosno – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na „budowę boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej przy ulicy Bursaki w Krośnie w ramach programu Euroboisko”.

2 lipca 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował Odwołującego – „KOSTRZEWA” spółkę z o.o. z Mysłowic o wynikach postępowania – odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DOMIREX” Zbigniew Chmura z Mikołowa (lider) oraz „DAWAR PLUS” Dariusz Komar z Suchego Lasu (zwane dalej „Konsorcjum”).

7 lipca 2010 r. (pismem z 5 lipca 2010 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu 6 lipca 2010 r. przekazał kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż przez podjęte czynności Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 7 ust. 1 a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt.2 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”).
3. Art. 91 ust. 1 poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Dokonanie ponownej oceny ofert.
2. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Zamawiający podał, że w ofercie nie zostały ujęte koszty związane z dowozem materiałów takich jak żwirku i gysu bazaltowego na budowę oraz brak udokumentowania wymaganej jakości żwirków, gdyż przedstawione dokumenty nie dotyczą żwirków, tylko kruszyw naturalnych bazaltowych. Zamawiający stwierdza, że „wykonawca nie udokumentował jakości żwirków, a ponadto dokonał zmiany materiałów filtracyjnych na niezgodne z projektem i z tego względu należy uznać ofertę za sprzeczną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.”

## Sygn. akt KIO 1414/10

Zamawiający w punkcie 4 SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu a w punkcie 4.5 postawił warunek, co do jakości zrealizowania przedmiotu zamówienia, ograniczając go tylko do nawierzchni sztucznej trawy oraz co jej wypełnienia, natomiast nie postawił żadnego wymogu, co do jakości żwirków. Zamawiający w s.i.w.z. nie żądał żadnych dokumentów, które miałyby potwierdzać jakość żwirków. W związku z takimi zapisami s.i.w.z. trudno jest się zgodzić, że Odwołujący nie udokumentował jakości żwirków skoro nie było takiego wymogu. Trudno się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że Odwołujący dokonał zmiany materiałów filtracyjnych na niezgodne z projektem, gdyż taki fakt nigdy nie miał miejsca a zastosowane materiały filtracyjne są zgodne z żądaniem Zamawiającego, o czym świadczą złożone w ofercie stosowne oświadczenia. Taką tezę potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która jasno wskazuje, że z treści oferty Odwołującego oraz z całokształtu zawartych w niej oświadczeń wynika zamiar wykonania zamówienia w sposób zgodny z wymogami specyfikacji. Dokonując badania i oceny ofert, zamawiający powinien brać pod uwagę; całość jej treść, uwzględnić okoliczności jej złożenia oraz badać zamiar strony, a nie opierać się wyłącznie na dosłownym jej brzmieniu (art. 65 Kodeksu cywilnego) - wyrok KIO z 23.01.2009 r.; KIO/UZP 16/09.

Cena ofertowa została przez nas wyliczona zgodnie ze sposobem obliczenia ceny podanym przez Zamawiającego w punkcie 10 s.i.w.z. Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej (s.i.w.z.) nie wskazał, że koszty dowozu mają być wyszczególnione w odrębnych pozycjach kosztorysu ofertowego. Niemniej jednak koszty dowozu na budowę wszystkich materiałów zostały ujęte w cenie ofertowej.

Ustawodawca wyposażył Zamawiającego w szereg uprawnień w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie oznacza to, iż Zamawiający nie jest w żaden sposób ograniczony i może ustanawiać wymagania oraz ocenę ofert w sposób dowolny i całkowicie uznaniowy. Powyższe postępowanie Zamawiającego doprowadziło również do naruszenia art. 7 ustawy a tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania oferentów.

Zamawiający przy ocenie oferty, czy doszło do naruszenia przepisów przez Odwołującego powinien się kierować wagą uchybienia oraz tym czy uchybienie mogło mieć wpływ na ocenę Zamawiającego w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów wynikających z s.i.w.z. Zamawiający swoim działaniem nie dołożył należytej staranności przy wyborze oferty najkorzystniejszej, co było następstwem wyboru oferty droższej o ponad 125.115,81 złotych od oferty Odwołującego.

Zamawiający nie wniósł przed rozprawą ustnie ani do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

## **Sygn. akt KIO 1414/10**

9 lipca 2010 r. (pismem z 7 lipca 2010 r.) Konsorcjum zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Konsorcjum podniosło w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia, iż Zamawiający zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy w sposób jednoznaczny i wyczerpujący określił przedmiot zamówienia i oczekuje, że zostanie on wykonany zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji i dokumentacji technicznej. Na podstawie cen poszczególnych pozycji kosztorysowych, pojawiły się wątpliwości Zamawiającego co do jakości zaoferowanych materiałów. W związku z tym, Zamawiający, zachowując zasadę równego traktowania Wykonawców, wezwał ich do złożenia wyjaśnień dotyczących tych pozycji kosztorysowych, których zbyt niska cena wzbudziła wątpliwości Zamawiającego. Wyjaśnienia złożone przez firmę „KOSTRZEWA” sp. z o.o. nie są przekonujące, ponieważ zakup i dostawa żwirków z cenę podaną w ofercie nie jest możliwa, tym bardziej, że Wykonawca ten korzysta dodatkowo z pośrednika („MULTISPORT” Karina Komornicka z Katowic), co powinno zwiększyć koszt zarówno zakupu jak i dostawy. Ponadto udokumentowanie przez tego Wykonawcę jakości żwirków budzi dodatkowe zastrzeżenia, gdyż przedłożone badania z Kopalni Bazaltu w Męcince dotyczą zupełnie innych surowców niż te, które zostały wycenione w ofercie. Badania dotyczą kruszyw skalnych łamanych, a nie żwirku. A zatem, nie można jednoznacznie określić jaki produkt został faktycznie wyceniony w ofercie spółki „KOSTRZEWA” oraz czy produkt ten odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska, natomiast Przystępujący, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawił się.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 30 kwietnia 2010 r. pod nr 121506-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.krosno.pl](http://www.krosno.pl)), na której udostępnił również s.i.w.z.

## Sygn. akt KIO 1414/10

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 2.241.810,33 zł, co stanowi równowartość 584.008,67 euro.

Odwołujący złożył drugą ofertę pod względem ceny, która zgodnie z postanowieniami pkt. 11 s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną został przez Zamawiającego wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 a jego oferta została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł między innymi następujące postanowienia.

W pkt. 2. *Opis przedmiotu zamówienia:*

„Przedmiot zamówienia obejmuje:

a) budowę pełnowymiarowego boiska do piłki nożnej o wymiarach 104 m x 54,0 m o pow. całkowitej 5616 m<sup>2</sup> (pole gry 100,0 x 50,0 m)

- nawierzchnia z trawy syntetycznej wys. 60 mm z zasypką z granulatu EPDM

- podbudowa z kruszywa łamanego przepuszczalna z drenażem”. /pkt 2.1. lit. a)/

„Szczegóły zakresu robót opisane są w załączonym projekcie budowlanym, wykonawczym, przedmiarze robót oraz w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych”. /pkt 2.1. *in fine*/

W pkt. 10. *Sposób obliczenia ceny:*

„Cena kształtowana jest szczegółowym kosztorysem ofertowym wypełnionym w układzie jak dostarczony przez Inwestora przedmiar robót z kosztorysem nakładczym, a zamówienie podlega rozliczeniu powykonawczemu w oparciu o rzeczywiste obmiary ilości robót wykonanych przemnożone przez odpowiadające im ceny jednostkowe zawarte w ofercie wykonawcy”. /pkt 10.1./

„Opisy poszczególnych pozycji przedmiaru robót nie mogą być traktowane jako ostatecznie definiujące wymagania dla danych robót. Nawet, jeżeli w przedmiarze tego nie podano, należy przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według:

- rozwiązań projektowych przyjętych w dokumentacji projektowej,

- specyfikacji technicznych i obowiązujących przepisów technicznych,

- wiedzy technicznej”. /pkt 10.1. ppkt 2)/

„W przypadku istotnego różnicowania cen jednostkowych w poszczególnych kosztorysach ofertowych, Zamawiający może żądać od wykonawców udokumentowania wysokości podanych cen jednostkowych. Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności kontraktu i nie będą ulegały zmianom”. /pkt 10.3. *in fine*/

## Sygn. akt KIO 1414/10

W załączniku nr 6 do s.i.w.z. *Przedmiar robót z kosztorysem nakładczym* w pkt. 2 *Płyta boiska* znajdują się między innymi pozycje z następującym opisem:

„Podłoże z materiałów sypkich, grubości 10 cm – PODSYPKA POD DRENAŻ – ŻWIREK FILTRACYJNY 4-8 mm – Z ZAGĘSZCZENIEM” /poz. 2.1.14/

„Podłoże z materiałów sypkich, grubości 20 cm – ZASYPKA DRENAŻU – ŻWIREK FILTRACYJNY 4-16 mm – Z ZAGĘSZCZENIEM” /poz. 2.1.16/

„Analogia: Podłoże z materiałów sypkich, grubości 25 cm – ZASYPKA POD DRENAŻ FRANCUSKI ŚR GR 150 cm (mnożnik:6) – ŻWIREK FILTRACYJNY 4-16 mm – Z ZAGĘSZCZENIEM warstwami co 25 cm” /poz. 2.1.17/

„Warstwy odsączające w korycie, zagęszczenie ręczne, grubość warstwy po zagęszczeniu 10 cm – ŻWIREK FILTRACYJNY 4-8 mm” /poz. 2.1.24/

„Analogia: Wypełnienie wierzchniej warstwy podbudowy GRYSEM BAZALTOWYM FRAKCJI 1-5 mm, rozscielenie ręczne z ZAGĘSZCZENIEM MECHANICZNYM, grubość warstwy po zagęszczeniu 5 cm” /poz. 2.1.31/

W załączniku nr 7 do s.i.w.z. (projekt budowlany) w pkt. 4.2.1. *Parametry techniczne - Boisko do piłki:*

„Charakterystyka podłoża. (...) W przypadku gdy podłoże stanowi grunt konieczne jest wykonanie warstwy nośnej i wyrównawczej z kruszywa o odpowiedniej granulacji oraz systemu odprowadzenia wody”. /pkt II zdanie drugie/

„Konstrukcja nawierzchni:

- trawa syntetyczna (...),
- warstwa wyrównawcza grys bazaltowy 4 cm,
- podbudowa zasadnicza z tłuczni kamionnego 5 cm,
- podbudowa pomocnicza z tłuczni kamionnego 15 cm,
- żwir 5 cm,
- geowłóknina,
- drenaż (...) w obsypce ze żwiru 2/8mm gr. 15 cm
- grunt rodzimy dogęszczony powierzchniowo (...)

Wody opadowe odprowadzane będą poprzez drenaż wgłębny do drenażu francuskiego” /pkt III/.

W załączniku nr 8 do s.i.w.z. (specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót) w ST 2.1.5 D.04.02.01 *Warstwy odsączające i odcinające.*

W pkt 2. *MATERIAŁY:*

## Sygn. akt KIO 1414/10

„Rodzaje materiałów. Materiałem stosowanym przy wykonywaniu warstw odsączających jest:

- żwir,
- geowłóknina,
- rurki drenarskie (...)" /pkt 2.2./

„Wymagania dla kruszywa. Żwir powinien spełniać wymagania normy PN-86/B-06712 dla marki 30 w zakresie cech fizycznych i chemicznych (...)" /pkt 2.3./

W pkt. 5 WYKONANIE ROBÓT:

„Wbudowanie i zagęszczanie kruszywa. Kruszywo powinno być rozkładane w warstwy o jednakowej grubości, przy użyciu równiarki (...). Grubość warstwy luźnego kruszywa powinna być taka, aby po jej zagęszczeniu osiągnięto grubość projektowaną.(...)" /pkt 5.3./

„Zasypanie rurociągu. Zasypanie rurociągu należy wykonać materiałem filtracyjnym (żwirem, piaskiem) zgodnie z dokumentacją projektową, SST lub wskazaniem inżyniera. Zasypanie powinno być wykonane w sposób nie powodujący uszkodzenia ułożonego rurociągu. Jeśli w dokumentacji projektowej nie określono inaczej, to po ułożeniu rurek należy wykonać obsypkę ze żwiru do wysokości 10 cm nad wierzchem rurki, zagęszczoną ubijakiem po obu stronach przewodu, a następnie układać warstwy materiału filtracyjnego (...), który należy lekko ubić w sposób nie powodujący uszkodzenia i przemieszczenia rurek". /pkt 5.7./

Odwołujący w złożonej ofercie oświadczył, iż oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym s.i.w.z. /pkt. 1 formularza oferty/ oraz sporządził kosztorys ofertowy według pozycji przedmiaru robót załączonego do s.i.w.z.

18 czerwca 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 pzp zwrócił się do Odwołującego między innymi o „potwierdzenie dostarczenia w cenie ofertowej niżej wymienionych materiałów oraz przedłożenie dokumentów potwierdzających ich jakość: 1) żwirku o uziarnieniu 2-8 mm; 2) żwirku o uziarnieniu 4-16 mm; 3) gysu bazaltowego o uziarnieniu 1-5 mm lub 2-5 mm. Udokumentowanie jakości powyższych materiałów należy przedstawić w postaci dokumentów zawierających charakterystyki uziarnienia oferowanych kruszyw oraz świadectw badań fizycznych i chemicznych potwierdzających zgodność oferowanych żwirków z wymaganiami PN EN 12620, a gysu bazaltowego wymaganiami PN EN 13043”.

Uzasadniając wezwanie Zamawiający wskazał, iż „podane (...) ceny niektórych materiałów, mających istotny wpływ na koszty realizacji przedmiotu umowy, są znacznie



## Sygn. akt KIO 1414/10

niższe od cen przyjętych przez większość wykonawców oraz – według rozeznania Zamawiającego – od realnych cen występujących na rynku. Budzi to wątpliwości Zamawiającego co do realności dostawy tych materiałów na plac budowy w przedstawionych

23 czerwca 2010 r. (pismem z 21 czerwca 2010 r.) Odwołujący przesłał pismo, w którym stwierdził między innymi: „w odpowiedzi odnośnie wymienionych poniżej materiałów, załączamy ofertę cenową: 1) żwirków o uziarnieniu 2-8 mm; 2) żwirków o uziarnieniu 4-16 mm; 3) grysu bazaltowego o uziarnieniu 2-5 mm.

Nadmieniamy, iż jako wieloletni odbiorca dużych ilości materiałów uzyskujemy duże upusty cenowe, co powoduje, iż kupujemy materiał w cenach konkurencyjnych. Dlatego ceny zawarte w ofercie, różnią się od cennika producenta kruszyw. Załączamy również ekspertyzę potwierdzającą jakość powyższych materiałów w postaci dokumentów zawierających charakterystyki uziarnienia oferowanych kruszyw oraz świadectw badań fizycznych i chemicznych potwierdzające zgodność oferowanych żwirków z wymaganiami PN/EN 12620, a grysu bazaltowego z wymaganiami PN/EN 13043.

Stwierdzenie, iż w kosztorysie ofertowym występują różnice cenowe w ofertach różnych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, iż nasza oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Do pisma odwołujący załączył w tym zakresie następujące dokumenty:

*Ofertę cenową nr: 18* dostawcy MULTISPORT Karina Komornicka z Katowic dla Odwołującego jako nabywcy, w której wyszczególniono następujące ceny jednostkowe netto za m<sup>3</sup>: dla żwirku 2-8 mm – 49,00 zł; dla żwirku 4-16 – 49 zł, dla grysu bazaltowego 2-5 mm – 50,00 zł.

Ekspertyzę Nr 12413/MG *Badania kruszywa KSS Złotoryja* sporządzoną przez Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego z Warszawy dotyczącą badań właściwości kruszywa z Kopalni Surowców Skalnych w Złotoryi, zawierającą między innymi tablice zawoerające parametry fizyko-chemiczne badanego kruszywa zatytułowane w następujący sposób:

- *Tablica nr 9 Wyniki badań kruszywa naturalnego 2/5 bazalt Męcinka;*
- *Tablica nr 13 Wyniki badań kruszywa naturalnego 2/8 bazalt Męcinka;*
- *Tablica nr 14 Wyniki badań kruszywa naturalnego 8/16 bazalt Męcinka.*

Certyfikat Zakładowej Kontroli Produkcji 1454-CPD -085-2 wystawiony przez Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego z Warszawy, stwierdzający, że „wyroby budowlane:

## Sygn. akt KIO 1414/10

Kruszywa do betonu, zaprawy i zaczynu scharakteryzowane według PN-EN 12620:2008 w asortymentach: 2/8; 8/16; 16/22,4 przeznaczone do stosowania: w budynkach, drogach i innych obiektach budowlanych

Kruszywa do mieszanek bitumicznych i nawierzchni scharakteryzowane według PN-EN 13043:2004 w asortymentach: 0/2; 0/4; 0/31,5; 0/63; 2/5,6; 5,6/8; 8/11,2; 8/12,5; 11,2/16 przeznaczone do stosowania w drogownictwie i innych robotach inżynierskich i wytwarzane przez producenta: KOPALNIE SUROWCÓW SKALNYCH S.A. (...) w zakładzie, w miejscowości: Kopalnia Bazaltu „Męcinka” (...) są poddane przez producenta wstępnym badaniom typu wyrobów i zakładowej kontroli produkcji, a notyfikowana jednostka Ośrodek Certyfikacji Instytutu Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego przeprowadziła wstępną inspekcję zakładu produkcyjnego i zakładowej kontroli produkcji, zapewniła ciągły nadzór, dokonała oceny i zatwierdziła zakładową kontrolę produkcji. Niniejszy certyfikat zaświadcza, że zostały spełnione wszystkie postanowienia dotyczące oceny zgodności zakładowej kontroli produkcji opisane w Załączniku ZA normy PN-EN 12620:2008, PN-EN 13043:2004 i gdzie to miało zastosowanie, zgodnie z ustanowionymi procedurami”.

2 lipca 2010 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada s.i.w.z. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał między innymi:

„Wykonawca składając wyjaśnienia przedstawił ofertę cenowa dostawcy „MULTISPORT” Karina Komarnicka z siedzibą w Katowicach(...), potwierdzającą sprzedaż żwirków i gysu bazaltowego w przyjętych w kosztorysie ofertowym cenach. Jednakże z oferty tej nie wynika, że ceny zawierają koszt dostawy tych materiałów na budowę w Krośnie. (...) W tym przypadku, skoro wykonawca zamierza zaopatrywać się w materiał u dostawcy z Katowic, bądź jak to wynika z przedstawionych dokumentów w Kopalni Surowców Skalnych S.A. w Złotorzy, przy przedstawionej w kosztorysie ofertowym cenie uwzględniającej koszty zaopatrzenia tych materiałów oznaczać by to musiało, że wykonawca otrzyma ten materiał za darmo.(...) Zatem, nawet uwzględniając znaczne upusty cenowe, nie ma możliwości dostawy żwirków loco budowa w cenie 49 zł za 1 m<sup>3</sup>, jak to utrzymuje wykonawca. Jego wyjaśnienia należy uznać zatem za niewiarygodne.

Ponadto dla udokumentowania wymaganej jakości żwirków wykonawca przedłożył świadectwa badań kruszyw naturalnych bazaltowych z Kopalni Bazaltu w Męcince – oddziału Kopalni Surowców Skalnych S.A. w Złotorzy. Tymczasem przedłożone dokumenty nie dotyczą żwirków, tylko kruszyw skalnych łamanych, co nie odpowiada wymaganiom dokumentacji projektowej ani specyfikacji technicznej, wchodzących w skład dokumentacji projektowej. Należy podkreślić, że wykonawca samowolnie dokonał zmiany tych materiałów,

## **Sygn. akt KIO 1414/10**

na co Zamawiający nie może wyrazić zgody, gdyż kruszywo łamane, jako materiał o ostrych krawędziach może w trakcie zagęszczania warstwy filtracyjnej uszkodzić delikatną geomembranę i cienkościennie rurki drenarskie. Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykonawca nie udokumentował jakości żwirków, a ponadto dokonał zmiany materiałów filtracyjnych na niezgodne z projektem (...)

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania lub przekazanej Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, wezwania do wyjaśnień i udzielonej odpowiedzi, oferty Odwołującego oraz na podstawie innych przywołanych pism i dokumentów.

**Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczenia i stanowiska Stron złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 30 kwietnia 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc tym samym szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem, gdyż złożył tańszą ofertę niż Konsorcjum wybrane przez Zamawiającego, a cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert, zatem uwzględnienie odwołania otworzyłoby mu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie.

Żadna ze stron nie kwestionowała interesu Konsorcjum w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i zachowując wymóg przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na to, iż treść jego oferty nie odpowiada treści s.i.w.z.

Izba zważyła następujące okoliczności. Bezsporne jest między Stronami, iż Zamawiający w s.i.w.z., w szczególności w pkt. 4.5 wymagał potwierdzenia w ofercie za pomocą tzw. dokumentów przedmiotowych potwierdzenia spełniania wymaganych parametrów przedmiotu zamówienia wyłącznie w stosunku do trawy syntetycznej oraz granulatu EPDM i piasku kwarcowego do jej wypełnienia. Natomiast s.i.w.z. nie wymagała potwierdzania za pomocą odrębnych dokumentów jakości kruszywa (grysu bazaltowego, żwiru, nazywanego w przedmiarach robót „żwirkiem filtracyjnym”) wchodzącego w skład warstw boiska znajdujących się poniżej warstwy trawy syntetycznej. Jednak Zamawiający z uwagi na wykazane w kosztorysie ofertowym niskie ceny jednostkowe grysu bazaltowego 1/5 mm i żwirku filtracyjnego (2/8 mm i 4/16 mm) powziął następujące wątpliwości: po pierwsze – co do wliczenia w cenę dostarczenia tych materiałów na plac budowy, po drugie – co do jakości tych materiałów. W związku z powziętymi wątpliwościami wezwał Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 pzp do wyjaśnień, precyzując, iż mają one polegać na potwierdzeniu, iż dostarczenie tych trzech rodzajów materiałów mieści się w cenie oferty oraz na przedłożeniu potwierdzających ich jakość dokumentów, przy czym określił, iż dokumenty te mają zawierać charakterystyki uziarnienia kruszyw oraz potwierdzać zgodność oferowanych kruszyw pod względem fizyko-chemicznym z wymaganiami polskich norm: żwirków z PN-EN 12620, a grysu bazaltowego z PN-EN 13043 (pkt. IV pisma Zamawiającego z 18 czerwca 2010 r.). W odpowiedzi Odwołujący złożył, po pierwsze – wyjaśnienie, wraz z załączoną ofertą cenową, po drugie – ekspertyzę na potwierdzenie jakości oferowanych materiałów (pkt. IV pisma Odwołującego 18 czerwca 2010 r.) W pierwszym przypadku Odwołujący wykroczył nawet poza oczekiwania Zamawiającego, gdyż oprócz wyjaśnienia, iż jako wieloletni odbiorca dużych ilości uzyskuje wysokie upusty, złożył z własnej inicjatywy dodatkowy dokument – ofertę cenową od swojego poddostawcy tych materiałów. W drugim przypadku, z treści odpowiedzi wynika, iż Odwołujący złożył dokument, który w jego intencji ma potwierdzać jakość oferowanych materiałów dokładnie w takim zakresie jaki wymagał Zamawiający w piśmie wzywającym do wyjaśnień.

## Sygn. akt KIO 1414/10

Spór między stronami sprowadza się do dwóch kwestii, po pierwsze – czy złożone dokumenty potwierdzają jakość oferowanych materiałów, po drugie – czy Zamawiający może wyciągać negatywne konsekwencje na podstawie dokumentów niewymaganych w s.i.w.z., w stosunku do wykonawcy, który w ofercie oświadczył, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami s.i.w.z.

Oдноśnie drugiej kwestii, w ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie należy udzielić odpowiedzi pozytywnej. Co prawda zasadą jest, iż w trybie art. 87 ust. 1 pzp Zamawiający może domagać się wyłącznie wyjaśnień dotyczących treści oferty, natomiast jedyną podstawą żądania dokumentów jest przepis art. 26 ust. 3 pzp, który z kolei pozwala Zamawiającemu żądać wyłącznie uzupełnienia dokumentów, które były wymagane w s.i.w.z. Izba podziela również pogląd, iż niedopuszczalne jest odrzucenie oferty wykonawcy, który odmówiłby złożenia takich dodatkowych, wykraczających poza s.i.w.z. dokumentów, gdyż w takim przypadku zamawiający musi w dobrej wierze przyjąć oświadczenie wykonawcy, iż wykona przedmiot zamówienia zgodnie z wszystkimi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W razie jednak dobrowolnego złożenia przez wykonawcę takich dokumentów, ponosi on odpowiedzialność za to czy takie złożone w postępowaniu dodatkowe dokumenty potwierdzają treść oferty, jeżeli złożył je w celu potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia zawartymi w s.i.w.z. Izba zważyła, iż Odwołujący zdecydował się uczynić zadość wezwaniu Zamawiającego do złożenia dodatkowych dokumentów i oświadczył, iż potwierdzają one jakość grysłu bazaltowego i żwirku, wobec czego uznać należy, iż zgodził się na to, by jego oferta była oceniana z ich uwzględnieniem. W ocenie Izby, dokumenty te nie tyle zmieniły treść oferty, co byłoby niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert, lecz wskazały jakie materiały zaoferował w odpowiednich pozycjach kosztorysu ofertowego dotyczących żwirków filtracyjnych i grysłu bazaltowego.

Natomiast oдноśnie pierwszej kwestii – zdaniem Izby, z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika, iż zaoferował on materiały nieodpowiednie do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z s.i.w.z., w szczególności stanowiącymi jej integralną część przedmiarem robót, dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Złożona przez Odwołującego ekspertyza i certyfikat dotyczą wyłącznie kruszywa skalnego – bazaltu pochodzącego z kopalni bazaltu w Męcince. Ekspertyza potwierdza posiadanie przez ten materiał w trzech rozmiarach: 2/5 mm (Tablica 9 ekspertyzy), 2/8 mm (Tablica 13) i 8/16 (Tablica 14) odpowiednich parametrów fizykochemicznych wynikających z Polskich Norm. Natomiast z s.i.w.z. (przedmiaru robót i dokumentacji projektowej) wynika, iż do podbudowy płyty boiska ma być użyty grysłu bazaltowy w rozmiarze 2/5 mm tylko jako warstwa wyrównawcza natomiast do warstw

## Sygn. akt KIO 1414/10

filtracyjnych ma być użyty żwir w rozmiarze 2/8 mm i 4/16 mm (żwirek filtracyjny). Bazalt jest skałą lity pochodzenia wulkanicznego, z której można uzyskać kruszywo łamane w postaci gysu. Choć według niektórych podziałów (np. w zastąpionej już inną Polskiej Normie PN-87 *Kruszywa skalne*) grys jest tak jak żwir kruszywem naturalnym, to należy on jednak do kruszyw łamanych, wykorzystywanych w budynkach, drogach i innych obiektach budowlanych do betonu, zaprawy i zaczynu lub w drogownictwie i innych robotach inżynierskich do mieszanek bitumicznych i nawierzchni. Z kolei żwir to kruszywo naturalne przeważnie uzyskane ze skał osadowych, który również może być wykorzystywany jako składnik betonów oraz jako materiał do podbudowy dróg, wsad do mas bitumicznych oraz nawierzchni. Jednak spośród tych materiałów tylko żwir naturalny może być użyty jako materiał filtracyjny. Tymczasem na rozprawie Odwołujący podtrzymał, iż tablica 13 i 14 zatytułowane *Wyniki badań kruszywa naturalnego (...) bazalt Męcinka* obejmują również żwir wymagany przez Zamawiającego, opierając to wyłącznie na tym, że bazalt jest tak jak żwir kruszywem naturalnym. Wobec powyższego, w ocenie Izby, Odwołujący potwierdził w ten sposób, iż zaoferował wykonanie warstw filtracyjnych podbudowy boiska z innego materiału niż wymagany przez Zamawiającego, to jest z gysu bazaltowego zamiast żwiru. Niezgodność ta ma istotne znaczenie, gdyż Izba dała wiarę Zamawiającemu, iż nie da się wykonać prawidłowo warstwy filtracyjnej, zawierającej również delikatną geowłókninę i plastikowe rurki drenarskie, z mającego ostre krawędzie kruszywa łamanego, które mogłyby je uszkodzić czyniąc warstwę filtracyjną, a tym samym całą nawierzchnię boiska bezużyteczną.

Izba pozostawiła natomiast bez rozpoznania zarzut dotyczący wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 pzp) , z uwagi na przepis art. 180 ust. 2 ustawy pzp, z którego wynika, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp (poniżej tzw. progów unijnych), Odwołujący nie ma uprawnienia do ich podnoszenia, gdyż nie są to czynności podlegające zaskarżeniu w przedmiotowym postępowaniu, którego wartość zamówienia mieści się poniżej tzw. progów unijnych.

Mając powyższe na uwadze, Izba działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 3 pkt 1

**Sygn. akt KIO 1414/10**

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).

**Przewodniczący:**

.....