

Sygn. akt KIO/2266/10
KIO/2267/10

WYROK
z dnia 29 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Członkowie: Małgorzata Rakowska
Honorata Łopianowska
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2010 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Masters S.A., 70-383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21,

B. POLCOURT S.A., 01-633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Dąbrowa Górnicza - Urząd Miejski, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21,**

przy udziale wykonawcy **POLCOURT S.A., 01-633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2266/10.

orzeka:

1. uwzględnia odwołania: A i B oraz nakazuje powtórzenie czynności i badania ofert z uwzględnieniem ofert złożonych przez wykonawców: Masters S.A., 70-383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21, POLCOURT S.A., 01-633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Dąbrowa Górnicza - Urząd Miejski, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Masters S.A., 70-383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21;**
 - B** koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POLCOURT S.A., 01-633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **27 385 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy trzysta osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
 - A** kwoty **13 785 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy siedemset osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy) przez **Gminę Dąbrowa Górnicza - Urząd Miejski, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21** na rzecz **Masters S.A., 70-383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu;
 - B** kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Dąbrowa Górnicza - Urząd Miejski, 41-300 Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21** na rzecz **POLCOURT S.A., 01-633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 **Katowicach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2266/10

KIO 2267/10

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Dąbrowa Górnicza, w imieniu której działa Urząd Miejski w Dąbrowie Górniczej, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa i modernizacja obiektu sportowego przy ul. Konopnickiej 29”. Zamówienie ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych: pod nr 216473 – 2010 w dniu 11 sierpnia 2010 r.

W dniu 13 października 2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert złożonych przez Masters S.A. z siedzibą w Szczecinie oraz Polcourt S.A. z siedzibą w Warszawie z uwagi na okoliczność, że treść ww. ofert nie odpowiada treści siwz.

A.

Odwołujący: Masters S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Gretasport - Lider Konsorcjum oraz Grzegorz Baran prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU GB Partner Konsorcjum (dalej jako Konsorcjum Gretasport) jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 i 2 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez:

- zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,
- odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż nie zachodzą podstawy do jej odrzucenia lub ewentualnie:
 - zaniechanie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, tj. dokumentów potwierdzających równoważność zaoferowanego granulatu gumowego, ewentualnie poprzedzonego wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp lub wyjaśnień treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Masters S.A., unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Gretasport, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania poprawy w ofercie odwołującego

innej omyłki polegającej na niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, przyznanie kosztów postępowania,

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, co następuje:

1. Zarzut dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty i ewentualnego zaniechania poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Zgodnie z pkt. 9.3.3 siwz do oferty należało załączyć: kosztorys ofertowy wykonany metodą uproszczoną, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem, jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych, bez podatku VAT. Wskazane było załączenie do oferty zbiorczego zestawienia kosztorysów z podaniem wartości poszczególnych kosztorysów (wg kolejności jak w przedmiarach robót).

W myśl pkt. 23.5 siwz do wyliczenia ceny służą projekt budowlany i wykonawczy, przedmiar robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i normy budowlane. Podstawy wyceny podane w przedmiarze robót nie są obligatoryjne i należy traktować je poglądowo /w zakresie opisu wyszczególnienia czynności/. Zamawiający wymagał, aby opisy robót pozycji przedmiarowych, jednostki miar i ilości tych jednostek w kosztorysach ofertowych odpowiadały opisom robót pozycji przedmiarowych, jednostek miar i ich ilości z pozycji przedmiarowych.

Faktycznie w przedmiarze zamawiający wskazał, iż oczekuje w pozycji nr 3, Nr STWiOR: SST 1.3; KNNR 9803j4 Montaż przyłączy przewodami izolowanymi typu AsXSn lub podobnymi, z udziałem podnośnika samochodowego - przewód $4 \times 35 \text{ mm}^2$ -16 m.

Odwołujący zauważył, że zamawiający wskazał konkretny numer katalogowy KNR. Osoba sporządzająca kosztorys odwołała się do powyższego numeru KNR i automatycznie wstawiony został opis z przewodem o przekroju $4 \times 25 \text{ mm}^2$. Tymczasem wolą odwołującego się było złożenie oferty zgodnej z wymaganiami siwz. Powyższa omyłka jest omyłką nieistotną, a jej poprawienie polegałoby na zmianie zapisu „do $4 \times 25 \text{ mm}^2$ ” na „ $4 \times 35 \text{ mm}^2$ ”. Odwołujący wskazał, iż wartość tej pozycji jest nieznaczną – 167 zł, a jej poprawienie nie wpłynie na zmianę ceny oferty, albowiem wykonawca gwarantuje wykonanie tej pracy za cenę wskazaną w kosztorysie. Oferowana cena dotyczyła bowiem pracy polegającej na montażu przyłączy przewodami izolowanymi AsXSn lub podobnymi o przekroju „ $4 \times 35 \text{ mm}^2$ ”, lecz jedynie uwarunkowania programu do kosztorysowania, który automatycznie wpisał zapis „do $4 \times 25 \text{ mm}^2$ ” spowodowały powyższą niezgodność oferty z treścią siwz. Podany przez zamawiającego numer KNR odwołuje się właśnie do takiego opisu jak w złożonej ofercie. Odwołujący zauważył również, że zastosowanie innego przekroju niż $4 \times 35 \text{ mm}^2$ byłoby

technologicznie niemożliwe. Odwołujący podniósł, iż do poprawienia powyższej omyłki zamawiający był zobligowany na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

2. Zarzut dotyczący zaoferowania granulatu niezgodnego z treścią siwz.

W punkcie 3.3.1 siwz określającym przedmiot zamówienia zamawiający wskazał, iż w zakresie robót budowlanych jest wykonanie m.in.:

- boiska do piłki nożnej o wym. 64,0 x 100,0 m w nawierzchni z trawy sztucznej (o parametrach podanych w siwz),
- wypełnienie - granulatem termoplastycznym TPO, regularnym, w kolorze zielonym.

W pkt. 3.3.3 siwz zamawiający dopuścił zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych - tj. o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w siwz - w odniesieniu do materiałów urządzeń, których pochodzenie zostało określone przez zamawiającego nazwą producenta.

W pkt. 3.3.3.2 siwz zamawiający podał, że zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego" pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w siwz, w szczególności - dokumentacji projektowej.

Odnośnie oferowanego granulatu zamawiający żądał w pkt 9.3.1.2 siwz złożenia wraz z ofertą Atestu PZH lub równoważnego dla oferowanego wypełnienia, jak również w pkt. 9.3.1.7 siwz - złożenia próbki wypełnienia.

Odwołujący wyjaśnił, że w zakresie granulatów termoplastycznych, określenie TPE oznacza grupę główną produktów. Podgrupami tej grupy są granulaty określane jako TPS, TPO, TPV, TPU, TPA i TPC. Zatem zamawiający oczekiwał wypełnienia granulatem z podgrupy TPO wchodzącym w skład grupy głównej TPE. Odwołujący wskazał, iż zaoferował wypełnienie granulatem TPS, który jest granulatem równoważnym, a w niektórych parametrach nawet lepszym od granulatu TPO. Podkreślił, iż przepisy Pzp zastrzegają uprzednie podjęcie przez zamawiającego określonych czynności, które są koniecznym warunkiem dla uzyskania w toku badania i oceny ofert pewności co do niezgodności treści oferty z treścią siwz lub przynajmniej pewnych domniemań faktycznych w tym zakresie (przyjmowanych w związku z brakiem wykazania równoważności przez wykonawcę), i w konsekwencji pozwolą na zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dlatego dokumenty, które mają potwierdzać równoważność należy zakwalifikować jako dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. dokumenty potwierdzające, iż oferowane

dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Zatem w przypadku braku dokumentów lub wątpliwości, co do informacji w nich zawartych, należy zastosować dyspozycję art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp oraz dokonać stosownych wyjaśnień i uzupełnień w tym zakresie. Również treść oferty, tzn. oferta w jej aspekcie materialnym, traktowana jako oświadczenie woli wykonania określonego zamówienia na wskazanych zasadach wraz ze wszelkimi dokumentami i informacjami, które zobowiązanie wykonawcy precyzują i dookreślają, przed ewentualnym jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winna podlegać stosownym poprawkom, czy wyjaśnieniom przewidzianym w art. 87 Pzp. Zamawiający miał więc obowiązek wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowana robota budowlana spełnia jego wymagania, co mogło być poprzedzone zażądaniem złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 Pzp.

W załączeniu do odwołania odwołujący przedstawił zaświadczenie producenta, iż zaoferowany granulak TPS jest granulatem co najmniej równoważnym do granulatu TPO

Wykonawca Polcourt S.A. w dniu 22 października 2010 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że z pkt 23.5 siwz wynika, iż podstawy wyceny podane w przedmiarze robót nie są obligatoryjne wyłącznie w zakresie opisu wyszczególnienia czynności. Natomiast zamawiający wymagał by opisy robót pozycji przedmiarowych, jednostek miar i ilości tych jednostek w kosztorysach ofertowych odpowiadały opisom robót pozycji, jednostek miar i ilości wskazanych w przedmiarze. Zatem wprowadzenie zmian w ofercie w powyższym zakresie prowadziłoby do istotnych zmian w treści oferty odwołującego, co stanowi naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przystępujący wskazał również, że z treści oferty odwołującego nie wynika, że wykonawca złożył ofertę równoważną. Powyższe nie zostało wykazane przy pomocy jakichkolwiek dokumentów. Zdaniem przystępującego, dokumenty potwierdzające równoważność nie mogą być uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Firma P.W. Gretasport Ilona Stańczyk zgłosiła także przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie z odwołania wniesionego przez Masters S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu przystępujący wskazał, że odwołujący w żadnym miejscu w ofercie nie powołał się na oferowane rozwiązanie równoważne. Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zamawiający

nie miał zatem obowiązku wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień ani do uzupełnienia dokumentów, gdyż z treści oferty odwołującego nie wynikało zastosowanie rozwiązania równoważnego. Ponadto, z oferty jednoznacznie wynika, że zaoferował on granulat TPS, zamiast wymaganego TPO. Przystępujący wskazał, że granulat TPS jest granulem „szarpanym” i tym samym nie jest granulem regularnym. Wymagany granulat typu TPO należy do grupy termoplastów odpornych na najwyższe temperatury, a w przypadku dopuszczenia granulatu TPE zamawiający nie ma pewności, który konkretny typ terpolimeru zostanie zastosowany i czy wykaże się on odpowiednią odpornością na temperaturę, a w konsekwencji skłonnością do sklejania. W związku z powyższym, zamawiający nie dopuścił jako wypełnienia trawy zastosowania granulatu termoplastycznego obejmującego swoim typem całą grupę TPE. Przystępujący zarzucił także, iż odwołujący nie wykazał, że trawa syntetyczna ma być wykonana „na macie elastycznej tzw. shock pad”.

B.

Odwołujący, Polcourt S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego. Podniósł naruszenie przez zamawiającego:

- art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia brakujących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) - szczegółowo wymienionych w uzasadnieniu odwołania,
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, przez przedwczesne i bezpodstawne uznanie, że treść oferty złożonej przez odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum Greatasport oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp do przedłożenia brakujących dokumentów, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, iż złożył ofertę z najniższą ceną, która została odrzucona, a zatem ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a tym samym podstawę do złożenia odwołania. W razie potwierdzenia się zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Oferty sklasyfikowane wyżej niż oferta odwołującego zostały odrzucone.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż zamawiający w pkt. 3.3 siwz dokonał opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane określając wymagania, jakie muszą spełniać oferowane przez wykonawców roboty budowlane. Natomiast w pkt. 9.3. wymienił dokumenty, za pomocą których, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani są wykazać, że oferowane przez nich roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zgodnie z pkt. 24 siwz jedynym kryterium oceny ofert była cena oferty.

Odwołujący oświadczył, iż składając ofertę w niniejszym postępowaniu nie załączył do niej następujących wymaganych dokumentów, potwierdzających jakość oferowanej nawierzchni syntetycznej:

1. Certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, lub ważna aprobatą techniczną ITB (pełna), lub rekomendacja techniczna ITB (pełna) lub inny dokument, wydany przez instytucję uprawnioną do badań i certyfikowania wyrobów, potwierdzające, że oferowana nawierzchnia z trawy sztucznej posiada żądane parametry techniczne.
2. Atest PZH lub równoważny dla oferowanej nawierzchni i wypełnienia.
3. Autoryzacja producenta trawy syntetycznej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię.
4. Karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta.
5. Aktualny certyfikat FIFA 2 Star dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni.
6. Raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd), dotyczący oferowanej nawierzchni, potwierdzający zgodność jej parametrów z FIFA Quality Concept for Football Turf (dostępny na www.FIFA.com).
7. Próbką oferowanej nawierzchni trawy syntetycznej z oryginalną metryką producenta w formacie min. 20 x 15 cm.
8. Próbką wypełnienia w ilości min. 100 g.
9. Próbką podkładu elastycznego pod nawierzchnię w formacie 20 x 15 cm.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający przywołał fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1222/10) wydanego w sprawie, w której zamawiający był stroną, wskazując na brak podstaw do wezwania odwołującego do złożenia brakujących dokumentów, gdyż wezwanie takie prowadziłoby w efekcie do uzupełnienia treści oferty.

Odwołujący podniósł, że powołany wyrok KIO został wydany w odmiennym stanie faktycznym. W tamtej sprawie, oprócz ceny (60%), do kryteriów oceny ofert zaliczały się również - jakość oferowanego systemu nawierzchni z trawy syntetycznej (30%) oraz jakość oferowanego systemu nawierzchni poliuretanowej (10 %). W takiej sytuacji oczywiste jest,

że wobec braku złożenia dokumentów potwierdzających jakość oferowanej nawierzchni zamawiający nie miał podstaw do wzywania o ich uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena (100%), a zgodnie z treścią siwz dokumenty określone w pkt. 9.3 były wymagane wyłącznie w celu potwierdzenia spełnienia wymagań jakościowych przez oferowaną nawierzchnię. Dokumenty te zawierają się w zakresie regulacji normy art. 25 ust. 1 Pzp w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do tych dokumentów zamawiający ma bezwzględny obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów w określonym terminie, czego zamawiający bezprawnie zaniechał.

Firma P.W. Gretasport Ilona Stańczyk zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie odwołania wniesionego przez Polcourt S.A. po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu przystępujący wskazał, że zamawiający w pkt. 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisał dokumenty dotyczące nawierzchni z trawy syntetycznej jakie wykonawca winien załączyć do oferty. Odwołujący nie dołączył do oferty żądanych dokumentów dotyczących nawierzchni z trawy sztucznej, a tym samym nie zaoferował żadnej nawierzchni z trawy syntetycznej. Wobec powyższego niemożliwa stała się czynność wezwania do uzupełnienia wymaganych dokumentów.

Zamawiający złożył w dniu 28 października 2010 r. odpowiedź na odwołania. Wniósł o oddalenie obu odwołań jako bezzasadnych.

Odpowiadając na odwołanie złożone przez Masters S.A. zamawiający wskazał w treści ww. pisma, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji kosztorys ofertowy jest kluczowym elementem, stanowiącym podstawę wyceny oferty. Zabudowa kabla o mniejszym przekroju jest niezgodna z dokumentacją projektową i stanowi istotną zmianę parametrów technicznych. Z uwagi na powyższe zamawiający uznał, iż nie zachodzą przesłanki do dokonania poprawek w opisie robót w kosztorysie ofertowym odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu, dotyczącego odrzucenia oferty z powodu zaoferowania przedmiotu zamówienia w zakresie granulatu - odmiennego niż wymagany w siwz, zamawiający podniósł, iż zaoferowany granulaty TPS Infill nie spełnia wymogów zawartych w pkt 3.3.1.5 siwz oraz nie równoważny do wymaganego granulatu TPO.

Dodatkowo zamawiający wskazał także okoliczność, iż mata elastyczna, tj. warstwa absorbująca uderzenia ma być wykonana jako tzw. mata „schock pad:”, natomiast zaoferowana mata elastyczna gr 10 mm jest niezgodna z wymaganiami siwz, ponieważ w opisie technicznym na str. 29 dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do siwz, zamawiający żądał, aby mata elastyczna miała grubość min. 13 mm. Zamawiający przyznał, iż dopuścił w postępowaniu rozwiązania równoważne, ale odwołujący w ofercie nie powołał się na rozwiązanie równoważne, co spowodowało, iż zamawiający nie miał obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający stwierdził, iż nie wiedział do uzupełnienia jakich dokumentów powinien wezwać wykonawcę. W związku z powyższym uznał, że zaoferowany granulat TPS nie odpowiada wymaganiom specyfikacji.

Dodatkowo zamawiający podniósł, iż granulat TPS nie spełnia wymogu regularności, gdyż jest granulatem tzw. szarpanym. Zamawiający wskazał również, iż wymagany granulat TPO jest odporny na wysokie temperatury, a złożone przez odwołującego oświadczenie producenta nie może być uznane za obiektywny dowód w sprawie. Zamawiający podniósł dodatkowo, iż odwołujący nie załączył do oferty wymaganych próbek.

W odpowiedzi na odwołanie wniesione przez Polcourt S.A. zamawiający stwierdził, iż oferta odwołującego została odrzucona z powodu braku zaoferowania przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego opisem wynikającym z pkt 3.3. siwz. W związku z tym, że z treści oferty nie wynika, jaki rodzaj trawy oferuje wykonawca, to tym samym zamawiający nie posiadał wiedzy w stosunku do jakiego rodzaju trawy miałby żądać dokumentów potwierdzających jej jakość, wynikającą z pkt 9.3 siwz. Odwołujący nie załączył, ani dokumentów ani próbek wymaganych, zgodnie z treścią specyfikacji. Zamawiający wskazał, że ww. próbki i dokumenty stanowiły element oferty, a nie potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie miał więc podstaw do wezwania odwołującego do złożenia brakujących dokumentów, gdyż wezwanie takie prowadziłoby w efekcie do uzupełnienia treści oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone w toku rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Oba rozpoznane odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący Masters S.A. oraz odwołujący Polcourt S.A. spełniają przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Oferty złożone przez odwołujących zostały odrzucone, a zatem wobec zaoferowania niższej ceny, niż oferta wybrana jako najkorzystniejsza, w przypadku potwierdzenia się, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wskazane w odwołaniach, mieliby szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Posiadają zatem interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogliby ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

KIO dopuściła wykonawcę Polcourt S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2266/10. Izba uznała, że wykonawca spełnia przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 4 Pzp.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym jako uczestnika postępowania – przystępującego po stronie zamawiającego - Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Gretasport Ilona Stańczyk. Izba stwierdziła, że podmiot ten nie uczestniczy samodzielnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lecz w ramach Konsorcjum. Z treści zgłoszonych przystąpień, zarówno w sprawie o sygn. akt KIO 2266/10 jak i KIO 2267/10 nie wynika, aby przystąpienia zostały zgłoszone w imieniu Konsorcjum Gretasport. Nie załączono także pełnomocnictwa, które mogłoby wskazywać na okoliczność, że odwołanie zostało wniesione w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w ramach konsorcjum.

Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, odwołania zostały rozpoznane przez Izbę w granicach podniesionych zarzutów. Nowe zarzuty wobec oferty złożonej przez odwołującego Masters S.A., podniesione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, które, zgodnie z zawiadomieniem przekazanym wykonawcom, nie stanowiły podstawy do odrzucenia oferty, nie były przedmiotem rozpoznania przez Izbę

A.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący zaniechania poprawienia w ofercie – w kosztorysie ofertowym - odwołującego Masters S.A. omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty - w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający wymagał w przedmiarze robót „Budowa oświetlenia zewnętrznego” w poz. 3 montażu przyłączy przewodami izolowanymi typu AsXSn lub podobnymi, z udziałem podnośnika samochodowego, przewodu 4x35 mm² – 16 m”.

Odwołujący podał w kosztorysie ofertowym w poz. 3 kabel o przekroju 4x25mm².

Izba stwierdziła, że wpisanie w pozycji kosztorysu wielkości przekroju przewodu 4x25 mm², zamiast 4x35 mm² stanowi omyłkę, która wynika z działania niezamierzonego przez wykonawcę, będącego skutkiem wypełnienia kosztorysu ofertowego z błędnie podanym przez zamawiającego symbolem KNR. Jest to niezgodność z treścią specyfikacji, której poprawienie nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty. Zamawiający, mając świadomość, iż podany w przedmiarze dla tej pozycji KNR został wskazany nieprawidłowo, powinien wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, a następnie dokonać poprawy tej pozycji, wpisując prawidłowy przekrój przewodu oraz jednocześnie zawiadamiając wykonawcę o dokonanej poprawie. Dokonanie poprawy ww. pozycji nie zmienia bowiem treści oferty w istotny sposób. Powyższa pozycja ma niewielkie znaczenie dla kosztów realizacji całego przedmiotu zamówienia (w stosunku do wartości zamówienia) – jej wartość to 559,42 zł, a ponadto, poprawa omyłki nie wpłynie na wysokość zaoferowanej przez odwołującego ceny. Jak wyjaśnił odwołujący omyłka nastąpiła jedynie w opisie przekroju kabla, natomiast pozostałe dane zawarte w tej pozycji są prawidłowe.

Jak wynika również z oświadczeń złożonych przez odwołującego w ofercie, wolał wykonawcy było złożenie oferty zgodnej z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co odwołujący potwierdził także w toku rozprawy. Za istotną okoliczność należy uznać także i to, że prawidłowe wykonanie instalacji z użyciem przewodu o mniejszym przekroju, niż wskazany w dokumentacji projektowej jest niemożliwe, co zostało potwierdzone m.in. w piśmie z dnia 28 października 2010 r. firmy ADALIGHT w Gostyninie, w którym dystrybutor przewodów stwierdził, że nie można zastąpić kabla YAKY 4x35mm² kablem YAKY 4x25mm², gdyż obniżenie średnicy kabla może spowodować złe funkcjonowanie instalacji, która została zaprojektowana dla konkretnych obciążeń i długości kabli.

W ustalonym stanie faktycznym należało zatem stwierdzić, że zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na błąd w pozycji 3 kosztorysu ofertowego. Zamawiający nie wypełnił ciężących na nim obowiązków, wynikających z art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wobec ustalenia przez Izbę, że omyłka powyższa podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający jest zobowiązany tę czynność wykonać.

Izba uznała, iż potwierdził się zarzut dotyczący nieuzasadnionego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zaferowania granulatu niezgodnego z treścią siwz.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający podał, iż Atest higieniczny złożony wraz z ofertą „jest na granulat TPS Infill, powinien być TPO”. Zamawiający stwierdził ponadto, że wykonawca „zaferował wykonanie zadania w sposób odmienny niż wymagany przez zamawiającego”.

Z powyższej informacji nie wynika, iż podstawą odrzucenia oferty był brak wykazania przez odwołującego równoważności zaferowanego granulatu, ani też stwierdzenie przez zamawiającego, iż granulat zaferowany nie spełnia wymogów równoważności.

Jak wynika z treści specyfikacji, zamawiający dopuścił zastosowanie (pkt. 3.3.3 siwz) materiałów i urządzeń równoważnych - tj. o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w siwz - w odniesieniu do materiałów urządzeń, których pochodzenie zostało określone przez zamawiającego nazwą producenta. W punkcie 3.3.1 siwz określającym przedmiot zamówienia zamawiający wskazał, w odniesieniu do wymagań dotyczących wypełnienia (granulatu), iż wymagane jest „wypełnienie - granulat termoplastyczny TPO regularny w kolorze zielonym”. Dla oferowanego granulatu zamawiający żądał w pkt 9.3.1.2 siwz złożenia wraz z ofertą Atestu PZH lub równoważnego oraz (pkt. 9.3.1.7 siwz) próbki wypełnienia w ilości min. 100 g.

Odwołujący złożył wraz z ofertą Atest Higieniczny z 20 czerwca 2009 r. wydany przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego – Państwowy Zakład Higieny dotyczący granulatu „TPS Infill”. Zamawiający stwierdził na podstawie ww. Atestu higienicznego, że odwołujący zaferował granulat odmienny niż wymagany granulat TPO. Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego konkretnych parametrów równoważności, których zaferowany granulat nie spełnia.

W ocenie Izby, skoro zamawiający dopuścił możliwość zaferowania rozwiązań równoważnych, to winien był zastosować tryb, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp i wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie. Następnie należało wezwać wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających, iż oferowany granulat spełnia wymagania określone w specyfikacji. Zamawiający nie miał podstaw, na tym etapie postępowania, odrzucić ofertę odwołującego, jako niezgodną z wymaganiami siwz. o pierwsze, nie miał pewności, iż zaferowany granulat nie spełnia wymogów równoważności. Po wtóre, wykonawca nie złożył wraz z ofertą wszystkich wymaganych w pkt 9.3 siwz dokumentów, które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jako dokumenty potwierdzające wymagania jakościowe dotyczące zaferowanego przedmiotu zamówienia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Powyższe procedury, obligatoryjne dla zamawiającego, nie zostały podjęte przez zamawiającego wobec oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu z postanowień specyfikacji nie wynika jednak jakie warunki równoważności należy spełnić lub jakie dokumenty są wymagane w celu wykazania równoważności oferowanego rozwiązania. Zamawiający nie określił także w siwz, co twierdził jednak na rozprawie, iż wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne powinien złożyć w ofercie stosowne oświadczenie, a także, iż równoważność zaoferowanego rozwiązania podlega badaniu w zakresie spełnienia wymagań, o których mowa w pkt 3.3.1 siwz.

Podkreślić należy, że w świetle Prawa zamówień publicznych to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie niedokładności treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej przez zamawiającego nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawców, w tym np. rygorem odrzucenia oferty. W istocie, to zamawiający ponosi konsekwencje tego, iż specyfikacja nie zawiera szczegółowych regulacji, na które zamawiający faktycznie się powołuje w toku postępowania, w szczególności dokonując badania i oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zawarł w żadnym miejscu specyfikacji wymagania, aby wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne złożył w ofercie stosowne oświadczenie. Zamawiający nie przewidział też w formularzach załączonych do siwz pola, w którym wykonawca mógłby takie oświadczenie zawrzeć. Zamawiający nie może zatem wymagać dokumentów, które nie zostały wskazane w specyfikacji jako wymagane. Stwierdzona niedokładność postanowień specyfikacji w powyższym zakresie bezwzględnie zobowiązuje zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za wiarygodny dowód w postaci złożonego przez odwołującego oświadczenia firmy UNIRUBBER w Zielonce – producenta mieszanek gumowych oraz kolorowych granulatów na nawierzchnie sportowe i place zabaw (pismo z dnia 28 października 2010 r.), że na potrzeby przedmiotowego przetargu został zaoferowany wykonawcy Masters S.A. regularny granulat TPS, który jest co najmniej równoważny do TPO, a nawet lepszy, bowiem charakteryzuje się wyższą elastycznością i wyższą odpornością na temperaturę. Także w załączeniu do odwołania odwołujący przedstawił oświadczenie ww. producenta z dnia 23 sierpnia 2010 r. potwierdzające, iż zaoferowany granulat TPS jest granulem co najmniej równoważnym do granulatu TPO. W treści pisma stwierdzono: „Nawiązując do Pana zapytania na temat granulatów TPO i TPS, jako producent granulatów gumowych pragniemy oświadczyć, że materiały TPS oraz TPO należą do tej samej grupy granulatów termoplastycznych. Obydwa rodzaje spełniają te same funkcje użytkowe i równie dobrze nadają się do wypełnienia traw syntetycznych do piłki

nożnej. Z całą pewnością są to materiały przynajmniej równoważne. Naszym zdaniem Granulat TPS w kilku przypadkach jest granulatem lepszym ponieważ ma wyższą elastyczność jak również wyższą odporność na temperaturę." Izba zważyła jednocześnie, że zamawiający nie podważył skutecznie prawdziwości ww. oświadczeń i nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń przeciwnych.

W konsekwencji, wobec ustalenia, że wykonawca zaoferował rozwiązanie równoważne, zamawiający jest zobowiązany wezwać odwołującego Masters S.A. do uzupełnienia dokumentów i próbek potwierdzających spełnianie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie zostały złożone w ofercie, a także do wezwania ww. wykonawcy do wyjaśnienia lub wykazania przy pomocy dostępnych mu środków (np. dokumentów), że zaoferowane rozwiązanie spełnia wymogi równoważności, jak oświadczył zamawiający - w zakresie wymagań opisanych w pkt 3.3.1 siwz, dotyczących wypełnienia – granulatu. Izba uznała, iż dokumenty składane w celu potwierdzenia równoważności oferowanego urządzenia stanowią faktycznie dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, czyli są to dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 18170). Zatem, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp są to dokumenty, których uzupełnienia, w razie ich błędów lub braku w ofercie, zamawiający ma obowiązek żądać.

B.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania odwołującego Polcourt S.A. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Izba uznała zarzut powyższy za zasadny. W konsekwencji należało stwierdzić, że zamawiający przedwcześnie i w sposób nieuprawniony zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzucając ofertę tego wykonawcy.

Izba stwierdziła, że dokumenty wymienione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 9.3 służą potwierdzeniu parametrów technicznych i jakościowych oferowanego przedmiotu zamówienia. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, iż są to dokumenty stanowiące element oferty w aspekcie materialnym, tj. deklarację wykonawcy (oświadczenie) co do rodzaju przedmiotu zamówienia zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu. Przyjęcie, iż powyższe dokumenty stanowią ofertę, tj. zastępują oświadczenie woli wykonawcy w zakresie określenia oferowanego przedmiotu zamówienia, prowadziłoby de facto do pozbawienia wykonawców w toku postępowania bezwzględnego prawa do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, stosownie do brzmienia art. 26 ust. 3 Pzp. Podkreślić należy,

że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zawarł w specyfikacji jakiegokolwiek postanowienia uprzedzającego wykonawców, iż określone w pkt 9.3. dokumenty stanowią treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu.

Jednym z istotnych elementów oferty jest określenie oferowanego przez wykonawcę przedmiotu. Jeżeli zamawiający nie wymaga złożenia przez wykonawców szczegółowego oświadczenia woli (oferty) co do oferowanego przedmiotu zamówienia, lecz wymaga złożenia w formularzu ofertowym jedynie ogólnego oświadczenia, co do złożenia oferty zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to zamawiający nie może przenosić na wykonawców skutków swojego działania, pozbawiając ich przysługującego im w toku postępowania prawa do uzupełnienia dokumentów tzw. przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Za nieuzasadnione należy uznać domniemywanie treści oferty ze złożonych dokumentów przedmiotowych, gdyż ustawodawca co do zasady dopuścił możliwość, iż dokumenty te mogą zawierać błędy, a wobec tego podlegają obligatoryjnie w takim przypadku wyjaśnieniu lub też uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. W przypadku natomiast uznania, iż dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań technicznych i jakościowych stanowią treść oferty, następuje ograniczenie praw wykonawców, wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, co stanowi naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp, skutkujące w konsekwencji niezachowaniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego, Izba uznała, że zamawiający ma obowiązek wezwać odwołującego Polcourt S.A. do uzupełnienia następujących dokumentów wymienionych w pkt. 9.3, potwierdzających jakość oferowanej nawierzchni syntetycznej:

1. Certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, lub ważna aprobatą techniczną ITB (pełna), lub rekomendacja techniczna ITB (pełna) lub inny dokument, wydany przez instytucję uprawnioną do badań i certyfikowania wyrobów, potwierdzające, że oferowana nawierzchnia z trawy sztucznej posiada żądane parametry techniczne.
2. Atest PZH lub równoważny dla oferowanej nawierzchni i wypełnienia.
3. Autoryzacja producenta trawy syntetycznej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię.
4. Karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta.
5. Aktualny certyfikat FIFA 2 Star dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni.

6. Raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd), dotyczący oferowanej nawierzchni, potwierdzający zgodność jej parametrów z FIFA Quality Concept for Football Turf (dostępny na www.FIFA.com)
7. Próbką oferowanej nawierzchni trawy syntetycznej z oryginalną metryką producenta w formacie min. 20 x 15 cm.
8. Próbką wypełnienia w ilości min. 100 g.
9. Próbką podkładu elastycznego pod nawierzchnię w formacie 20 x 15 cm.

Reasumując Izba stwierdziła, iż w przypadku obu odwołujących się tj. Masters S.A. i Polcourt S.A., odrzucenie złożonych przez tych wykonawców ofert było przedwczesne, a tym samym zamawiający jest zobowiązany do wyczerpania procedur mających zastosowanie w toku badania i oceny ofert, stosownie do podanego przez Izbę uzasadnienia.

Izba uwzględniła oba odwołania, stwierdzając, iż naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego miało wpływ i może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co wyczerpuje przesłankę określona w art. 192 ust. 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....