

Sygn. akt: KIO/UZP 1620 /09

Sygn. akt: KIO/UZP 1625 /09

WYROK
z dnia 20 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Jolanta Markowska
Członkowie:	Agata Mikołajczyk Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Tamex Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa,**
- B. Polcourt S.A., ul. Generała Zajączka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa,**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Prezydent Miasta Legnica, pl. Słowiański 8, 59-220 Legnica** protestów:

- A. z dnia 12 października 2009 r.**
- B. z dnia 15 października 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **Polcourt S.A., ul. Generała Zajączka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1620/09 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1620/09, uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1625/09 i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Tamex Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa** oraz **Prezydenta Miasta Legnica, pl. Słowiański 8, 59-220 Legnica** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Tamex Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa**,
 - B** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Polcourt S.A., ul. Generała Zajączka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 822 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złote, zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu xxx,
 - B** kwoty **5 822 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złote, zero groszy) przez **Prezydenta Miasta Legnicy, pl. Słowiański 8, 59-220 Legnica** na rzecz **Polcourt S.A., ul. Generała Zajączka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
 - A** kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx
 - B** kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx

- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **7 778 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Tamex Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa**,

- B** kwoty **7 778 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Polcourt S.A., ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7, 01-510 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Prezydent Miasta Legnica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „wykonanie modernizacji bazy sportowej dla potrzeb dzieci i młodzieży przy stadionie im Orła Białego w Legnicy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP nr 272718 w dniu 10 sierpnia 2009 r.

Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Tamex Obiekty Sportowe S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp ze względu na:

- brak próbek oferowanej nawierzchni - trawa syntetyczna. oraz nawierzchni poliuretanowej,
- brak w kosztorysie wyceny i ceny jednostkowej 14 sztuk ławek,
- brak wyceny części odwodnienia liniowego bieżni okólnej,
- nieprawidłową wycenę w jednej pozycji, bez rozbicia na elementy i ich ceny jednostkowe, elementów systemu zraszania,
- złożenie atestu higienicznego PZH na granulata gumowy uzyskany z recyklingu termoplastycznych elastomerów TPE zamiast wymaganego TPO,
- złożenie certyfikatu IAAF bez tłumaczenia na język polski.

Zamawiający odrzucił także ofertę firmy Polcourt S.A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ze względu na:

- brak w ofercie próbek oferowanej nawierzchni – trawa syntetyczna i nawierzchni poliuretanowej,
- zaoferowanie granulatu termoplastycznego TPE zamiast "typu TPO",
- brak pełnych wersji aprobat technicznych ITB lub rekomendacji technicznej ITB lub innych równoważnych zaświadczeń wystawionych przez uprawnione podmioty dotyczących nawierzchni poliuretanowej,
- brak karty technicznej systemu dla nawierzchni poliuretanowej,
- brak atestu higienicznego PZH na nawierzchnię poliuretanową,

- brak autoryzacji producenta oferowanej nawierzchni poliuretanowej
- brak aktualnego certyfikatu IAAF.

Jednocześnie zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum: PUB Cobex Sp. z o.o., Saltem OY, P.W. „GRETASPORT” Ilona Stańczyk, „OGRÓD” Usługi Ogrodnicze Leszek Kułak (zwane dalej Konsorcjum „Cobex”).

A. Sygn. akt: KIO/UZP 1620 /09,

Tamex Obiekty Sportowe S.A. wniósł protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia próbek i dokumentów lub udzielenia wyjaśnień treści dokumentów, art. 7 ust. 1 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji. Wykonawca wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o odrzucenie oferty wybranej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty odwołującego - Tamex Obiekty Sportowe S.A. jako najkorzystniejszej.

W ocenie odwołującego z treści pkt 13.8 siwz wynika obowiązek dołączenia do oferty oświadczeń, atestów, certyfikatów i próbek dotyczących wyłącznie dwóch materiałów: trawy syntetycznej i nawierzchni poliuretanowej. Brak jest takich wymogów dotyczących granulatu i podkładu, które nie są nawierzchnią. W specyfikacji określono parametry granulatu, nie określono natomiast żadnych parametrów dotyczących warstwy amortyzującej. Na podstawie art. 25 ust. 1 Pzp nie można żądać próbek i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, których nie określono i których nie wymieniono w ogłoszeniu i w siwz. Odnośnie systemu zraszania z rozbiciem na elementy i ich ceny jednostkowe wykonawca wskazał, że zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 29 wyjaśnił, iż w kosztorysie należy uwzględnić wycenę elementów sieci wody technologicznej. Nie oznacza to, iż należało je wycenić, podając ceny jednostkowe.

Odwołujący wskazał, że w spisie treści formularza oferty zawarł próbkę wraz z danymi na metryczce próbki, jako element oferty. Brak tej próbki uzasadnia wezwanie odwołującego do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że w pkt 12 siwz jednoznacznie wskazano, iż roboty, które nie zostały wymienione w kosztorysie, w związku z czym nie uwidoczniło ich wyceny, lecz są opisane w specyfikacjach technicznych lub dokumentacji projektowej, będą uważane za zawarte w cenach innych pozycji przedmiaru robót. Z pkt 14.16 siwz wynika wyłącznie zalecenie do sporządzenia kosztorysu ofertowego według przedmiarów, a nie do jego wypełnienia. Z odpowiedzi na pytanie nr 16 wynika jedynie, że w pozycji „wyposażenie” należało „ująć” 14 ławek, a nie wycenić je odrębnie.

Z pkt 14.16 siwz i odpowiedzi zamawiającego z dnia 15 września 2009 r. nie wynika także obowiązek wypełnienia przedmiarów w zakresie odwodnienia liniowego, ani podania cen jednostkowych elementów wymienionych w zestawieniach materiałów. Wynika z nich wyłącznie obowiązek uwzględnienia kosztów elementów w wycenie określonej pozycji przedmiarów i kosztorysu ofertowego. Zgodnie z pkt 12.8 siwz pominięcie pozycji kosztorysu ofertowego nie powoduje odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią siwz. Odpowiedzi zamawiającego nie zawierają postanowień nakazujących wycenę części odwodnienia liniowego bieżni okólnej. Powyższa argumentacja odnosi się także do zarzutu braku wyceny elementów systemu zraszania.

Zdaniem odwołującego, załączony w jego ofercie atest PZH jest prawidłowy i potwierdza spełnianie wymagań w zakresie parametrów technicznych. Wykonawca przedłożył oświadczenie producenta granulatu, wykorzystywanego do wypełnienia oferowanej sztucznej trawy, w celu potwierdzenia, iż oferowany granulat jest typu TPO.

Odwołujący podniósł, że tłumaczenie dokumentu obcojęzycznego podlega uzupełnieniu oraz przesłał wraz z protestem brakujące dokumenty i próbki.

Stwierdził dodatkowo, że granulat oferowany przez Konsorcjum jest identyczny z granulem oferowanym przez odwołującego. Mimo to, oferta tego wykonawcy nie została odrzucona.

POLCOURT S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający uwzględnił protest w części dotyczącej żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Cobex i oddalił protest w pozostałej części.

W zakresie odrzucenia oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A. wyjaśnił, iż w ogłoszeniu o zamówieniu postawił warunek, aby wykonawcy złożyli oświadczenie dotyczące zastosowanej trawy syntetycznej. W załączniku nr 10 pkt 9 i 11 wskazał, że nawierzchnia trawiasta to całość: podkład absorbujący upadek i granulat (wypełnienie) oraz trawa syntetyczna - próbkę całości należało załączyć do oferty. Wskazał, że wykonawca przesłał wymagane próbki wraz z protestem, tj. 21 dni po terminie składania ofert. W ogłoszeniu postawiono także warunek, że wykonawcy złożą oświadczenie dotyczące zastosowanej nawierzchni poliuretanowej, dołączając próbki oferowanej nawierzchni lekkoatletycznej wg załącznika nr 10 i 11. Zamawiający wyjaśnił, iż wymagał obliczenia ceny oferty na podstawie wycenionego przedmiaru w formie kosztorysu uproszczonego z ryczałtowymi cenami jednostkowymi dla każdej pozycji przedmiarowej. W pozycjach nie wycenionych należało wpisać wartość „0”, a zatem wykonawca był zobowiązany zawrzeć w kosztorysie

wszystkie wymagane pozycje robót. Roboty nie wymienione w przedmiarze należało uwzględnić na podstawie specyfikacji technicznych, projektu budowlanego i wykonawczego. Wskazał, iż pozycje nie wycenione w ofercie Tamex były wymienione w pierwotnym przedmiarze lub w uzupełnieniach do przedmiaru w ramach wyjaśnień treści siwz. Zgodnie z treścią zał. nr 10 zamawiający wymagał wykonania i atestu PZH na granulaty typu TPO. Odwołujący nie był wzywany do złożenia atestu lub wyjaśnienia oświadczenia oraz uzupełnienia certyfikatu IAAF w tłumaczeniu na język polski, ponieważ oferta i tak podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący Tamex Obiekty Sportowe S. A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. W odwołaniu zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 punkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 punkt 1 i 8 Pzp, art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący zażądał unieważnienia czynności odrzucenia oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A. i wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wybranej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A. jako najkorzystniejszej. W zakresie zawartych w odwołaniu zarzutów odwołujący podtrzymał w całości argumentację zawartą w proteście.

POLCOURT S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

B. Sygn. akt: KIO/UZP 1625 /09,

POLCOURT S.A. wniósł protest wobec czynności zamawiającego, żądając unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego. Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, iż oferta Konsorcjum Cobex jest niezgodna z treścią siwz, a ponadto wykonawca ten nie złożył referencji potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia oraz potencjału kadrowego.

Wskazał, że z oświadczenia złożonego w ofercie odwołującego wynika wprost, że zaoferował „granulat termoplastyczny typu TPO”. Nie ma zatem podstaw do uznania, że oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji. Wyjaśnił, iż podana w badaniach na zgodność z wymogami FIFA nazwa typu polimeru (TPE) stanowi tylko nazwę handlową granulatu termoplastycznego zgodnego z wymogami zamawiającego. Wskazał, że brak w ofercie odwołującego próbek i dokumentów zobowiązuje zamawiającego do wezwania odwołującego do ich uzupełnienia.

Zamawiający uwzględnił żądanie protestu dotyczące unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Cobex i oddalił protest w pozostałej części. Zamawiający wyjaśnił, iż w ogłoszeniu o zamówieniu wymagał złożenia w ofercie oświadczenia dotyczącego zastosowanej trawy syntetycznej i dołączenia próbki oferowanej nawierzchni trawiastej (...) wg załącznika nr 10 i 11. Zgodnie z pkt 13.8 „Instrukcji dla Wykonawców” należało złożyć próbki oferowanej nawierzchni trawiastej i lekkoatletycznej z danymi określającymi nazwę producenta, parametry oferowanej nawierzchni, posiadane atesty i certyfikaty. Wskazał, że zgodnie z treścią załącznika nr 10 pkt 11 wymagano wykonania nawierzchni z trawy sztucznej z wypełnieniem granulatem typu TPO. Wykonawca załączył do oferty wynik testu, z którego wynika, że zaoferował granulaty typu TPE (str. 218 oferty). Wyjaśnił, iż nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego, że wykonawca wykona nawierzchnię z trawy sztucznej z zastosowaniem granulatu TPO, ani do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 4 Pzp, ponieważ oferta i tak podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Zaoferowany granulaty typu TPE nie spełnia wymagań przedmiotu zamówienia. Ponadto, wykonawca nie był wzywany do złożenia: pełnych wersji aprobat technicznych ITB lub rekomendacji technicznych ITB lub innych równoważnych zaświadczeń dotyczących nawierzchni poliuretanowej, karty technicznej systemu dla nawierzchni poliuretanowej, atestu higienicznego PZH na nawierzchnię poliuretanową, autoryzacji producenta oferowanej nawierzchni, aktualnego certyfikatu IAAF, ponieważ oferta i tak podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

POLKOURT S.A. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił w odwołaniu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Podkreślił w uzasadnieniu, że art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia treści dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie wezwał odwołującego do wyjaśnień, mających na celu ustalenie, czy granulaty termoplastyczny TPE odpowiada wymaganiom zamawiającego, czym naruszył art. 26 ust. 4 Pzp. Zaoferowany przez odwołującego granulaty jest regularnym granulatem termoplastycznym, który mieści się w wymaganym przedziale granulacji - od 0,5 mm do 2,5 mm. W konsekwencji zamawiający miał obowiązek wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Odrzucenie oferty Polcourt S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp zostało dokonane z rażącym naruszeniem ustawy Pzp. Wskazał, że unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na

mocy art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi rażące naruszenie ustawy i zażądał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

W przekazanym wykonawcom rozstrzygnięciu protestu zamawiający dodatkowo poinformował wykonawców, iż w ramach ponownej oceny ofert odrzucił ofertę Konsorcjum Cobex oraz podtrzymał decyzję o odrzuceniu oferty "Tamex" Obiekty Sportowe S.A i oferty POLCOURT S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a także, iż unieważnił postępowanie o zamówienie na podstawie art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp, uznając, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Strony podtrzymały w całości przedstawione stanowiska w toku rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez „Tamex” Obiekty Sportowe S.A (sygn. akt KIO/UZP 1620/09) nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołanie wniesione przez POLCOURT S.A (sygn. akt KIO/UZP 1625/09) zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że obaj odwołujący legitymują się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący "Tamex" Obiekty Sportowe S.A. złożył ofertę z najniższą ceną. Biorąc pod uwagę, iż kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena, w przypadku uwzględnienia zarzutów dotyczących odrzucenia oferty tego wykonawcy, podlegałaby ona uznaniu za najkorzystniejszą w postępowaniu. Oferta złożona przez POLCOURT S.A. – podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą w przypadku, gdyby odwołanie wniesione przez "Tamex" Obiekty Sportowe S.A. zostało oddalone tj. w przypadku utrzymania w mocy decyzji zamawiającego o odrzuceniu tej oferty. Należy przy tym wskazać, że oferta złożona przez Konsorcjum Cobex, zawierająca korzystniejszą cenę niż oferta POLCOURT S.A. została ostatecznie odrzucona przez zamawiającego. W przypadku uwzględnienia przez Izbę co najmniej jednego z rozpoznawanych odwołań czynność zamawiającego w sprawie unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne podlegałaby unieważnieniu.

A. Sygn. akt: KIO/UZP 1620 /09,

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego "Tamex" Obiekty Sportowe S.A., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba uznała, że brak wyceny oraz brak określenia ceny jednostkowej 14 sztuk ławek w kosztorysie, brak wyceny części odwodnienia liniowego bieżni okólnej, a także nieprawidłowa wycena w jednej pozycji, tj. bez rozbicia na elementy i ceny jednostkowe, elementów systemu zraszania stanowi o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Stwierdzona niezgodność wypełnia przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba zważyła, jak poniżej.

Okoliczności, iż w kosztorysie ofertowym złożonym przez odwołującego nie przedstawiono wyceny i cen jednostkowych 14 sztuk ławek, wyceny części odwodnienia liniowego bieżni okólnej, elementy systemu zraszania zostały wycenione w jednej pozycji - bez rozbicia na elementy i wskazania cen jednostkowych, nie były sporne pomiędzy stronami. Odwołujący zarzucał w odwołaniu, iż z treści specyfikacji i udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień nie wynika obowiązek po stronie wykonawcy w zakresie zawarcia w kosztorysie ofertowym powyższych danych. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w tym zakresie.

Zamawiający wymagał w pkt 14.16 siwz złożenia w ofercie kosztorysu ofertowego sporządzonego wg wzoru kosztorysu stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji. Zgodnie z treścią pkt 12 pn. „Sposób obliczenia ceny oferty” (Instrukcja dla Wykonawców -Rozdział 2 siwz), zamawiający wymagał jednoznacznie obliczenia ceny oferty na podstawie „wycenionego przedmiaru robót sporządzonego w formie uproszczonej, dalej zwanego kosztorysem ofertowym, z ryczałtowymi cenami jednostkowymi [...] dla każdej pozycji objętej przedmiarem i obliczonej w PLN. Wyceniony przedmiar robót w formie uproszczonej; zwany kosztorysem ofertowym powinien obejmować wszystkie pozycje dostarczonego przedmiaru robót przez Zamawiającego wraz z zestawieniem materiałów [...]. W pozycjach niewycenionych przez Wykonawcę należy wpisać 0 [...]”. Wymagania powyższe są ściśle związane z przyjętym przez zamawiającego kosztorysowym sposobem rozliczenia wykonanych robót tj. kosztorysem powykonawczym - na podstawie faktycznie wykonanych robót. Zamawiający określił ten sposób rozliczenia jednoznacznie w projekcie umowy w. § 13 ust. 4. Ponadto, wypełniony przedmiar robót będzie stanowił integralną część umowy. Wobec powyższego, brak wyceny poszczególnych pozycji lub też brak określenia cen jednostkowych uniemożliwia dokonanie rozliczenia zgodnie z postanowieniami projektu umowy. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż z treści pkt 12 siwz wynika, że tylko

roboty nie wymienione w kosztorysie, a w konsekwencji także w zmianach treści kosztorysu wynikających z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego, będą uważane za zawarte w cenach innych pozycji wycenionego przedmiaru robót (kosztorysu ofertowego). Podkreślić należy, że z treści wyjaśnień zamawiającego z dnia 15 września 2009 r. odnośnie wyceny części odwodnienia liniowego bieżni okólnej (odpowiedź nr 12, 13 i 15) wynika jednoznacznie obowiązek dokonania „wyceny” określonych pozycji, wg załączonego przedmiaru. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 16, zamawiający podał, w którym przedmiarze i w jakiej pozycji (przedmiar 7-SW-09 w pozycji wyposażenie) należało ująć 14 ławek o długości ok. 200 cm bez oparcia z siedziskiem drewnianym, mocowanych do podłoża. Natomiast odnośnie wyceny systemu zraszania z rozbiem na elementy i ich cen jednostkowych - w odpowiedzi na pytanie nr 29 zamawiający wskazał, aby w kosztorysie uwzględnić dodatkowo „wycenę elementów sieci wody technologicznej ujętej w dokumentacji”. Zamawiający dołączył także zestawienie elementów zraszania murawy do wyceny.

Roboty, których odwołujący nie wycenił w kosztorysie ofertowym, były zatem wymienione w przedmiarze oraz w uzupełnieniach do przedmiaru wynikających z odpowiedzi na pytania wykonawców oraz podlegały wycenie wraz z podaniem cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty. Ponieważ zamawiający nie posiada danych w zakresie wyceny przez odwołującego wskazanych pozycji i odpowiednio - cen jednostkowych, nie ma możliwości poprawienia błędów (braków) kosztorysu, jako innych omyłek, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wyjaśnienie treści oferty w zakresie omawianych braków kosztorysu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, które polegałoby na uzyskaniu wyceny i cen jednostkowych od wykonawcy, stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała, że zarzut powyższy jest niezasadny.

Izba ustaliła, iż zamawiający zgodnie z postanowieniem pkt 13.8 siwz wymagał złożenia wraz z ofertą próbek nawierzchni trawiastej i lekkoatletycznej zdefiniowanej w pkt 8.2 siwz. Nawierzchnia trawiasta obejmuje, zgodnie ze wskazaną definicją zarówno podkład absorbujący upadek, jak i wypełnienie. Zatem, wymagane próbki powinny obejmować całą nawierzchnię. Zgodnie z pkt 13.8 w związku z wymaganiem określonym w pkt „c” załącznika nr 10, zamawiający żądał złożenia atestu higienicznego PZH na granulat, stanowiący wypełnienie oferowanej nawierzchni, stosownie do oświadczenia złożonego w tym zakresie przez wykonawcę, co do spełnienia wymagania zawartego w pozycji 11 tabeli, w tym co do typu granulatu TPO.

Odwołujący nie złożył w ofercie wymaganych próbek granulatu i podkładu absorbującego energię upadku dla nawierzchni trawiastej oraz próbki nawierzchni poliuretanowej.

Odwołujący nie załączył także atestu higienicznego PZH potwierdzającego, iż zaoferowana nawierzchnia, stosownie do treści oświadczenia złożonego w załączniku nr 10, zawiera wypełnienie granulem typu TPO. W treści złożonego atestu nr HK/B/1140/01/2009 wskazano produkt „eximinfiel TPE”. Powyższe oznacza inny typ granulatu niż wymagany w siwz. Złożone przez odwołującego oświadczenie producenta nawierzchni (pismo z dnia 13 października 2009 r.) potwierdza, że jest to granulat typu TPE-S „równoważny/bliźniaczy do TPE-O”. Nie jest to zatem granulat TPO. Na marginesie tylko wskazać należy, że powyższe wyjaśnienie producenta przeczy oświadczeniu złożonemu przez odwołującego w załączniku nr 10 poz. 11, gdyż stosownie do treści oświadczenia odwołujący nie zaoferował produktu równoważnego, ale granulat typu TPO. W ocenie Izby, treść złożonego atestu nie podlega również wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Biorąc pod uwagę zgodne stanowiska stron, iż pojęcie „granulat typu TPE” jest szersze od pojęcia „granulat typu TPO”, a oba granulaty różnią się właściwościami w sposób istotny, należało uznać, iż złożony dokument (atest higieniczny PZH) nie potwierdza spełnienia wymagania zamawiającego.

Odwołujący złożył w ofercie certyfikat IAAF bez tłumaczenia na język polski, podczas gdy stosownie do treści art. 9 ust. 2 oraz pkt 24.1 siwz dokumenty sporządzone w języku obcym wymagają złożenia w ofercie ich tłumaczenia na język polski.

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp chyba, że oferta podlega odrzuceniu lub postępowanie podlega unieważnieniu. Biorąc pod uwagę okoliczności ustalone w toku postępowania, iż oferta wykonawcy „Tamex” Obiekty Sportowe S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający nie ma obowiązku wzywania odwołującego do uzupełnienia wskazanych powyżej brakujących dokumentów, a także próbek, które podlegają regulacji art. 26 ust. 3 Pzp w związku z § 3 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 ze zmianami).

Izba uznała, iż w ustalonych okolicznościach sprawy brak jest podstaw do stwierdzenia, iż zamawiający naruszył wobec odwołującego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określonej w przepisach art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 1 i 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza w postępowaniu,

zważywszy, że zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, nie przysługuje wykonawcy odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, dotyczącego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

B. Sygn. akt: KIO/UZP 1625 /09,

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego POLCOURT S..A., jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający bezpodstawnie uznał, że odwołujący zaoferował „granulat termoplastyczny TPE” zamiast "typu TPO".

Zgodnie z wymaganiem zawartym w załączniku nr 10 poz. 11 tabeli, zamawiający wymagał granulatu termoplastycznego typu TPO jako wypełnienia oferowanej nawierzchni z trawy sztucznej. Stosownie do treści pkt 13.8 i 14.18 siwz, wymagał złożenia w ofercie oświadczenia dotyczącego trawy syntetycznej wg załącznika nr 10 oraz atestu higienicznego na wypełnienie (pkt c załącznika nr 10). Wykonawca złożył w ofercie wymagane oświadczenie potwierdzające w poz.11 spełnienie wymagań m.in. co do typu granulatu. Odwołujący nie złożył w ofercie natomiast wymaganego atestu higienicznego PZH na granulat. Załączył natomiast do oferty (str. 216) wynik testu oferowanej nawierzchni, potwierdzający spełnienie parametrów technicznych trawy, określonych przez zamawiającego w pkt 8.2 siwz i poz. 1-8 tabeli zawartej w załączniku nr 10. W treści ww. dokumentu, w pozycji „osiągi wypełnienia” wskazano „typ polimeru” – TPE. W ocenie Izby, powyższy dokument nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że odwołujący zaoferował typ granulatu TPE, wbrew oświadczeniu złożonemu przez wykonawcę w załączniku nr 10. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż oferowana nawierzchnia może zawierać wypełnienie TPO oraz zgodnie ze złożonym oświadczeniem, właśnie takie wypełnienie zostało zaoferowane. Złożone przez odwołującego oświadczenie producenta oferowanej nawierzchni – firmy EDEL GRASS BV potwierdza, że zaoferowana sztuczna trawa może być wypełniona granulem typu TPO. Zamawiający wymagał złożenia atestu PZH na granulat więc na podstawie tego dokumentu oraz oświadczenia wykonawcy powinien oceniać spełnienie wymagań dotyczących granulatu, stosownie do postanowień specyfikacji. Wobec wątpliwości co treści złożonego wyniku badań w omawianym zakresie zamawiający mógł i powinien był zażądać wyjaśnień treści tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Wobec nie potwierdzenia się przesłanki do odrzucenia oferty odwołującego, należało uznać, że stosownie do treści art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający miał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które nie zostały złożone w ofercie tj. próbek oferowanej nawierzchni – trawa syntetyczna i nawierzchni poliuretanowej, pełnych wersji

aprobata technicznych ITB lub rekomendacji technicznej ITB lub innych równoważnych zaświadczeń wystawionych przez uprawnione podmioty dotyczących nawierzchni poliuretanowej, karty technicznej systemu dla nawierzchni poliuretanowej, atestu higienicznego PZH na granulata i nawierzchnię poliuretanową, autoryzacji producenta oferowanej nawierzchni poliuretanowej oraz aktualnego certyfikatu IAAF. W związku z powyższym, Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. W konsekwencji potwierdzenia się powyższych zarzutów Izba stwierdziła także naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba nie orzekała co do zarzutu naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp stosownie do dyspozycji art. 191 ust. 3 Pzp, biorąc pod uwagę, że zarzut powyższy nie został zawarty w proteście. Ponadto, zarzut dotyczy nowej czynności, dokonanej przez zamawiającego w toku postępowania, której nie dotyczyło rozstrzygnięcie protestu wniesionego w dniu 12 października 2009 r. Nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności unieważnienia postępowania jest konsekwencją orzeczenia, iż oferta złożona przez POLCOURT S.A. nie podlega odrzuceniu.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1620/98 na podstawie art.191 ust.1 Pzp oraz w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1625/09 na podstawie art. 191 ust 1, ust. 1a i ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1625/09 w wysokości 3 600,00 zł na podstawie złożonej faktury VAT, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit.b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zm.).

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 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....