

**Sygn. akt: KIO 1604/12**

## **WYROK**

**z dnia 7 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 lipca 2012 r.** przez wykonawcę **TAMEX Obiekty Sportowe S.A. ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Oleśnica ul. 11 Listopada 24, 56-400 Oleśnica**,

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego TAMEX Obiekty Sportowe S.A. ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa,**
  - 2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł,** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **TAMEX Obiekty Sportowe S.A. ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

**U z a s a d n i e n i e:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego - na „Wykonanie wielofunkcyjnej hali sportowej przy Gminnym Gimnazjum w Oleśnicy,” (ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 227478-2012 w dniu 29.06.2012, o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), w dniu 27 lipca 2012 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę TAMEX Obiekty Sportowe S.A. (dalej także TAMEX) z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu dnia 26 lipca 2012 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia w dniu 24 lipca 2012r. o odrzuceniu złożonej oferty TAMEX oraz o unieważnieniu postępowania.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą:

a) odrzucenia oferty odwołującego, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz podlegającej odrzuceniu jako podpisanej przez osobę nieuprawnioną;

b) unieważnienia postępowania;

c) zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów;

- wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. zarzucił zamawiającemu Gminie Oleśnica naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm., dalej ustawy Pzp), tj.:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 i 2 przez odrzucenie oferty za treść nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo wypełnienia Załącznika Nr 9 dotyczącego wymagań technicznych w odniesieniu do zaoferowanej podłogi sportowej, tożsamej z podłogą zaprojektowaną;

- art. 89 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 26 ust. 3 przez brak wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa;

- art. 93 ust. 1 pkt 4 - mimo dysponowania ofertą spełniającą wszystkie wymagania zamawiającego i mieszczącą się w budżecie - unieważnienie postępowania;

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji, czego przejawem jest brak wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz wyjaśnienia treści złożonej oferty.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia złożonej oferty;
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 3) powtórzenia badania i wyboru ofert z udziałem oferty odwołującego oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że w dniu 24 lipca 2012 r. otrzymał informację o unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu złożonej oferty - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 tej ustawy, oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż w ocenie zamawiającego Załącznik nr 9 do formularza oferty nie został wypełniony w sposób wskazany we wzorze wymienionego załącznika do SIWZ, co zamawiający przyjął za dowód niedostosowania treści oferty do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tymczasem, zdaniem odwołującego TAMEX zaoferował on nawierzchnię sportową tożsamą z nawierzchnią zaprojektowaną i ściśle opisaną przez projektanta. Zatem poczytał za rzekome - braki w Załączniku nr 9 do swojej oferty, które zamawiający był w stanie - na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp - uzupełnić we własnym zakresie, dysponując w pełni informacją zawartą w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaznaczał, że jeśli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, mógł skorzystać z prawa do żądania wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Dodatkowo podnosił, że w treści Załącznika nr 9 do formularza oferty nie podał żadnych rozwiązań równoważnych - co w przekonaniu odwołującego miało potwierdzać, że zastosował on nawierzchnię wskazaną z nazwy zarówno przez projektanta jak i przez zamawiającego w zapisach SIWZ, natomiast konieczność uszczegółowienia parametrów oferowanej podłogi - wymagana była w przypadku zastosowania rozwiązań równoważnych. W związku z powyższym odwołujący żądał uznania jego oferty za zgodną z SIWZ.

Art. 89 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w ocenie odwołującego został naruszony przez to, że ofertę TAMEX odrzucono za to, iż została podpisana przez osobę z przekroczeniem zakresu pełnomocnictwa, a czynność ta miała miejsce bez wezwania odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa. Odwołujący przywołał art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązujący zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, lub którzy nie złożyli

pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy, lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołujący wyjaśniał, że Prezes Zarządu Spółki TAMEX Obiekty Sportowe S.A. przed złożeniem oferty tj. w dn. 13.07.2012 r. podpisał stosowne pełnomocnictwo dla p. S..... W....., które to pełnomocnictwo jest właściwe dla tegoż postępowania. Poprzednie, z powodu błędu pisarskiego zostało popisane przez Prokurenta i błędnie zostało załączone do oferty. W związku z powyższym odwołujący żądał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i uznania jego oferty za ważną.

Odwołujący wskazywał, że art. 93 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp został naruszony bezpodstawnym unieważnieniem postępowania, mimo że zamawiający otrzymał ofertę ważną, której cena mieści się w kwocie środków, jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie odwołujący przekonywał, że uznanie jego oferty jako odrzuconej jest czynnością naruszającą zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, skutkiem czego został pozbawiony korzyści z realizacji zamówienia publicznego. W związku z tym odwołujący żądał anulowania czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności wyboru ofert z udziałem oferty odwołującego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 lipca 2012 r. przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zgłosił żaden wykonawca.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu, podtrzymał stanowisko zawarte w pismach z dnia 20 lipca 2012 r. o odrzuceniu oferty odwołującego i o unieważnieniu postępowania. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 sierpnia 2012 r. podał, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 jest bezzasadny, gdyż w postanowieniach SIWZ wymagania dotyczące podłogi sportowej zostały uszczegółowione w rozdziale III pkt 3 ppkt 6. A w Załączniku nr 9 do SIWZ Karta oceny technicznej podane zostały w kolumnie 2 minimalne wymagania techniczne. Zawartość karty oceny technicznej podłogi sportowej stanowi merytoryczną treść oferty. Wykonawca na podstawie uszczegółowionego opisu podłogi sportowej miał przedstawić konkretną podłogę o parametrach spełniających

wymagania zamawiającego. Brak żądanych informacji w ofercie odwołującego uniemożliwił ustalenie jaką podłogę zaoferował wykonawca, a zatem uniemożliwił zbadanie zgodności treści oferty z treścią SIWZ i nie potwierdzał tej zgodności. Opis przedmiotu zamówienia w SIWZ nie wskazywał na konkretny produkt, lecz zawierał wyszczególnienie wymagań. Potwierdzenie przez wykonawcę właściwości podłogi sportowej nie miało poprzestać na oświadczeniu „TAK lub NIE”, ale na wskazaniu konkretnych parametrów w kolumnie 4 Załącznika nr 9. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, że odwołujący zaoferował podłogę tożsamą z nawierzchnią zaprojektowaną. W dokumentacji projektowej podłoga sportowa została opisana tylko z nazwy HARO Model Berlin 12, bez uszczegółowienia wymogów technicznych – co zamawiający dokonał poprzez zapisy SIWZ. Podłoga HARO Model Berlin 12 ma wysokość całkowitą systemu 87,9 mm, a zamawiający uszczegółowiając wymagania dot. podłogi sportowej, wymagał całkowitej wysokości systemu min. 89 mm. Zgodnie z warunkami SIWZ, opis z przywołaniem nazwy własnej był przykładowy, umożliwił zastosowanie rozwiązań równoważnych. W Załączniku nr 8 odwołujący nie podał rozwiązań równoważnych. Załącznik nr 8 dotyczył technologii i urządzeń. Zamawiający podkreślał, że treści oferty nie można uzupełniać w drodze wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazywał, że wbrew wymogom, odwołujący nie załączył materiałów producenta potwierdzających oferowane parametry podłogi. Skoro odwołujący przyznał, że zaoferował podłogę tożsamą z zaprojektowaną (podaną z nazwy), to jest równoznaczne, że są to inne parametry, niż oznaczone w SIWZ.

Zamawiający dodał, że nie było podstaw do wszczęcia fakultatywnej procedury wyjaśniania treści oferty odwołującego. Nie zachodziły jednocześnie przesłanki do dokonania poprawy oferty odwołującego na zasadzie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż nie jest to omyłka polegająca na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, lecz oferta w której zamawiający musiałby dokonać uzupełnień na podstawie informacji wykonawcy uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – co oznaczałoby ingerencję w treść oferty. Informacje w Załączniku 9 w kolumnie 4 określają wprost przedmiot oferowany i składają się na treść oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 tej ustawy – przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów, w tym do przedstawienia pełnomocnictwa, skoro pełnomocnictwo zostało złożone i nie było wadliwe, tyle, że pełnomocnik składając ofertę przekroczył zakres umocowania wynikający z udzielonego pełnomocnictwa, co skutkowało nieważnością oferty z mocy art. 104 K.c. i zaistnieniem podstaw do jej odrzucenia w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przynależane przez odwołującego argumenty, uznał zamawiający za pozbawione

usprawiedliwionych racji. Tym samym, podtrzymanie wyniku postępowania i odrzucenie oferty TAMEX niezgodnej z treścią SIWZ, jak również unieważnienie przetargu stało się koniecznością prawną – jak utrzymywał zamawiający.

Izba nie stwierdziła okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Postępowanie dotyczy zamówienia o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – odwołanie w zakresie czynności odrzucenia oferty wykonawcy TAMEX mieści się w zakresie dyspozycji przepisu art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, pisma z dnia 20 lipca 2012 r. informującego o przyczynach odrzucenia oferty odwołującego i o unieważnieniu postępowania.

Izba nie dopuściła dowodów wnioskowanych przez odwołującego z zakresu dokumentów, które zgodnie z rozdziałem IX pkt 3 SIWZ, każdy wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty na potwierdzenie, że oferowany przez odwołującego system podłóg sportowych Junckers UNOBAT 62+ spełnia wymagania, gdyż zarzuty odwołania nie odnosiły się do zaniechania zamawiającego – wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba nie dopuściła dowodów z deklaracji producenta podłóg HARO Berlin 21 i 12, gdyż zamawiający opisał wprost w SIWZ wymagane parametry podłogi sportowej, które nie musiały pokrywać się z systemem HARO, zatem wnioskowane dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Twierdzenia odwołującego były rozbieżne. Z jednej strony utrzymywał, że zaoferował podłogę zaprojektowaną HARO, a na rozprawie oświadczył, że zamierzał zastosować system podłogowy Junckers UNOBAT 62+.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Z akt postępowania przetargowego wynika, że zamówienie obejmuje wykonanie „Wielofunkcyjnej hali sportowej przy Gminnym Gimnazjum w Oleśnicy.” W postanowieniach rozdziału III. pkt 3.6) SIWZ zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne – *„wszystkie wskazane z nazwy materiały i przyjęte technologie użyte w*

dokumentacji technicznej i SIWZ należy rozumieć jako określenie wymaganych parametrów technicznych lub standardów jakościowych. Oznacza to, że dopuszcza się rozwiązania równoważne nazwanych materiałów oraz proponowanej technologii wykonania, wymienionych w dokumentacji technicznej z zachowaniem jej wymogów w zakresie jakości. Materiały równoważne muszą być w ofercie wymienione z nazwy, a ciężar udowodnienia o zachowaniu parametrów wymaganych przez zamawiającego leży po stronie składającego ofertę.

a) zgodnie z zapisami art. 30 ust 5 ustawy Pzp, Wykonawca który powoła się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymogi określone przez zamawiającego.

b) w związku z powyższym w celu wykazania równoważności należy załączyć do oferty dokumenty, które w sposób jednoznaczny stwierdzą równoważność proponowanej zmiany w stosunku do przyjętej w projekcie oraz muszą zostać załączone do oferty (załącznik nr 8 do SIWZ).

*Pkt 6) Uszczegółowienie wymagań dotyczących podłogi sportowej.*

*W sali sportowej należy wykonać systemową podłogę sportową na ruszcie (np.: Junckers Unobat 62 + , Junkers Duobat 110 + lub Haro model Berlin 21) z zastosowaniem, dębowych, jesionowych lub bukowych paneli sportowych. Całkowita wysokość systemu podłogowego - min. 89 mm.*

*Wymaga się aby systemowa podłoga sportowa posiadała certyfikat FIBA - poziom 1, dopuszczający rozgrywki na najwyższym szczeblu, ponadto spełniała wymagania dla podłóg sportowych w zakresie niżej wymienionych parametrów:*

- redukcja siły - min. 64%*
- odkształcenia standardowe- min. 2,4 mm*
- odbicie piłki- min. 94%*
- współczynnik poślizgu (tarcia) 0,4 - 0,6 (lub 80 -110)*

*Każda deska musi mieć system pióro - wpust na wszystkich bokach, deska musi być fabrycznie lakierowana na „gotowo”, a linie boisk muszą być malowane oryginalnymi farbami dostarczonymi przez producenta systemu podłogowego.*

**UWAGA:**

*Na podłodze sportowej planuje się ustawienie i rozkładanie trybun, dlatego systemowa podłoga sportowa musi umożliwiać przenoszenie zwiększonego obciążenia.*

*W przypadku konieczności wykonania wzmocnienia w sposób zmieniający konstrukcję podłogi (np. poprzez zmianę rozstawu osiowego legarów), zabieg ten nie może pogorszyć parametrów sportowych podłogi w stosunku do wyżej wymienionych wymagań.*



Obszar zwiększonego obciążenia podłogi trybunami pokazano na rysunku 01. Szczegółowe wymagania techniczne, które musi spełniać sportowa deska podłogowa lub panel zostały określone w załączniku nr 9 do SIWZ.”

#### Rozdział IX pkt 3. SIWZ

W zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć:

„1) certyfikat FIBA dla 1 poziomu; 2) certyfikat potwierdzający zgodność oferowanego systemu z normą PN-EN 14904 wydany przez uprawnioną instytucję lub laboratorium badawcze; 3) dokument potwierdzający parametry sportowe podłogi (np. wyniki badań laboratoryjnych, oświadczenie producenta); 4) fabryczną kartę techniczną panela podłogowego potwierdzającą m.in. wymiary panela, odporność na wgniecenia, grubość powłoki lakierowej, odporność na ścieranie, odbicie światła oraz opis dostępnych klas jakości desek podłogowych wraz ze zdjęciami desek; 5) fabryczną kartę techniczną przedstawiającą opis oferowanego systemu podłogowego wraz z rysunkami uwzględniającymi elementy konstrukcyjne podłogi.”

#### Rozdział XIV pkt 5. SIWZ

Do oferty ( załącznik nr 1 do SIWZ) powinny być załączone wszystkie dokumenty wymagane określone w rozdziale IX SIWZ, a także:

- 1) zaakceptowany projekt umowy (załącznik nr 2) + harmonogram - rzeczowo finansowy (załącznik nr 10),
- 2) załączniki nr 7, 8 i załącznik nr 9 z dokumentami pkt. 3 rozdział IX SIWZ.

Dokumenty wykonawca przedstawia w formie oryginałów lub kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Rozdział XVI SIWZ. Wymaga się by cena podana w formularzu ofertowym była ceną ryczałtową.

#### Rozdział XVIII pkt 1. SIWZ

Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zamawiający dokona wyboru oferty spośród nieodrzuconych ważnych - zgodnych z treścią niniejszej SIWZ. O wyborze najkorzystniejszej oferty zdecyduje ocena w zakresie kryterium - cena oferty -100%

Pkt 12. Zamawiający unieważni postępowanie o udzielenie zamówienia (zgodnie z art. 93 ust. 1 Pzp), jeżeli:

- 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (...),
- 4) cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może

przeznaczyć na sfinansowanie.

W formularzu oferty według wzoru Załącznika nr 1 do SIWZ w punkcie 5 wykonawca składał oświadczenie, że „oferowane przez naszą firmę roboty i usługi są zgodne z wymaganiami zamawiającego w tym zakresie określonym w SIWZ.”

W punkcie 16 formularza oferty podano, że „integralną częścią oferty są wszystkie załączniki do oferty wymagane w SIWZ jako niezbędne.”

W celu wykazania równoważności, w przypadku proponowanej zmiany w stosunku do założeń przyjętych w projekcie, wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty wypełniony Załącznik nr 8 do SIWZ, Tabela oceny technicznej – materiały - technologia, podający wyszczególnienie/element (branża wg dokumentacji/pozycji przedmiaru). Element – urządzenie równoważne, typ, producent. Należało załączyć do oferty dokumenty, które w sposób jednoznaczny stwierdzą równoważność.

Nawet gdy wykonawca nie proponował rozwiązań równoważnych opisanym w dokumentacji technicznej, zobowiązany był załączyć do oferty wypełniony Załącznik nr 9 do SIWZ – Karta oceny technicznej podłogi sportowej.

Wyszczególnienie - wymogi techniczne:

- 1) Budowa - panel wykonany z litego drewna lub warstwowy - tak/nie,
- 2) Rodzaj drewna - lite drewno dębowe, jesionowe lub bukowe, budowa warstwowa-warstwa użytkowa o grubości min. 7 mm - tak/nie,
- 3) Grubość całkowita min. 20,5 mm- tak/nie,
- 4) Szerokość deski podłogowej min. 120 mm - tak/nie,
- 5) Długość deski podłogowej min. 2200 mm- tak/nie,
- 6) Współczynnik odbicia światła max 50 %- tak/nie,
- 7) Całkowita grubość powłoki lakierowej min. 40 u. - tak/nie,
- 8) Odporność na wgniecenia (twardość ) min. 34 N/rnm<sup>2</sup> (3,4 wg skali BrineH'a) - tak/nie,
- 9) Redukcja siły min. 64% - tak/nie,
- 10) Odształcenia standardowe min. 2,4 mm- tak/nie,
- 11) Odbicie piłki min. 94%- tak/nie,
- 12) Współczynnik poślizgu (tarcia) 0,4 - 0,6 (lub 80 -110) - tak/nie,
- 13) Grubość systemu min. 89 mm- tak/nie,
- 14) Deska posiada pióro-wpust- tak/nie,
- 15) Deska fabrycznie lakierowana na gotowo, linie boisk malowane farbami producenta systemu podłogowego- tak/nie.

Z powyższego wynika, że zamawiający określił wielkości poszczególnych parametrów - maksymalne lub minimalne, wykonawca natomiast zobowiązany był podać w ofercie

rzeczywistą skonkretyzowaną wartość oferowaną.

Wymagania min. oświadczenie Wykonawcy tak/nie \* niepotrzebne skreślić.

W kolumnie czwartej załącznika nr 9 wykonawca zobowiązany był: (oferta wykonawcy - uzupełnić-wymóg konieczny).

2) w kolumnie 4 - oferta Wykonawcy - wykonawca zobowiązany był wpisać oferowane parametry podłogi sportowej.

1) w załączeniu wykonawca zobowiązany był przedstawić: dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań technicznych podłogi sportowej, (w przypadku dokumentów sporządzonych w języku obcych należy dołączyć tłumaczenie na język polski podpisane przez Wykonawcę): certyfikat FIBA dla 1 poziomu

- certyfikat potwierdzający zgodność oferowanego systemu z normą PN-EN 14904 wydany przez uprawnioną instytucję lub laboratorium badawcze,

- dokument potwierdzający parametry sportowe podłogi (np. wyniki badań laboratoryjnych, oświadczenie producenta),

- fabryczną kartę techniczną panela podłogowego potwierdzającą m.in. wymiary panela, odporność na wgniecenia, grubość powłoki lakierowej, odporność na ścieranie, odbicie światła oraz opis dostępnych klas jakości desek podłogowych wraz ze zdjęciami próbek,

- fabryczną kartę techniczną przedstawiającą opis oferowanego systemu podłogowego wraz z rysunkami uwzględniającymi elementy konstrukcyjne podłogi.

Projektant złożył oświadczenie załączone do SIWZ, że *„przedstawione w projekcie budowlanym i projekcie wykonawczym wybory konkretnych materiałów i rozwiązań (z podaniem typu i producenta) są wskazaniem parametrów dających możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych.”*

Zamawiający podał, że w dokumentacji technicznej projektant w odniesieniu do podłogi sportowej oparł się na rozwiązaniach systemu HARO Berlin 12, jednocześnie zamawiający opisał w SIWZ niektóre parametry wymagane odnośnie podłogi sportowej, które były już przytaczane wyżej. Dobrał te parametry według swoich potrzeb.

W zakresie dotyczącym zarzutów odwołania postanowienia SIWZ nie były przedmiotem wyjaśnień zamawiającego ani modyfikacji SIWZ.

Odwołujący w dokumentach swojej oferty załączył:

Załącznik nr 8 bez wypełnienia, co oznaczało, że nie będzie stosował materiałów i rozwiązań równoważnych.

Załącznik nr 9, gdzie pominął wskazania SIWZ i nie oznaczył w kolumnie 4 oferowanych rzeczywistych parametrów podłogi sportowej. Przy poszczególnych pozycjach parametrów w kolumnie 4 załącznika 9 wpisał słowo "TAK". Żadne materiały informacyjne, certyfikaty itp., które były wymagane w SIWZ nie zostały do oferty odwołującego dołączone.

Oferta odwołującego została podpisana przez p. S..... W....., z przekroczeniem zakresu umocowania, jaki został określony w załączonym do oferty pełnomocnictwie dla wymienionej osoby, gdyż wartość brutto ofertowana wynosiła 5 040 540,00 zł, natomiast pan Wilski został umocowany do składania oświadczeń w postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których wartość nie przekracza 5 mln zł., co odwołujący przyznał w treści odwołania i załączył do odwołania właściwe pełnomocnictwo uprawniające pełnomocnika do składania oświadczeń gdy kwota przekracza 5 mln zł. Pełnomocnictwo zostało wystawione w dniu 13 lipca 2012 r., termin składania ofert mijał 16 lipca 2012 r., a oferta została nadana pocztą 13 lipca 2012 r.

Z protokołu postępowania wynika, że szacunkowa wartość zamówienia wynosiła – 4 760 188,75 zł.

Zamawiający na otwarciu ofert, podał w trybie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 5 500 000,00 zł.

Oferty złożyli:

- 1) PB MHAM PAECH sp. z o.o. – cena 6 691 480,00 zł,
- 2) MORIS SPORT sp. z o.o. – cena 5 162 574,99 zł,
- 3) TAMEX Obiekty Sportowe SA. – cena 5 040 540,00 zł,
- 4) SKANSKA SA. – cena 6 220 972,44 zł,
- 5) CASTELLUM Sp. z o.o. – cena 6 574 587,59 zł,
- 6) FHU FEWATERM F. Czuba W. Czuba sp.j. - cena 7 504 797,67 zł,
- 7) REM-BUD Krzysztof Kowal –Gąska – cena 7 234 000,00 zł,
- 8) OZ-BUD sp. z o.o. – cena 6 295 111,20 zł,
- 9) PBH ARKOP K. Pianowski sp. j. – cena 6 779 420,75 zł,
- 10) GRAND ZUPH A. Grygiel – cena 5 671 732,95 zł.

Za wyjątkiem ofert:

- FHU FEWATERM F. Czuba W. Czuba sp.j. - cena 7 504 797,67 zł,
- SKANSKA SA. – cena 6 220 972,44 zł,
- REM-BUD Krzysztof Kowal –Gąska – cena 7 234 000,00 zł,

- których ceny były wyższe od kwoty podanej na otwarciu ofert, zamawiający pozostałe oferty odrzucił i unieważnił postępowanie, gdyż środki, które zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, nie pozwalały na wybór najkorzystniejszej ważnej oferty wykonawcy SKANSKA S.A. Cena zaoferowana przez odwołującego TAMEX wynosi 5 040 540,00 zł, i mieści się w budżecie zamawiającego.

Pismami wystawionymi dnia 20 lipca 2012 r. zamawiający zawiadamiał wykonawców, że:

*„Zgodnie z art. 93 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010, nr 113, poz. 759 ze zmianami), Wójt Gmina Oleśnica zawiadamia, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych na zadanie pn: Budowa wielofunkcyjnej hali sportowej przy Gminnym Gimnazjum w Oleśnicy. Numer ogłoszenia: 227478 - 2012; data zamieszczenia: 29.06.2012 zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.”*

*„Zgodnie z art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień Publicznych ( Dz. U. z 2010, nr 113, poz. 759) Wójt Gmina Oleśnica zawiadamia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych na zadanie pn: Budowa wielofunkcyjnej hali sportowej przy Gminnym Gimnazjum w Oleśnicy. Numer ogłoszenia: 227478 - 2012; data zamieszczenia: 29.06.2012 oferta [Odwołującego] została odrzucona na podstawie:*

- 1) *art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy pzp,*
- 2) *art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.*

*Uzasadnienie prawne:*

- *art. 89 ust 1 pkt. .2 ustawy Pzp - treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków*
- *art. 83 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp - jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów - art. 104 Kodeksu cywilnego.*

*Uzasadnienie faktyczne:*

- 1) *Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ Rozdział III. - opis przedmiotu zamówienia - pkt 6, uszczegółowienie wymagań dotyczących podłogi sportowej określił w załączniku nr 9 do SIWZ wymagania techniczne, które musi spełniać deska podłogowa lub panel warstwowy - karta oceny technicznej podłogi sportowej – wyszczególnienie, w kolumnie - oferta wykonawcy zgodnie z zapisami siwz należało wpisać oferowane parametry podłogi sportowej - nie uzupełniono zgodnie z wymogami, brak możliwości oceny oferty.*
- 2) *Oferta została podpisana przez osobę z przekroczeniem zakresu pełnomocnictwa.”*

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, skoro złożył najtańszą ofertę w postępowaniu, zatem w przypadku potwierdzenia się stawianych zamawiającemu zarzutów bezpodstawności odrzucenia tej oferty, odwołujący mógłby ponieść szkodę w wyniku uchybienia przez zamawiającego przepisom ustawy Pzp - w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i utraty możliwości zrealizowania zamówienia. Odwołanie zostało złożone w zakresie dozwolonym przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. na czynność odrzucenia oferty odwołującego, zatem w tym też zakresie podlegało rozstrzygnięciu.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że w formularzu oferty, ani w opisie w kolumnie 4 Załącznika nr 9 do oferty, odwołujący nie złożył oświadczenia, jaki konkretny system podłogi sportowej oferuje, które pozwalałoby na jednoznaczną identyfikację proponowanego przez niego przedmiotu zamówienia. Ograniczył się jedynie do ogólnikowego oświadczenia w formularzu oferty, że oferuje przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami postawionymi SIWZ. Do oferty nie zostały dołączone żadne wymagane w SIWZ w trybie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dokumenty przedmiotowe na potwierdzenie, że oferowany wyrób spełnia wymagania zamawiającego, w oparciu o które można by stwierdzić system podłogi sportowej, jaką zamierzał zaoferować odwołujący. W żaden sposób nie dało się ustalić w oparciu o dokumentację oferty, że odwołujący oferuje systemu podłogi sportowej Junckers UNOBAT 62+ o oznaczonych parametrach, co zostało przez odwołującego wskazane dopiero na rozprawie.

Odwołujący nawet w uzasadnieniu odwołania nie podał jaki zaoferował system podłóg i jakiego producenta – odwołał się ogólnie, że produkt jest zgodny z opisem SIWZ i w dokumentacji projektowej oraz potwierdził wartości brzegowe parametrów wyspecyfikowanych w Załączniku nr 9 do SIWZ. Zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W tym przypadku, zamawiający nie poprzestał na opisie podłogi sportowej w dokumentacji projektowej, a uzupełnił ten opis wprost w SIWZ, zarówno w rozdziale III pkt 3 ppkt 6 Uszczegółowienie wymagań dotyczących podłogi sportowej, jak i w Załączniku nr 9 do SIWZ.

Odwołujący był zobowiązany do jednoznacznego podania w ofercie jaki system

podłogi sportowej zaoferował zamawiającemu, jakiego producenta, a w szczególności oznaczenia w konkretnych wielkościach wyspecyfikowanych w 15 pozycjach parametrów, co wynikało z wyraźnych wymagań zamawiającego odnośnie sposobu wypełnienia Załącznika nr 9. Postanowienia SIWZ były obowiązujące dla wykonawców, jak i zamawiającego, który nie może od nich odstępować w trakcie oceny ofert. Izba natomiast weryfikuje czynności zamawiającego w oparciu o warunki ustalone w przetargu i specyfikację udostępnioną wykonawcom, której postanowienia są wiążące.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności takie jak wyżej opisane, dyskwalifikują ofertę odwołującego, albowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Do zmiany treści oferty, czy też dookreślenia oferowanego świadczenia, nie mogą prowadzić dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - ma wyłącznie na celu potwierdzenia przez wykonawcę dokumentami, że oferowane przez niego roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku, wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia.

W ocenie Izby, wykonawca TAMEX powinien w Załączniku nr 9 do formularza oferty – określić konkretnie oferowany system podłogi sportowej, pozwalający na pełną identyfikację tego wyrobu, a przynajmniej podać skonkretyzowane wielkości wskazanych parametrów. Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja odwołującego o możliwości identyfikacji wyrobu, skoro warunek merytoryczny dla wszystkich wykonawców był ten sam i polegał na obowiązku podania oznaczonych parametrów podłogi sportowej. Izba reprezentuje zapatrywanie, że oferta nie może dawać możliwości do dodatkowych poszukiwań jej treści. Według Izby, treść oferty musi być jednoznaczna w celu możliwości poddania jej weryfikacji pod względem jej zgodności z treścią SIWZ. Nie podlegającą uzupełnieniom treść oferty stanowiły: formularz ofertowy i wypełniony Załącznik nr 9. Załącznik ten nie odnosił się do wykazania równoważności oferowanych podłóg, ponieważ w tym zakresie obowiązywał wzór Załącznika nr 8 do SIWZ. Okoliczność przyznaną i potwierdzoną dowodem treści Załącznika nr 9 w ofercie wykonawcy TAMEX było, że nie dokonał on wymaganego w kolumnie 4 oznaczenia parametrów oferowanej podłogi. Zamawiający nie opisał w całości przedmiotu zamówienia w dokumentacji technicznej za pomocą jednego systemu podłóg sportowych, albowiem oznaczył odrębnie według własnych potrzeb niektóre wymagane parametry podłogi sportowej. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że oświadczenie należało złożyć w kolumnie nr 3 załącznika 9, czy parametr jest spełniony – „tak” lub „nie”. Natomiast

nie zwalniało to odwołującego od podania skonkretyzowanych parametrów w kolumnie nr 4. Przy wynagrodzeniu ryczałtowym ustalonym w przedmiotowym przetargu - zamawiający chciał bowiem wiedzieć - co konkretnie oferuje wykonawca za podaną cenę, a podłoga sportowa jest jednym z najważniejszych elementów hali sportowej. Dlatego też konkretnie oferowany system i parametry miały wpływ na cenę oferty i powinny zostać sprecyzowane w sposób jednoznaczny.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ. Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na obecnym etapie brak było podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy przetargu byli związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobu spełnienia wymagań zamieszczonym w SIWZ.

Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej - musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennność ta przejawiała się w zakresie nieopisania proponowanego przedmiotu zamówienia, a więc nie zaoferowania



właściwości podłogi sportowej o konkretnie oznaczonych wielkościach parametrów technicznych. Wobec powyższego na mocy przywołanego wyżej przepisu, zamawiający zobligowany był ofertę odwołującego TAMEX odrzucić. Stwierdzona niezgodność była na tyle oczywista, że nie wymagała stosowania fakultatywnego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – które mogłoby jedynie prowadzić do niedozwolonego dookreślenia - uzupełniania treści oferty, a więc jej zmiany po upływie wyznaczonego terminu złożenia, czego wymieniony przepis nie dozwala.

Izba nie znalazła podstaw, do uznania zasadności czynionych zamawiającemu zarzutów, że pominął on zastosowanie procedury sprostowania omyłki w ofercie TAMEX w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, na co wskazywał odwołujący, uznając braki w swojej ofercie jako nieistotne odstępstwo od treści SIWZ, gdyż rzekomo zastosował „nawierzchnię podłóg wskazaną przez projektanta.” Po pierwsze, odwołujący przyznał, że celowo nie wypełnił Załącznika nr 9, gdyż „*nie zaoferował rozwiązań równoważnych,*” a więc nawet nie powoływał się na popełnienie omyłki. W przekonaniu odwołującego konieczność uszczegóławiania w Załącznika 9 była wymagana tylko „*w przypadku zastosowania rozwiązań równoważnych.*”

Ponadto, sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może podlegać treść oferty, która została w jakiś sposób wyartykułowana. W tym zaś przypadku – niezgodność polegała na braku podania wielkości wskazanych przez zamawiającego 15-tu skonkretyzowanych parametrów oferowanej podłogi. W żaden zatem sposób wymieniony brak nie mógłby być konwalidowany – jako sprostowanie omyłki niepowodującej zmian w treści oferty.

Brak pełnomocnictwa lub niewłaściwe pełnomocnictwo oraz dokumenty przedmiotowe - wprawdzie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - ale nie jest to wymóg bezwarunkowy, należało mieć bowiem na względzie, że zamawiający jest z tego obowiązku zwolniony, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Wzywanie zatem odwołującego do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa osoby, która podpisała ofertę – było bezprzedmiotowe, jak również wzywanie do złożenia wymaganych kart technicznych wyrobu, certyfikatów, wyników z badań, nie znajdowałoby uzasadnienia.

Zamawiający wskazywał, że nie posiadał wystarczających środków aby zawrzeć umowę z wykonawcą, którego kolejno sklasyfikowana oferta i niepodlegająca odrzuceniu podawała ceną wyższą niż środki które zamawiający mógł przeznaczyć na realizację zamówienia i z tych przyczyn unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis art. 180 ust 2 ustawy Pzp, nie przewiduje wnoszenia odwołań i kognicji

Izby w odniesieniu do czynności unieważnienia postępowania - przy podprogowej wartości szacunkowej zamówienia. Z wymienionych względów, Izba w tym zakresie mogła jedynie poprzestać na stwierdzeniach zamawiającego, które dodatkowo potwierdzał materiał dowodowy sprawy.

Dowody przeprowadzone w niniejszej sprawie nie wykazały zasadności czynionych zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 i 2 przez odrzucenie oferty odwołującego - za treść nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mimo wypełnienia Załącznika nr 9 dotyczącego wymagań technicznych w odniesieniu do zaoferowanej podłogi sportowej, tożsamej z podłogą zaprojektowaną;

2) art. 89 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 26 ust. 3 przez brak wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa;

3) art. 93 ust. 1 pkt 4, mimo dysponowania ofertą spełniającą wszystkie wymagania zamawiającego i mieszczącą się w budżecie - unieważnienia postępowania;

- odrzucenie złożonej oferty oraz unieważnienie postępowania, w ocenie Izby znajdowało normatywne wsparcie.

W konsekwencji nie znalazły również potwierdzenia zarzuty naruszenia zasad art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 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:**

.....

