

Sygn. akt: KIO 268/21

WYROK

z dnia 19 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **InterHall Sółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Katowicach, ul. Milowicka 1f, 40-312 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Nasielsk ul. Elektronowa 3, 05-190 Nasielsk**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża InterHall Sółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **InterHall Sółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Katowicach na rzecz **Gminy Nasielsk** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Nasielsk (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” lub „pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Modernizacja stadionu miejskiego w Nasielsku”, numer referencyjny IZP.271.18.2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 6 listopada 2020 roku, numer 607697-N-2020.

Pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Anmed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dzierżysławiu. W terminie ustawowym Wykonawca InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 91 ust. 1 pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez wybór, jako najkorzystniejszej oferty Anmed sp. z o.o. (dalej: „Anmed”) pomimo, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu;
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Anmed pomimo, że jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w zakresie przedłożonych próbek, sprawozdania z badań na zawartość metali ciężkich oraz wielopierścieniowych węglowodanów aromatyzowanych, świadectwa higieny (atesty PZH) dla oferowanych składników systemu nawierzchni syntetycznej oraz dokumentu potwierdzającego status FIFA PREFERRED PRODUCER (FPP) lub FIFA LICENCEE PRODUCER (FLP);
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o. (dalej: „Panorama”) pomimo, że jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie przedłożonych próbek,

a w razie uznania, że oferta wykonawcy Anmed nie podlega odrzuceniu w świetle zarzutu nr 2:

- 4) naruszenie art. 26 ust. 3 pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Anmed do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w treści Rozdziału 8.6.2.lit. e), g) oraz i) SIWZ, pomimo że przedłożony przez wykonawcę Anmed dokument nie potwierdza spełnienia przez oferowane roboty budowlane wymogów Zamawiającego.

Mając na uwadze postawione zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia oferty Anmed, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 4) odrzucenia oferty Panorama, jako oferty której treść nie odpowiada treści SIWZ,

a w razie uznania, że oferta wykonawcy Anmed nie podlega odrzuceniu:

- 5) wezwanie wykonawcy Anmed do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w treści Rozdziału 8.6.2.e), g) oraz i) SIWZ.

W opisie stanu faktycznego Odwołujący wskazał m.in., że wymogi w zakresie tzw. dokumentów przedmiotowych, potwierdzających spełnienie przez oferowane roboty budowlane wymogów Zamawiającego zostały określone w Rozdziale 8.1. SIWZ, przytaczając część tego postanowienia i zaznaczył, że dokumenty składane na późniejszym etapie, w odpowiedzi na wezwanie do ich złożenia na podstawie art. 26 ust. 2 pzp, zostały wymienione w pkt. 8.6.2. SIWZ.

Odwołujący podał, że wykonawcy Anmed oraz Panorama nie przedstawili próbek zgodnie z podpunktem Rozdziałem 8.1.d) SIWZ, zaznaczając, że mają one charakter odrębny w stosunku do pozostałych żądanych próbek, bowiem wymagana próbka systemu nawierzchni syntetycznej to nie tylko trawa, ale również jej zasyp. Zamawiający określając masę zasypu nie zezwolił na zastosowanie trawy bezzasypowej. Zamawiający pismem z 4 grudnia 2020 roku zwrócił się do wykonawcy Anmed na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie próbek wymaganych stosownie do pkt 8.1. SIWZ, wskazując, że złożone próbki nie spełniają wymogów formalnych w zakresie wymiarów określonych w pkt 8.1. ppkt c, d, e i f oraz wzywając do przedstawienia przyczyn dotyczących niezachowania przez przedstawione próbki wymaganych wymiarów. W odpowiedzi na powyższe, wykonawca Anmed wyjaśnił, iż przyczyną niezachowania wymiarów próbki jest fakt, że producent dysponuje wyłącznie takim rozmiarem, jaki został wysłany wraz z ofertą i wskazał jednocześnie, iż próbki nie odbiegają od wymagań i są

zgodne z zapisami SIWZ pkt 8.1. Zamawiający w dniu 27 listopada 2020 roku, wezwał wykonawcę Anmed do uzupełnienia próbek, za podstawę przyjmując art. 26 ust. 3 pzp.

Następnie Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 2 pzp, wykonawca Anmed złożył w dniu 17 grudnia 2020 roku między innymi: Certyfikat dotyczący posiadania przez POLYTAN GmbH statusu PREFERRED PRODUCER od dnia 1 grudnia 2020 roku (dalej: „Certyfikat”); Atest Higieniczny nr 318/322/322/2020 z dnia 3 września 2020 roku (dalej: „Atest”); Sprawozdanie J.S. H. Poland sp. z o.o. numer 436803/20/TOYP (dalej: „Sprawozdanie”), w odniesieniu do których Zamawiający nie prowadził dalszego postępowania wyjaśniającego, w tym nie wzywał do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 pzp.

Uzasadniając pierwszy zarzut Odwołujący przywołał art. 91 ust. 1 pzp i wskazał, że oferta wykonawcy Panorama podlega odrzuceniu lub uznaniu za odrzuconą wobec podlegania przez tego wykonawcę wykluczeniu z postępowania, względnie Zamawiający obowiązany był prowadzić dalsze badanie i ocenę ofert, w tym skierować do wykonawcy Panorama wezwanie do uzupełnienia dokumentów złożonych w następstwie wezwania na podstawie art. 26 ust. 2 pzp. W ocenie ofert nie mogą brać udziału tego rodzaju oferty, co prowadzi do przekonania o naruszeniu powyższego przepisu pzp.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wykonawców Anmed i Panorama na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w związku z art. 90 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak próbek oraz bezpodstawne ich uzupełnienie, Odwołujący przywołał art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp i art. 87 ust. 1 zdanie drugie pzp oraz stwierdził, że okolicznością bezsporną w niniejszej sprawie jest brak złożenia przez wykonawców Anmed oraz Panorama próbek systemu nawierzchni, opisanych w Rozdziale 8.1.d) SIWZ. Co istotne, Wykonawca Anmed był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Odwołujący zauważył, że Zamawiający konsekwentnie rozróżnia próbki samej trawy na kort tenisowy (Rozdział 8.1.c) oraz próbkę systemu nawierzchni na kort tenisowy (Rozdział 8.1.d), która obejmuje również zasyp trawy dla kortu tenisowego. Próbka, o której mowa w Rozdziale 8.1.d) SIWZ jest jedynym elementem, który wskazuje na to, jaki zasyp oferuje wykonawca. Skoro Zamawiający przyjął, że kwestia zastosowanego zasypu zasługuje na odrębne potraktowanie w katalogu próbek, była to pozycja o istotnym dla niego znaczeniu. Złożone próbki są w przypadku niniejszego postępowania nie tyle dokumentem przedmiotowym, ale integralną częścią oferty, na co wskazuje chociażby wskazanie terminu ich złożenia - innego niż dokumentów przedmiotowych. Przedłożone próbki determinują treść oferty - określają jednoznacznie, co wykonawca oferuje Zamawiającemu. Oferta to nie tylko cena ujęta w formularzu ofertowym, ale też wskazanie określonych produktów, które oferuje się

Zamawiającemu. Jednoznaczne określenie oferowanych produktów stanowi element przedmiotowo istotny oświadczenia woli, jakim jest złożona w postępowaniu oferta. Zdefiniowania tych produktów wymagał Zamawiający właśnie poprzez wprowadzenie obowiązku złożenia próbek. W treści Rozdziału 8.1 SIWZ Zamawiający zawarł katalog próbek dla elementów zamówienia, których jakość - jak należy domniemywać - ma dla Zamawiającego fundamentalne znaczenie. Próbkami te mają za zadanie określić oferowane produkty oraz potwierdzić posiadanie przez nie określonych cech i parametrów. Odwołujący powołał się na orzeczenia Izby z dnia 7 kwietnia 2016 roku (KIO 426/16) oraz z dnia 28 września 2020 roku (KIO 1974/20), a następnie stwierdził, że skierowanie do wykonawcy wezwania do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 pzp było pozbawione podstaw. Jest ono w swych skutkach jednoznaczne z prowadzeniem negocjacji, co do treści oferty, które są niedopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, a opisane uchybienia kwalifikują ofertę wykonawców Anmed i Panorama do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W ocenie Odwołującego wykonawca Anmed przedłożył próbki o wymiarach niespełniających oczekiwań Zamawiającego, co Zamawiający sam zauważył, kierując do niego wezwanie do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 pzp. Zarówno z treści wezwania, jak i z treści odpowiedzi wykonawcy Anmed wynika, że dostarczone próbki mają nieprawidłowe wymiary. Zamawiający porzucił na zdawkowej odpowiedzi, potwierdzającej niezgodność z SIWZ i nie zastosował żadnej sankcji, a zwłaszcza oczywiście w takim przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Anmed na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Postępowanie wyjaśniające po złożeniu ofert nie jest miejscem ani czasem do pozostawionego bez konsekwencji przyznawania się do niezgodności z SIWZ. Na tego rodzaju działania jest czas przed złożeniem oferty.

Uzasadniając zarzut dotyczący przedstawionego przez wykonawcę Anmed certyfikatu, wymaganego w Rozdziale 8.6.2.lit. e) SIWZ Odwołujący wskazał, że złożony dokument jest dotknięty zasadniczą wadliwością. Analiza Certyfikatu wskazuje, że status „FIFA PREFERRED PRODUCER” dostawca trawy syntetycznej, POLYTAN GmbH uzyskał 1 grudnia 2021 roku, a zatem po terminie składania ofert. Nie potwierdza on zatem spełniania przez ofertę wykonawcy Anmed wymogów Zamawiającego. Z powyższej przyczyny oferta wykonawcy Anmed nie odpowiada wymogom postawionym w treści SIWZ, a w konsekwencji podlega odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego także Atest, przedłożony w odpowiedzi na wymóg określony w treści Rozdziału 8.6.2.lit. g) SIWZ, jest wadliwy, bowiem został wystawiony dla trawy syntetycznej Polytan w następujących wariantach: TRAWA SYNTETYCZNA POLYTAN: LigaTurf Cross, LigaTurf Legend Pro, LigaTurf Motion, LigaTurf RS+, Ligagrass Synergy, Ligagrass PRO, LigaTurf RS PRO II, LigaTurf PRO, LigaTurf Legend PRO na podkładzie

lateksowym lub poliuretanowym, natomiast inne przedłożone dokumenty, opiewają na zupełnie inne produkty tj.: Raport LABOSPORT: Liga Turf RS+ CoolPlus WorldCup Edition 260 W ACS 85 EPDM R(DG); Karta techniczna trawy: Liga Turf RS+ CoolPlus WorldCup Edition 260 W ACS 85 EPDM R; Autoryzacja producenta: Liga Turf RS+ CoolPlus WorldCup Edition 260 W ACS 85 EPDM R; Certyfikat FIFA: Liga Turf RS+ CoolPlus WCE 260 W ACS 85 EPDM R (DG); Raport Techniczny EN15306:2014 - Liga Turf RS +; Aneks do sprawozdania reakcji na ogień: Liga Turf RS +, między innymi 260. W związku z tym przedłożony Atest nie dotyczy oferowanej trawy syntetycznej, bowiem jej nie wymienia.

W uzasadnieniu rzutu odnoszącego się do Sprawozdania, wymaganego stosownie do Rozdziału 8.6.2. lit. i) SIWZ, Odwołujący stwierdził, że jest ono dotknięte zasadniczą wadliwością, bowiem jego treść, po przeanalizowaniu dostępnych dokumentów dotyczących tej kwestii, wskazuje, że jego wystawca nie posiada stosownej akredytacji. W nagłówku określono bowiem powołanie się na numer akredytacji laboratorium „AB 079”, a analiza treści Certyfikatu AB 079, a zwłaszcza załącznika do niego, opisującego zakres akredytacji wskazuje, że z zakresu akredytacji Certyfikatu AB 079 nie wynika, że J.S. Hamilton Poland sp. z o.o. może przeprowadzać w szczególności badania na zawartość metali ciężkich oraz wielopierścieniowych węglowodanów aromatyzowanych (WWA) w granulacie EPDM z recyklingu oraz badania na zawartość metali ciężkich oraz wielopierścieniowych węglowodanów aromatyzowanych (WWA) w granulacie EPDM z recyklingu potwierdzających zgodność z Rozporządzeniem (WE) 1907/2006 REACH. Zakres akredytacji nie obejmuje również: normy EN 71-3:2019 odnośnie migracji określonych pierwiastków poza migracją cyny organicznej do płynów modelowych; PB-235/GC wyd. II z dn. 13.01.2014 (Zawartość WWA); PB-233/ICP wyd. II z dn. 15.11.2017; rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 REACH. Z samej istoty akredytacji wynika, że stanowi ona potwierdzenie dla określonego podmiotu do wykonywania określonych czynności. Podmiot akredytowany w jednym zakresie nie ma uprawnień do realizacji działań w innym zakresie (jego zakres uprawnień jest dokładnie tożsamy z jednostką, która w ogóle nie ma jakiegokolwiek akredytacji). J.S. H. Poland sp. z o.o. zaznaczył w treści Sprawozdania wszystkie badania jako „akredytowane”. Zgodnie z normą PN-EN ISO/IEC 17000:2006 akredytacja jest to „atestacja przez stronę trzecią, dotycząca jednostki oceniającej zgodność, służąca formalnemu wykazaniu jej kompetencji do wykonywania określonych zadań w zakresie oceny zgodności.

W podsumowaniu tej części odwołania Odwołujący stwierdził, że w powyższym zakresie wykonawca Anmed nie sprostął wymogom postawionym w treści SIWZ, a dotyczącym dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania przez roboty wymogów Zamawiającego. Odwołujący przywołał przepis art. 26 ust. 3 pzp i zaznaczył, że w wypadku

przyjęcia, że oferta Wykonawcy Anmed nie podlega odrzuceniu lub uznaniu za odrzuconą z innej przyczyny, zgłosił jako ewentualny zarzut naruszenia tego przepisu oraz ewentualne żądanie co do rozstrzygnięcia odwołania. Wskazane dokumenty nie były przedmiotem wezwania do uzupełnienia, co oznacza, że w wypadku zajścia opisanych powyżej okoliczności, wobec ich wadliwości, uzasadnione będzie nakazanie Zamawiającemu wezwania do ich uzupełnienia.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, zaś Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez:

- Odwołującego w postaci: korespondencji e-mail z Zamawiającym z 18 i 19 listopada 2020 r. w sprawie interpretacji pkt 8.1. SIWZ lit. c i d; atestów higienicznych z 3 września 2020 r. i z 19 listopada 2010 r. oraz oświadczenia Polytan GmbH z dnia 10 grudnia 2020 r.; sprawozdań z badań: sporządzonego przez HAMILTON (złożonego przez wykonawcę Anmed) i sporządzonego przez KOMAG,
- Zamawiającego w postaci: Certyfikatu obiektu – Narodowy Stadion Rugby z 16 października 2020 r., Raportu z badań laboratoryjnych FIFA – podręcznik 2015, 01.01.2015 (wyciąg) wskazującego na Polytan GmbH jako Licencjobiorcę FIFA; oświadczenie Polytan GmbH z 11 lutego 2021 r.; atestu higienicznego wraz z autoryzacją i kartą produktu oraz atestu higienicznego wraz z autoryzacją i Raportem FIFA z badania laboratoryjnego, atestu higienicznego wraz z autoryzacją i informacją techniczną produktu; Informacji HAMILTON z dnia 28 stycznia 2021 r. dotyczącej posiadania nieprzerwanie od 1996 r. Certyfikatu Akredytacji nr AB 079 wraz z załącznikami tj. Certyfikatem akredytacji, Zakresem Akredytacji, Listą prowadzonych badań.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka p. E.L., który według oświadczenia Zamawiającego posiada wiadomości specjalne z zakresu sporządzania i wydawania certyfikatów, atestów, sprawozdań, a który według oświadczenia Odwołującego, któremu Zamawiający nie zaprzeczył, jest pracownikiem wykonawcy Panorama. Jak wynikało ze stanowiska Zamawiającego, przedstawionego na rozprawie, świadek mógłby doprecyzować jego stanowisko w odniesieniu do ww. dokumentów, czy udzielić dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie.

Stosownie do art. 541 ustawy NPzp *Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.*

W ocenie Izby fakty niezbędne dla rozstrzygnięcia odwołania zostały stwierdzone innymi dowodami.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Natomiast do postępowania odwoławczego zastosowanie mają przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę w postępowaniu, która uplasowała się na trzeciej pozycji, za ofertami wykonawców Anmed oraz Panorama. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, termin związania ofertą nie upłynął. W wypadku uwzględnienia odwołania, a następnie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Anmed i Panorama, po ponownej czynności oceny ofert, oferta złożona przez Odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W wyniku opisanego czynności i zaniechań Zamawiającego, naruszających przepisy ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę, polegającą na utracie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji zamówienia. Pomiędzy działaniami Zamawiającego a potencjalną szkodą Odwołującego występuje adekwatny związek przyczynowy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do pkt 8.5. SIWZ w postępowaniu została zastosowana procedura, o której

mowa w art. 24aa ustawy Pzp. Jak zostało ustalone, Zamawiający nie badał czy inni wykonawcy, niż wykonawca Anmed, który złożył ofertę najwyższej ocenioną, spełniają warunki udziału w postępowaniu i podlegają wykluczeniu z postępowania. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z dnia 25 listopada 2020 r., w postępowaniu zostały złożone cztery oferty, w których okres gwarancji, będący drugim (z dwóch) kryteriów oceny ofert, był analogiczny. Najniższą cenę zawierała oferta wykonawcy Anmed, następnie oferta wykonawcy Panorama, a w dalszej kolejności oferta Odwołującego.

Zgodnie pkt 8.1. SIWZ „Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca:

- a) nie podlega wykluczeniu – Załącznik Nr 3 do SIWZ,
- b) spełnia warunki udziału w postępowaniu - Załącznik Nr 2 do SIWZ,
- c) próbkę min. 20x30cm oferowanej trawy na kort tenisowy z oryginalną metryką producenta;
- d) próbki oferowanego systemu nawierzchni syntetycznej próbka o min. wymiarach 20 cm x 25 cm)- kort tenisowy
- e) próbka podkładu o wymiarach min 10x10 cm — boisko ze sztucznej nawierzchni;
- f) próbkę trawy syntetycznej o wymiarach min 20x25cm z etykietą producenta- boisko ze sztuczną nawierzchnią;”

Stosownie do pkt 8.6.2. SIWZ: „W celu potwierdzenia, że zaoferowana sztuczna nawierzchnia spełnia wymagania Zamawiającego opisane NAWIERZCHNIA SYNTETYCZNA Z TRAWY SYNTETYCZNEJ projektu budowlano-architektonicznego TOM nr 1 załącznika nr 10 do SIWZ lub spełnia wymagania równoważne określone w punkcie 4.8.2. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego zobowiązany jest do złożenia następujących dokumentów:

- a) Certyfikat FIFA Quality PRO lub FIFA Quality dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni syntetycznej (system składający się z minimum sztuczna trawa + wypełnienie granulat EPDM z recyklingu/ techniczny). Dopuszcza się certyfikaty których ważność upłynęła w ciągu maksymalnie 3 lat od daty składania ofert.
- b) Raport z badań laboratoryjnych potwierdzających spełnienie wymogów FIFA Quality Programme for Football Turf dotyczący oferowanego systemu nawierzchni syntetycznej (system składający się z minimum sztuczna trawa + wypełnienie granulat EPDM z

recyklingu/techniczny) wykonanych przez akredytowane przez FIFA laboratorium (np. Lobosport, ISA Sport, Sportlabs) potwierdzające jakość produktu na najwyższym poziomie FIFA Quality Pro edycja 2015 (dostępny na www.FIFA.com) wraz z potwierdzeniem wszystkich wymaganych parametrów technicznych.

- c) Raport z badań testu Lisport (standard EN) na min. 200.000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej przeprowadzony przez niezależne i akredytowane przez FIFA laboratorium zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych — narażenie trawy na oddziaływania” potwierdzający, że próbka oferowanego włókna po min. 200.000 cykli nie wykazuje istotnych zmian i poważnych uszkodzeń (dopuszcza się niewielkie ubytki koloru i drobne rozczepienie włókna) i jest w dobrym stanie.
- d) Sprawozdanie z badań reakcji na ogień na system(składający się z minimum sztuczna trawa + wypełnienie EPDM z recyklingu/techniczny) zgodnie z normą PN-EN 13501-1 +A1:2010 dla materiałów podłogowych Masy min. Cfl-sl jako materiał trudnozapalny.
- e) Dokument potwierdzający posiadanie przez producenta statusu FIFA PREFERRED PRODUCER (FPP) lub FIFA LICENCEE PRODUCER (FLP).
- f) Karty techniczne potwierdzone przez producenta dla oferowanych składników systemu nawierzchni syntetycznej tj.: maty elastycznej typu elayer, trawy syntetycznej oraz wypełnienia (granulat gumowy).
- g) Świadectwo higieny (atesty PZH) dla oferowanych składników systemu nawierzchni syntetycznej tj.: maty elastycznej typu e-layer, trawy syntetycznej i wypełnienia (granulat gumowy EPDM z recyklingu/techniczny).
- h) Autoryzacja producenta trawy syntetycznej wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię.
- i) Sprawozdanie z badań na zawartość metali ciężkich oraz wielopierścieniowych węglowodanów aromatyzowanych (WWA) w granulacie EPDM z recyklingu potwierdzających zgodność z Rozporządzeniem (WE) 1907/2006 REACH wystawionych dla oferowanej partii materiału nie starsze niż 6 miesięcy.”

Izba zważyła, co następuje:

Nie potwierdziły się zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka. W związku z tym odwołanie zostało oddalone.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.*

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi: *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Na wstępie zauważenia wymaga, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest oceniana z uwzględnieniem definicji oferty, zawartej w art. 66 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ofertą jest oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Chodzi zatem o materialną sprzeczność zobowiązania zawartego w ofercie z zobowiązaniem, którego zamawiający oczekuje i który opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność ta występuje wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania Zamawiającego. Przepis ten nie stanowi zatem podstawy do odrzucenia oferty w przypadku niezgodności jej formy z postanowieniami SIWZ. Dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z konkretnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na czym ta niezgodność polega. W odniesieniu do dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane określonych przez Zamawiającego wymagań, oznacza to w szczególności powinność wskazania parametru oferowanego produktu, który nie znajduje potwierdzenia w tych dokumentach, a był wymagany w opisie przedmiotu zamówienia.

Przechodząc od powyższych uwag na grunt analizowanej sprawy, wskazania wymaga, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący odnosi do: próbek, jakie wykonawcy byli obowiązani złożyć wraz z ofertą stosownie do pkt 8.1. lit c,d,e,f SIWZ oraz do dokumentów, które wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona, miał złożyć na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, o których mowa w pkt 8.6.2 lit e, g, i tj. Dokumentu potwierdzającego posiadanie przez producenta statusu FIFA PREFERRED PRODUCER (FPP) lub FIFA LICENCEE PRODUCER (FLP), Świadectwa higieny (atesty PZH) dla oferowanych składników systemu nawierzchni syntetycznej tj.: maty elastycznej typu e-layer, trawy syntetycznej i wypełnienia (granulat gumowy EPDM z recyklingu/techniczny), Sprawozdania z badań na zawartość metali ciężkich oraz wielopierścieniowych węglowodanów aromatyzowanych (WWA) w granulacie EPDM z recyklingu potwierdzających zgodność z Rozporządzeniem (WE) 1907/2006 REACH wystawionych dla oferowanej partii materiału nie starsze niż 6 miesięcy, czyli odpowiednio do: Certyfikatu, Atestu, Sprawozdania.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących próbek, w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymaga, jaki charakter, zgodnie z SIWZ obowiązującą w analizowanym postępowaniu, miały próbki składane przez wykonawców wraz z ofertą, tj. czy stanowiły treść oferty (oświadczenia woli w rozumieniu art. 66 § Kodeksu cywilnego), czy jednak służyły potwierdzeniu, że oferowane roboty spełniają wymogi określone przez Zamawiającego, a wymóg ich przedłożenia wynika z SIWZ i ma oparcie w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.).

Rozdział 8 obejmuje *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania*. Z powyżej przedstawionych ustaleń wynika, że pkt 8.1. przewiduje wymóg, aby do składanej przez wykonawcę oferty zostały dołączone aktualne na dzień składania ofert oświadczenia stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca: nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także próbki, o podanych wymiarach, dotyczące m.in. oferowanej trawy na kort tenisowy z oryginalną metryką producenta oraz oferowanego systemu nawierzchni syntetycznej na kort tenisowy. Jak sam Odwołujący w odwołaniu wskazał: *„Wymogi w zakresie tzw. dokumentów przedmiotowych, potwierdzających spełnienie przez oferowane roboty budowlane wymogów Zamawiającego, zostały określone przez Zamawiającego w treści Rozdziału 8.1. SIWZ (dokumenty składane na etapie składania ofert)”*.

Z ww. brzmienia SIWZ oraz miejsca zamieszczenia postanowień odnoszących się do próbek, wynika, że nie stanowią one integralnej części oferty, lecz miały służyć potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi określone przez

Zamawiającego. Potwierdza to także okoliczność, iż SIWZ nie zawiera postanowień, z których by wynikało, że zostanie przeprowadzone przez Zamawiającego badanie tych próbek, w tym pod kątem kryteriów oceny ofert. Jak wyżej podano kryteria oceny ofert dotyczą jedynie ceny i gwarancji, nie odnoszą się do badania próbek. Nadto Zamawiający stwierdził na rozprawie, że żądane przez niego próbki miały jedynie charakter poglądowy. Na gruncie analizowanego postępowania, ww. próbki mają zatem charakter dokumentu przedmiotowego.

Nie można zatem zgodzić się z prezentowanym jednocześnie przez Odwołującego stanowiskiem, który niezależnie od powyżej przedstawionego stwierdzenia, wskazującego na to, że uznaje przedmiotowe próbki za dokumenty przedmiotowe, stwierdził również, że ww. próbki stanowią treść oferty, co wynika jego zdaniem m.in. z tego, że miały być złożone wraz z ofertą. Wbrew stanowisku Odwołującego, okoliczność, iż termin ich złożenia jest inny, niż dla pozostałych dokumentów przedmiotowych, jest bez znaczenia dla oceny ich charakteru w tym postępowaniu. Skoro stanowią one według SIWZ potwierdzenie, że oferowany przedmiot spełniania wymogi Zamawiającego, to fakt, iż miały być składane wraz z pozostałymi oświadczeniami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie oznacza, że straciły przez to status dokumentów przedmiotowych.

W związku z tym próbki podlegały uzupełnieniu i wyjaśnieniu z zastosowaniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, które to przepisy stanowiły podstawę wezwań Zamawiającego. Nie jest zatem zasadna argumentacja Odwołującego, że wezwanie do ich uzupełnienia było pozbawione podstaw i jest ono w skutkach jednoznaczne z prowadzeniem negocjacji co do treści oferty. Skoro próbki nie stanowią treści oferty, to nie ma do nich zastosowania wskazywany przez Odwołującego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który odnosi się do treści oferty, nadto nie był wskazywany przez Zamawiającego, jako podstawa wezwań kierowanych do wykonawcy Anmed.

W ocenie składu orzekającego nie jest także zasadna argumentacja Odwołującego zmierzająca do wykazania, że mimo wezwania do uzupełnienia próbek, wykonawca Anmed nie złożył próbek systemu. Jak wynika z korespondencji e-mail złożonej przez Odwołującego, w swoim wystąpieniu do Zamawiającego, odnoszącym się do pkt 8.1. SIWZ, wykonawca ten stwierdził: *„Informujemy, że w punkcie c) i d) Zamawiający zdublował wymóg co do trawy syntetycznej wymaganej na kort tenisowy, prosimy zatem o usunięcie z katalogu wymaganych dokumentów i próbek podpunktu d), ponieważ ta sama próbka jest już wymagana w podpunkcie c) niniejszego wykazu.”* W odpowiedzi Zamawiający podał: *„(...) prosimy o złożenie oferty zgodnie z wytycznymi. W punkcie d) jest mowa o systemie nawierzchni, a w punkcie c) o samej trawie. Na system, oprócz samej trawy, składa się*

również piasek.” Powyższe, tj. że na próbkę systemu składa się próbka trawy i próbka piasku zostało potwierdzone na rozprawie.

Skoro zatem nie jest sporne, że wraz z ofertą wykonawca Anmed złożył próbkę trawy na kort tenisowy, to w okolicznościach analizowanej sprawy, w sytuacji, gdy na wezwanie Zamawiającego do złożenia próbki oferowanego systemu nawierzchni syntetycznej, na który składa się ww. trawa i piasek, wykonawca złożył próbkę piasku, należy uznać, że cel wymogu złożenia próbek został osiągnięty. Zamawiający, jak zasadnie stwierdził, na skutek uzupełnienia próbki, dysponuje bowiem zarówno próbką trawy, jak i próbką systemu nawierzchni. Nadto jak stwierdził Zamawiający, żaden z wykonawców nie złożył dwóch próbek trawy i jednej piasku. Nawet, jeżeli Odwołujący, jak stwierdził na rozprawie, jako jedyny to uczynił, to w świetle treści SIWZ i ww. korespondencji pomiędzy nim a Zamawiającym (nie zostało wykazane, aby pytanie i udzielona odpowiedź została przekazana wszystkim wykonawcom) należy uznać, iż Zamawiający dla celów poglądowych, którym służyły próbki, wszedł w posiadanie wszystkich przez siebie wymaganych próbek.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, SIWZ w tym zakresie mogła budzić wątpliwości, co potwierdza ww. korespondencja. W myśl ukształtowanego orzecznictwa, niejasnych postanowień SIWZ nie można interpretować na niekorzyść wykonawcy. Tym bardziej, jeśli, jak w analizowanym przypadku, miałyby to prowadzić do zbędnego zdublowania próbek trawy.

Zauważenia również wymaga, że Odwołujący stwierdził w odwołaniu, iż próbki mają za zadanie określić oferowane produkty oraz potwierdzić posiadanie przez nie określonych cech i parametrów, jednak nie postawił przy tym zarzutu, że złożone przez wykonawcę Anmed próbki wskazują na to, iż wykonawca ten zaoferował przedmiot zamówienia nieodpowiadający SIWZ, jak również nie zarzucił, że zaoferowany przedmiot nie jest zgodny, np. co do zakresu czy sposobu wykonania z treścią SIWZ. Odwołujący natomiast podniósł okoliczność, iż same próbki złożone przez Anmed mają inne wymiary niż określone w SIWZ, i z tego wywodzi niezgodność oferty tego wykonawcy z SIWZ, stanowiącą jego zdaniem podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie można podzielić takiego stanowiska. Wymiar samych próbek nie wskazuje na niezgodność oferty z SIWZ. Odwołujący nie wykazał, że wymiar próbek ma znaczenie dla treści zobowiązania, jakie na siebie przyjmuje wykonawca składając ofertę. Zamawiający natomiast stwierdził, że wymiar próbek był bez znaczenia, skoro nie podlegały one badaniu, ponadto żaden z wykonawców nie złożył próbek o wymiarach podanych w SIWZ.

W związku z tym zarzut naruszenia ww. przepisu w zakresie, w jakim dotyczy próbek złożonych przez wykonawcę Anmed nie potwierdził się.

Powyższe stanowisko Izby odnoszące się do próbki, o której mowa w pkt 8.1. lit d) SIWZ, przedstawione odnośnie oferty wykonawcy Anmed, znajduje zastosowanie także do zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy Panorama. W związku z tym należy uznać, iż także wobec oferty tego wykonawcy nie została wykazana przesłanka jej odrzucenia, jako niezgodnej z SIWZ z uwagi na przedłożone próbki. Tym bardziej, że do tego wykonawcy nie było kierowane wezwanie do uzupełnienia próbki.

W ocenie składu orzekającego Izby nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące złożonych przez wykonawcę Anmed dokumentów w postaci Certyfikatu, Atestu i Sprawozdania.

Jak wynika z rozdziału 8 pkt 8.6.2. lit. e: *W celu potwierdzenia, że zaoferowana sztuczna nawierzchnia spełnia wymagania Zamawiającego opisane NAWIERZCHNIA SYNTETYCZNA Z TRAWY SYNTETYCZNEJ projektu budowlano-architektonicznego TOM nr 1 załącznika nr 10 do SIWZ lub spełnia wymagania równoważne określone w punkcie 4.8.2. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego zobowiązany jest do złożenia następujących dokumentów: dokument potwierdzający status FIFA PREFERRED PRODUCER (FPP) lub FIFA LICENCEE PRODUCER (FLP).* Dokument ten miał być złożony na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi: *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

Z odwołania wynika, że zastrzeżenia Odwołującego odnoszące się do złożonego przez wykonawcę Anmed dokumentu potwierdzającego status FIFA PREFERRED PRODUCER (FPP) lub FIFA LICENCEE PRODUCER (FLP) nie dotyczą braku przedłożenia przez Anmed wymaganego przez Zamawiającego certyfikatu potwierdzającego posiadanie przez producenta wymaganego statusu, lecz tego, że dostawca trawy syntetycznej, POLYTAN GmbH uzyskał status „FIFA PREFERRED PRODUCER” 1 grudnia 2021 roku, tj. po terminie składania ofert. Odwołujący nie kwestionuje aktualności tego dokumentu na dzień jego złożenia. Zdaniem Odwołującego data uzyskania wymaganego statusu przez producenta wskazuje, że wykonawca Anmed nie potwierdził spełniania wymogów Zamawiającego i z tej przyczyny jego oferta podlega odrzuceniu.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego. Po pierwsze, nie wskazał on z jakim konkretnym postanowieniem SIWZ oferta w tym zakresie jest

niezgodna. Po drugie, certyfikat był składany na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp i potwierdza wymagany status producenta i jest aktualny na dzień jego złożenia. Nadto, jak wykazał na rozprawie Zamawiający, postawiony wymóg był spełniony także na dzień składania ofert tj. na 25 listopada 2020 r. i nie wystąpiło przerwanie ciągłości certyfikatu, co dopiero na rozprawie i bez dowodów na tę okoliczność, podniósł Odwołujący. Polytan GmbH jest obecnie preferowanym a wcześniej licencjonowanym producentem certyfikowanym przez FIFA, co potwierdza złożony przez Zamawiającego dowód w postaci FIFA Raport z badań laboratoryjnych, dotyczący testu z dnia 30 listopada 2020 r., gdzie producent ten widnieje jako Licencjobiorca FIFA.

Jeśli chodzi o Atest (świadectwo higieny (atest PZH) dla oferowanych składników systemu nawierzchni syntetycznej, tj.: maty elastycznej typu e-layer; trawy syntetycznej i wypełnienia (granulat gumowy EPDM z recyklingu/techniczny), to zdaniem Odwołującego nie obejmuje on zaoferowanej trawy, bowiem dotyczy m.in. wariantu trawy LigaTurf RS+, a inne przedłożone przez wykonawcę Anmed dokumenty, wskazują jego zdaniem na inne produkty, tj. Raport LABOSPORT: Liga Turf RS+ CoolPlus WorldCup Edition 260 W ACS 85 EPDM R(DG); Karta techniczna trawy: Liga Turf RS+ CoolPlus WorldCup Edition 260 W ACS 85 EPDM R; Autoryzacja producenta: Liga Turf RS+ CoolPlus WorldCup Edition 260 W ACS 85 EPDM R; Certyfikat FIFA: Liga Turf RS+ CoolPlus WCE 260 W ACS 85 EPDM R (DG); Raport Techniczny EN 15306:2014 - Liga Turf RS +; Aneks do sprawozdania reakcji na ogień: Liga Turf RS +, między innymi 260.

Tymczasem, jak wynika ze złożonych przez strony na rozprawie oświadczeń złożonych przez Polytan GmbH, LigaTurf RS+ jest nazwą główną produktu, zaś producent ten obok ww. nazwy używa oznaczeń, które identyfikują dodatkowe cechy produkowanej przez niego trawy syntetycznej, np. „CoolPlus” lub „CP” (oświadczenie Polytan GmbH z dnia 10.12.2020 r. złożone przez Odwołującego). Z oświadczenia Polytan GmbH z dnia 11.02.2021 r. dotyczącego przedmiotowego postępowania, złożonego przez Zamawiającego, wynika, że *„wskazane w dokumentach nazwy: LigaTurf RS+ (użyta w raporcie z badań FIFA oraz karcie technicznej odwołującej się do tego raportu) LigaTurf RS+ CoolPlus WorldCup Edition 260 W ACS 85 EPDM R dotyczą tego samego produktu i są tożsame”*. Nadto w oświadczeniu znajduje się m.in. informacja, że atest higieniczny wystawiony jest dla grupy traw Polytan, w tym LigaTurf RS+, tj. wykładzin charakteryzujących się tym samym składem chemicznym i metodą produkcji. W zakresie procedury wystawienia atestu higienicznego bez znaczenia są takie cechy jak wysokość włókna czy gęstość ściegu, a tego właśnie dotyczą dodatkowe oznaczenia w nazwie produktu. Także w tym oświadczeniu znajduje się informacja, że Polytan GmbH w celach

marketingowych używa obok nazwy głównej produktu oznaczeń, które identyfikują dodatkowe cechy produkowanej przez niego trawy, np. „CoolPlus” lub „CP”.

W związku z tym, nie można podzielić stanowiska Odwołującego, że Attest, złożony przez wykonawcę Anmed, nie obejmuje zaoferowanej przez tego wykonawcę trawy syntetycznej.

Zdaniem Odwołującego Sprawozdanie (sprawozdanie z badań na zawartość metali ciężkich oraz wielopierścieniowych węglowodanów aromatyzowanych (WWA) w granulacie EPDM z recyklingu potwierdzających zgodność z Rozporządzeniem (WE) 1907/2006 REACH) jest wadliwe, ponieważ jego wystawca nie posiada stosownej akredytacji. Z przeprowadzonej przez niego analizy treści Certyfikatu AB 079, a zwłaszcza załącznika do niego, opisującego zakres akredytacji nie wynika, że J.S. H. Poland sp. z o.o. może przeprowadzać ww. badania. Nadto Odwołujący stwierdził, że zakres akredytacji nie obejmuje również: normy EN 71-3:2019 odnośnie migracji określonych pierwiastków poza migracją cyny organicznej do płynów modelowych; PB-235/GC wyd. II z dn. 13.01.2014 (Zawartość WWA); PB-233/ICP wyd. II z dn. 15.11.2017; rozporządzenia (WE) nr 1907/2006 REACH. Na rozprawie Odwołujący podniósł, iż w zakresie akredytacji nie ma wskazania na ww. rozporządzenie REACH, podczas, gdy w innym złożonym jako dowód sprawozdaniu laboratorium KOMAG takie wskazanie występuje.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje wyników badań, nie stawia zarzutu, iż nie potwierdzają one zgodności oferowanego przez Anmed przedmiotu zamówienia z SIWZ, nie kwestionuje aktualności Sprawozdania.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że z oświadczenia J.S. H. Poland sp. z o.o. dnia 28 stycznia 2021 r., złożonego przez Zamawiającego na rozprawie wynika, że podmiot ten posiada nieprzerwanie od 1996 r. Certyfikat Akredytacji AB 079, w którym Polskie Centrum Akredytacji potwierdza, że ten podmiot spełnia wymagania normy PN-EN ISO/ IEC 17025:2018-02 „Ogólne wymagania dotyczące kompetencji laboratoriów badawczych i wzorcujących”. Do oświadczenia zostały załączone skany: Certyfikatu Akredytacji nr AB 079 wyd. z 03.08.2020 r., Zakresu Akredytacji nr AB 079 wyd. 53 z 18.12.2020 r., Listy badań prowadzonych w ramach zakresu elastycznego wyd. XXII z 23.11.2020 r.

Sprawozdanie złożone przez Anmed na pierwszej stronie zawiera informację o rodzaju badania, z zaznaczeniem m.in., że nastąpiło zgodnie z ww. rozporządzeniem REACH. Natomiast dowody przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego wskazują, iż zakres akredytacji, wbrew stanowisku Odwołującego, obejmuje ww. normy. I tak: Zakres akredytacji laboratorium badawczego J.S. H. Poland sp. z o.o., na stronie: 56/75 jako dokument odniesienia podaje normę PB-233/ICP wyd. II z dn. 15.11.2017, zaś na stronie

57/75 wskazuje na normy i procedury badawcze opracowane przez laboratorium, a załączona Lista badań prowadzonych w ramach zakresu elastycznego wyd. XXII z 23.11.2020 r., jako dokumenty odniesienia, wymienia m.in. PB-235/GC wyd. II z dn. 13.01.2014 i normę EN 71-3:2019. Odwołujący nie zakwestionował na rozprawie tych dowodów.

Powyższe wskazuje, iż zarzuty odwołania odnoszące się do Sprawozdania złożonego przez wykonawcę Anmed nie potwierdziły się.

Ad. postawiony na wypadek nieuznania zasadności ww. zarzutu - zarzut naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Anmed do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w treści Rozdziału 8.6.2. lit. e), g) oraz i) SIWZ

Stosownie do przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Jak wyżej zostało przedstawione, Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutów dotyczących złożonych przez wykonawcę Anmed dokumentów, które jego zdaniem miałyby być przedmiotem wystąpienia Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. Certyfikatu, Atestu i Sprawozdania, chociaż stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, to na nim spoczywał ciężar dowodu. W związku z tym również zarzut zaniechania wezwania do ich uzupełnienia należy uznać za niepotwierdzony.

Ad. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych poprzez:

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy Pzp: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Zarzut ten Odwołujący wiąże z wyborem przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty (omyłkowo wskazując na Panorama zamiast na Anmed) i jest konsekwencją ww. zarzutów. Wobec braku wykazania zasadności zarzutów dotyczących

zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Anmed, zarzut ten należy uznać za nieuzasadniony.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy NPzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: