

Sygn. akt: KIO/ 944 /10

**WYROK**  
**z dnia 1 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Emil Kawa**

**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2010 r. przez **Tamex Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38** odwołania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Legnica, 59-220 Legnica, pl. Słowiański 8.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: PUB COBEX Sp. z o.o., Saltex Europa Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "GRETASPORT" Ilona Stańczyk, ul. Jaworzyńska 261, 59-220 Legnica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Tamex Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy ) z kwoty wpisu

KIO 944/10

uiszczonego przez **Tamex Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38.**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4.378 zł 00 gr** (słownie cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Tamex Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38** na rzecz **Gminy Legnica, 59-220 Legnica, pl. Słowiański 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

## **UZASADNIENIE**

### **do wyroku z dnia 1 czerwca 2010 r.**

Zamawiający, Gmina Legnica, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp", na wykonanie zadania pn. „Modernizacja bazy sportowej dla potrzeb dzieci i młodzieży przy stadionie im. Orła Białego w Legnicy”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 10 marca 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 15 kwietnia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej którą okazała się oferta firmy TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa, zwana dalej „TAMEX”.

W wyniku zarzutów zgłoszonych przez Konsorcjum firm: Lider Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowo – Budowlane „COBEX” Sp. z o.o., ul. Jaworzyńska 261, 59 – 220 Legnica, Członkowie konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „GRETASPORT” Ilona Stańczyk, ul. Jaworowa 2, 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, SALTEX Europa Sp. z o. o., ul. Tarnogajska 18/102, 50-512 Wrocław, zwane dalej „Konsorcjum firm z liderem COBEX”, Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert złożonych w ww. postępowaniu. Pismem z dnia 14 maja 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców m. in. o wykluczeniu z postępowania wykonawcy TAMEX na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający wykluczył TAMEX z postępowania, ponieważ wykonawca w swojej ofercie - w wierszu nr 3 w załączniku nr 10 oferty (str. 165) oświadczył, że zaproponowana przez niego trawa syntetyczna posiada włókna o grubości 270 µm. Badania zlecone przez Zamawiającego Instytutowi Techniki Budowlanej w Warszawie wykazały, że załączona do oferty próbka trawy syntetycznej zawiera włókna monofilowe, proste w dwóch odcieniach zieleni, włókna szersze o grubości 146 µm (43% w stosunku do ogólnej ilości włókien w badanej próbce) oraz włókna węższe o grubości 266 µm (57%). Zamawiający wymagał natomiast, aby włókna trawy syntetycznej miały grubość min. 220 µm (pkt. 8 ppkt. 8.2 oraz zał. Nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz”). Z przedstawionych wyników badań wynikało również, że żadne – czyli 100% włókien, nie spełnia określonej przez wykonawcę w ofercie grubości 270 µm.

Po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum firm z liderem COBEX.

W dniu 19 maja 2010 roku TAMEX złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w którym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu:

1. bezpodstawne wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ treść oferty zawierającą rzekomo nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;
2. odrzucenie oferty Tamex na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z bezpodstawnym wykluczeniem z postępowania;

3. dokonanie wyboru oferty wykonawcy z liderem PUB Cobex sp. z o. o. z rażącym naruszeniem ustawy - Pzp, w szczególności art. 91 ust. 1, a także art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp przez dopuszczenie przedstawicieli wybranego wykonawcy do udziału w czynnościach badania oferty odwołującego się;
4. notoryczne naruszanie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 i wybór oferty wykonawcy uczestniczącego w czynnościach komisji przetargowej zamawiającego z naruszeniem art. 7 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy.

TAMEX wnosił o:

1. anulowania decyzji o wykluczeniu odwołującego się z postępowania;
2. anulowania decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego się;
3. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm z liderem COBEX;
4. dokonania wyboru oferty TAMEX jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania podnosił m. in.:

„Zarzut 1. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy został naruszony przez czynność zlecenia Instytutowi Techniki Budowlanej zbadania próbki nawierzchni ze sztucznej trawy nieznanego pochodzenia, rzekomo załączonej do oferty Tamex Obiekty Sportowe S. A., i dowodzenia na tej podstawie, że oferta zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zgodnie ze stanem faktycznym sprawy Zamawiający przed przekazaniem próbki do ITB udostępnił próbkę załączoną do oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A. konkurencyjnemu wykonawcy z liderem PUB Cobex sp. z o. o. celem przeprowadzenia rzekomych badań grubości włókien sztucznej trawy na zgodność z treścią oświadczenia ofertowego Tamex Obiekty Sportowe S.A. (...) Bezpośredni udział wykonawcy z liderem PUB Cobex sp. z o. o. w czynnościach badania treści złożonej przez odwołującego się oferty przez przejęcie próbki oferowanej sztucznej trawy celem przekazania do laboratorium fabrycznego jednego z członków konsorcjum stanowi rażące i niespotykane w praktyce postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. (...). Zarzut 2. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - Pzp został naruszony przez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego się na podstawie nieistniejących okoliczności faktycznych i wadliwej podstawy prawnej. Po pierwsze przepis przywołany w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego się nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym. Po drugie okoliczności faktyczne sprawy nie dowodzą złożenia przez odwołującego się jakichkolwiek nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. (...) Zarzut

3. Art. 7 ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy- Pzp został naruszony przez: wybór oferty wykonawcy z liderem PUB Cobex sp. z o. o., który uczestniczył w czynnościach badania oferty odwołującego się, i złożył ofertę droższą, mimo że w postępowaniu zastosowano wyłącznie kryterium ceny z wagą 100 %, przez uznanie wybranej oferty za ważną mimo rażącej niezgodności treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiarów w pozycjach: (...) Niezależnie od wad kosztorysu Tamex Obiekty Sportowe wskazuje, że oferowana przez tego wykonawcę sztuczna trawa nie spełnia warunku wysokości sformułowanego w siwz, który stanowi, że wysokość sztucznej trawy nie może być mniejsza niż 50 mm. Z wyjaśnień treści oferty wykonawcy z liderem Cobex sp. z o. o. popartych wymaganiami przytoczonymi z Handbook of Requirements wydany przez FIFA w maju 2009 wynika, że dopuszcza się oferowaną trawę o wysokości 50 + 10%. Problem w tym, że to nie autorzy tego opracowania postavili wymagania dotyczące wysokości sztucznej trawy a sam Zamawiający określając, że trawa nie może być mniejsza niż 50 mm i nie określił w SIWZ ,iż wykonawcy mogą oferować nawierzchnie zawierające tolerancje zgodnie z powyższym opracowaniem. Przyjęcie oferty wykonawcy z liderem Cobex sp. z o. o. w takim brzmieniu powoduje ten skutek, że wykonawca zostanie upoważniony do wykonania zamówienia z zastosowaniem trawy o wysokości dowolnej z zakresu 50+10 %, to jest w przedziale od 45 do 55 mm. Z uwagi na koszt sztucznej trawy, który rośnie proporcjonalnie z wysokością oferowanej trawy, Zamawiający naraża się na ryzyko użycia trawy sprzecznej z projektem i warunkami siwz, co prowadzi do rażącego naruszenia art. 140 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy - Pzp, a w konsekwencji do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu. (...)"

W dniu 24 maja 2010 roku do toczącego się postępowania odwoławczego, w wyniku wniesienia odwołania przez TAMEX, po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca – Konsorcjum firm z liderem COBEX, popierając stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 14 maja 2010 roku i żądając oddalenia przedmiotowego odwołania w całości jako niezasadnego.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W pkt. 8.2 siwz Zamawiający określił charakterystykę oraz parametry nawierzchni, w tym grubość włókien trawy, tj. min. 220 µm.

W załączniku nr 10 do siwz pn. „Oświadczenie wykonawcy dotyczące zastosowanych nawierzchni syntetycznych” w kolumnie - Proponowana nawierzchnia z trawy sztucznej – w wierszu nr 3, wskazano – grubość włókna: min. 220 µm.

W pkt. 13.4 siwz podano, że ocena spełnienia warunku odbywać się będzie według: 13.4.1 w stosunku do oferowanej nawierzchni trawiastej:

- a) oświadczenie wykonawcy – parametry oferowanej nawierzchni – załącznik nr 10 do siwz wraz z załącznikami: ważne pełne wersje aprobat technicznych ITB lub rekomendacje techniczne IT lub inne równoważne zaświadczenia wystawione przez uprawnione podmioty; karty techniczne systemu; atesty higieniczne PZH na oferowaną warstwę absorbującą uderzenie, podkład trawy, włókno stosowanej trawy, wypełnienie; autoryzacje producenta oferowanej nawierzchni w ramach realizacji przedmiotowego zadania;
- b) załączonej do oferty próbki oferowanej nawierzchni z trawy sztucznej o wymiarach minimum 25x15 cm, zawierającą warstwę absorbującą uderzenie, podkład trawy, włókno stosowanej trawy oraz wypełnienie.

W załączniku nr 10 do oferty TAMEX (str. 165) pn. „Oświadczenie wykonawcy dotyczące zastosowanych nawierzchni syntetycznych” w kolumnie IV - Parametr proponowanej nawierzchni – w wierszu nr 3, wskazano – grubość włókna: 270 µm.

W piśmie z dnia 22 kwietnia 2010 roku skierowanym do Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie w związku ze zleceniem badania próbek trawy syntetycznej pod względem grubości włókien wskazano, próbka nr 1 – oferta przetargowa nr 2, próbka nr 2 – oferta przetargowa nr 3. W załączeniu przekazano dwie próbki o wymiarach 19,5 cm x 15 cm. Pismo zostało podpisane przez 5 członków Komisji przetargowej.

Według druku ZP-12 - Zbiornicze zestawienie ofert - stwierdzono, że oferta przetargowa nr 2 została złożona przez Konsorcjum firm z liderem COBEX, natomiast ofertę przetargową nr 3 złożyła TAMEX.

W opinii Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie z maja 2010 roku (Nr pracy 1479/10/Z00NM (LM-01479:00/2010)) stwierdzono, że w próbce nr 2 średnia grubość włókien mierzona w najgrubszym ich miejscu wynosi:

- włókna szersze – 146 mikrometrów, a ich udział wynosi 43% w stosunku do ogólnej ilości włókien w badanej próbce,

- włókna węższe – 266 mikrometrów, a ich udział wynosi 57% w stosunku do ogólnej ilości włókien w badanej próbce.

Na rozprawie w dniu 1 czerwca 2010 roku Pani Wioletta I. oświadczyła, że w czynności udostępnienia próbki Odwołującego się Przystępującemu uczestniczyło dwóch członków komisji przetargowej tj. Sekretarz - Pani Wioletta I. oraz Członek Komisji Przetargowej - Pani Monika W.

**Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący TAMEX złożyła ofertę z najniższą ceną. Biorąc pod uwagę, iż jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena to w przypadku uwzględnienia zgłoszonych zarzutów oferta Odwołującego się, podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w świetle całokształtu okoliczności sprawy. Izba potwierdza, prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu z przedmiotowego postępowania wykonawcy TAMEX w skutek czego jego oferta została uznana za odrzuconą.

Izba wskazuje, że Zamawiający w siwz (pkt. 13.4) szczegółowo wskazał elementy za pomocą których będzie dokonywał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W oparciu o § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) Zamawiający żądał próbki zaoferowanej nawierzchni sztucznej trawy w celu potwierdzenia spełnienia wymagań określonych w siwz (pkt. 8.2). W związku z powyższym za nieprawdziwe należy uznać twierdzenia Odwołującego przedstawione na rozprawie, iż w siwz brak było regulacji dotyczących celu wykorzystania próbek składanych w ofertach, w związku z czym

Odwołujący przedstawił próbkę handlową, a nie próbkę laboratoryjną charakteryzującą się innymi właściwościami (wymiarami).

W odniesieniu do zarzutu ingerencji w próbkę Odwołującego, tj. pobranie włókien do badania w celu ustalenia czy parametry zaoferowanej próbki są zgodne w wymogami zamawiającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy. Z przedstawionych powyżej zapisów wynika wprost, że właśnie w tym celu Zamawiający wymagał załączenia do oferty próbki zaoferowanej nawierzchni. W opinii Izby, pobranie kępki trawy z próbki trawy złożonej przez Odwołującego się nie miało wpływu na grubość i jakość włókien zawartych w próbce, która następnie została przesłana do Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego się w kwestii utraty przez Zamawiającego władztwa nad próbką złożoną wraz z ofertą Odwołującego się a także nie uznała zarzutów Odwołującego dotyczących przekazania do Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie próbki TAMEX.

Zgodnie z zasadą jawności wyrażoną w art. 96 ust. 3 ustawy w związku z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 16 października 2008 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2008 r. Nr 188, poz.1154) Zamawiający udostępnił ofertę TAMEX wykonawcy - Konsorcjum firm z liderem COBEX. Izba uznała za prawdziwe oświadczenie złożone na rozprawie przez Panią Wioletę I., że w czynności udostępnienia próbki Odwołującego się oraz pobrania z niej kępki do badań przez Przystępującego, uczestniczyło dwóch członków Komisji przetargowej. Z powyższego nie sposób wywieść, iż zamawiający utracił kontrolę nad próbką a wykonawca Konsorcjum firm z liderem COBEX przejęło próbkę.

Izba uznała za prawidłowe i właściwe, iż w celu zachowania niezależności i obiektywizmu przesłano do Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie próbki, które nie posiadały oznaczeń fabrycznych i wskazania producentów a zostały oznaczone przez Zamawiającego jedynie cyframi. Z treści dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz oświadczeń pracowników Zamawiającego (członków Komisji przetargowej) złożonych na rozprawie jasno wynika, iż przekazanie ww. próbek miało również charakter komisyjny.

Wobec powyższego zarzuty Odwołującego się w zakresie sposobu udostępniania i władania próbką a także zarzut prowadzenia przedmiotowego postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców Odwołującego nie potwierdziły się.



Odnosząc się do podniesionego zarzutu podania przez TAMEX nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania, Izba uznała, że zarzut ten jest uzasadniony.

Do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Analiza opisanych wyżej dokumentów prowadzi do wniosku, iż TAMEX w swojej ofercie, a konkretnie w „Oświadczenie wykonawcy dotyczące zastosowanych nawierzchni syntetycznych” (załącznik nr 10 do oferty) w zakresie grubości włókien trawy podała nieprawdziwe informacje, gdyż oświadczyła, że grubość włókna wynosi 270  $\mu\text{m}$ , podczas gdy z opinii Instytutu Techniki Budowlanej w Warszawie wynika, iż grubość włókien trawy znajdujących się w złożonej wraz z ofertą próbcie trawy wynosiła odpowiednio 146  $\mu\text{m}$  i 266  $\mu\text{m}$  i przeczyła oświadczeniu złożonemu przez Odwołującego. TAMEX złożyła ofertę z najniższą ceną. Wobec czego oczywistym jest, że złożenie przez TAMEX oferty w takim kształcie, tj. zawierającej nieprawdziwe informacje, w konsekwencji posiada istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego wadliwej podstawy prawnej odrzucenia oferty TAMEX, tj. art. 89 ust.1 pkt. 5 ustawy Izba wskazuje, iż Odwołujący się został wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. W takim przypadku jego ofertę w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp należy uznać za odrzuconą. W przedstawionym stanie faktycznym wadliwe wskazanie podstawy prawnej odrzucenia oferty wykonawcy TAMEX nie ma wpływu na skuteczność czynności dokonanej przez Zamawiającego.

Konkludując, zdaniem Izby, nie doszło w przedmiotowym postępowaniu do naruszenia przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert, jak również w toku wyboru oferty najkorzystniejszej, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez niewłaściwe wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty oraz naruszenia art. 7 w zakresie prowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących wyboru oferty wykonawcy - Konsorcjum firm z liderem COBEX - zważywszy, że zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na

podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, nie przysługuje wykonawcy odwołanie dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 oraz § 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....