

Sygn. akt: KIO 1372/19

**WYROK**  
**z dnia 1 sierpnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Jolanta Markowska**  
                                  **Jan Kuzawiński**  
                                  **Luiza Łamejko**

**Protokolant:**         **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2019 r. przez wykonawcę: **Sport Halls Sp. z o.o., ul. Komuny Paryskiej 57/15, 50-452 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Rymanów, ul. Mitkowskiego 14a, 38-480 Rymanów,**

przy udziale wykonawcy **Serwis Rozwój Sp. z o.o., ul. Zgody 28, 40-573 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Sport Halls Sp. z o.o., ul. Komuny Paryskiej 57/15, 50-452 Wrocław, i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Sport Halls Sp. z o.o., ul. Komuny Paryskiej 57/15, 50-452 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Krośnie.**

.....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający, Gmina Rymanów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa (modernizacja) stadionu Ośrodka Kultury Fizycznej w Rymanowie wraz z niezbędną infrastrukturą”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 514201-N-2019 w dniu 14 lutego 2019 r.

Pismem z dnia 12 lipca 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Serwis — Rozwój Sp. z o. o. oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Sport Halls sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia ww. oferty wskazał, iż wykonawca zaoferował produkt o parametrach: 34 pęczki na 1 m szerokości x 31,5 pęczków na 1m długości =1071 pęczków w 1 m<sup>2</sup>, podczas gdy Zamawiający wymagał minimum 7500 pęczków w 1m<sup>2</sup>. Zamawiający wskazał także, że z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów wynika, iż oferowany produkt zawiera lateks, co jest niezgodne z wymaganiami zawartymi w dokumentacji technicznej.

Wykonawca Sport Halls sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej „Pzp”:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niesłuszne stwierdzenie, że treść oferty złożonej przez Sport Halls jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. że produkt zaoferowany przez Sport Halls nie spełnia wymogu ilości pęczków z powodu mniejszej niż wymagana przez Zamawiającego ilość pęczków w 1m<sup>2</sup>, podczas gdy ilość pęczków jest jedynie parametrem wtórnym, a najistotniejsza role odgrywa ilość włókien w 1m<sup>2</sup>. zaś produkt zaoferowany przez Sport Halls gwarantuje osiągnięcie takiej samej ilości włókien na m<sup>2</sup> i znacznie przewyższa wymogi minimalne Zamawiającego;
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie, podczas gdy oferta Sport Halls w całości odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i brak jest podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia tej oferty, bowiem z żadnych dokumentów ani próbek dołączonych przez Sport Halls do złożonej oferty nie wynika, iż oferowany produkt zawiera lateks;
- c) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez niedopuszczenie Sport Halls do złożenia

stosownych wyjaśnień celem usunięcia zaistniałych nieścisłości i wątpliwości, co bezpośrednio doprowadziło do niekorzystnego dla Sport Halls wyniku postępowania, a także faktu iż w postępowaniu został wyłoniony wykonawca, który złożył dużo wyższą ofertę cenową niż Sport Halls, pomimo tego, że kryterium cenowe stanowiło aż 60% oceny oferty;

d) art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy w postępowaniu wystąpiły nieścisłości i wątpliwości po stronie Zamawiającego odnośnie złożonej przez Sport Halls oferty, które miały bezpośredni wpływ na wynik postępowania i stanowiły jedyną przesłankę do odrzucenia oferty złożonej przez Sport Halls.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykonania lub powtórzenia czynności, które doprowadziły do nieprawidłowego rozstrzygnięcia lub unieważnienia tych czynności, albo jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp — o unieważnienie umowy, a w sytuacji gdy unieważnienie umowy nie będzie możliwe:

- a) unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kęty finansowej, albo
- b) nałożenie kęty finansowej, albo
- c) orzeczenie skrócenia okresu obowiązywania umowy<sup>7</sup> w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

Jednocześnie, Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 24 czerwca 2019 r. na wezwanie Zamawiającego przesłał pismo wraz z wymaganymi dokumentami, tj.:

- autoryzacja producenta maty, z określeniem przeznaczenia w oryginale, karta techniczna maty wzmacniającej,
- raport z badań niezależnego laboratorium potwierdzający metodę produkcji i parametry maty<sup>7</sup> wzmacniającej,
- próbka oferowanego produktu,
- atest PZH,
- protokół z badań potwierdzających możliwość recyklingu oferowanej nawierzchni,
- referencje.

Odwołujący podniósł, że bezzasadny jest zarzut Zamawiającego odnośnie niespełnienia przez Odwołującego wymogu ilości pęczków na 1m<sup>2</sup>, gdyż ilość pęczków jest parametrem wtórnym, a istotną rolę odgrywa ilość włókien na 1 m<sup>2</sup>, która jest wypadkową ilości pęczków pomnożoną przez ilość włókien w pęczku (kępce). W sytuacji, kiedy Zamawiający żądał, aby oferowana nawierzchnia tkana posiadała min. 45 000 włókien na m<sup>2</sup>, przy ilości pęczków 7500 m<sup>2</sup> - w pojedynczym pęczku wymaganej nawierzchni musi się znajdować minimum sześć. Zaoferowany przez Odwołującego produkt firmy Greenfields XtraGrass

gwarantuje osiągnięcie tej samej ilości włókien na m<sup>2</sup>, poprzez zastosowanie większej ilości pojedynczych włókien - 48 w pojedynczym pęczku (kępce). Na rynku traw syntetycznych tylko dwóch producentów oferuje trawę w technologii tkanej - jest to firma Dywilan oraz firma Greenfields, która jest dodatkowo preferowanym producentem Fifa. W przypadku odrzucenia produktu firmy Greenfields brak jest produktu równoważnego do opisanego w dokumentacji produktu firmy Dywilan. Ilość włókien w pęczku nie jest parametrem użytkowym, a wypadkowym konkretnego rozwiązania konkretnego producenta. Natomiast to, co jest istotne z punktu użytkowego i końcowego, to jest ilość włókien trawy hybrydowej. Parametr ten zaoferowanej trawy Greenfields XtraGrass znacznie przewyższa wymogi minimalne Zamawiającego, co potwierdza orzecznictwo - wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1699/15.

Niezasadny jest zarzut, iż produkt oferowany przez Odwołującego zawiera lateks. Z żadnych złożonych Zamawiającemu dokumentów dotyczących trawy hybrydowej nie wynika, że zaoferowany produkt zawiera lateks, nie wynika to także z załączonej do oferty próbki. Treścią oferty, mającą „potwierdzać, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych” zgodnie z wymogiem SIWZ jest próbka oraz dokumenty potwierdzające spełnienie warunków jakościowych dla nawierzchni z trawy hybrydowej. Dostarczona do Zamawiającego próbka oferowanej nawierzchni potwierdza, że przedmiotem oferty jest nawierzchnia Greenfields KtraGrass, która nie zawiera w sobie lateksu.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, próbka stanowi treść oferty, a zatem nie jest Odwołującemu znane z jakich przyczyn przy badaniu oferty Zamawiający nie wziął jej pod uwagę. Jeśli bowiem istniały jakiegokolwiek wątpliwości, lub jakiegokolwiek nieścisłości w treści oferty, to zamawiający zgodnie z utrwalonym orzecznictwem winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Skoro Sporthalls przedłożył ofertę dotyczącą produktu, który nie zawierał w sobie lateksu, to odrzucenie tej oferty stanowi rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji poprzez niedopuszczenie Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień celem usunięcia zaistniałych nieścisłości i wątpliwości, co bezpośrednio doprowadziło do niekorzystnego dla Sporthalls wyniku postępowania. Naruszenie art. 7 uzasadnia również fakt, iż w postępowaniu został wyłoniony wykonawca, który złożył dużo wyższą ofertę cenową niż Sporthalls, pomimo tego, że kryterium cenowe stanowiło aż 60% oceny oferty.

Wykonawca Serwis Rozwój Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 30 lipca 2019 r. wykonawca złożył wniosek dowodowy o

przesłuchanie świadka na okoliczności braku pożądaných przez Zamawiającego właściwości i parametrów technicznych maty zaoferowanej przez Odwołującego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 24 lipca 2019 r. Wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego. W odniesieniu do zarzutów odwołania Zamawiający wskazał, że są one nieuzasadnione, a także nie znajdują żadnego pokrycia w dokumentach złożonych przez Odwołującego.

#### ZARZUT NR 1

Nie jest prawdziwe twierdzenie jakoby Odwołujący „złożył kompletną i w pełni zgodną z SIWZ ofertę”. Oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ albowiem z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów (certyfikaty, karty techniczne, atesty, próbki trawy hybrydowej) nie wynika potwierdzenie spełnienia wymaganych parametrów technicznych trawy hybrydowej opisanych w dokumentacji technicznej będącej załącznikiem do SIWZ. Odwołujący zaoferował produkt o parametrach: 34 pęczki na 1 m szerokości x 31,5 pęczków na 1 m długości 1.071 pęczków w 1 m<sup>2</sup>. Tymczasem Zamawiający wymagał minimum 7.500 pęczków w 1 m<sup>2</sup>. Ponadto, z przedstawionych dokumentów wynika, że oferowany produkt zawiera lateks, co jest niezgodne z wymaganiami dokumentacji technicznej.

Zamawiający podniósł, że skoro Odwołujący nie zaoferował produktu równoważnego, to zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją techniczną. Zamawiający w Rozdziale IV pkt 6 i 7 SIWZ zawarł zapisy umożliwiające zaoferowanie produktów równoważnych:

„6. Mając na uwadze, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do dokumentów wskazanych w art. 30 ust. 4 ustawy PZP Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

7. Stosownie do art. 30 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca powołujący się na zastosowanie rozwiązań równoważnych winien wykazać, iż spełniają one wymogi Zamawiającego w szczególności poprzez udokumentowanie załączonymi do oferty informacjami na temat parametrów techniczno-wytrzymałościowych, szczegółowych rysunków technicznych, atestów, aprobat, deklaracji zgodności, kartami katalogowymi urządzeń i materiałów zamiennych. Niniejsze dokumenty muszą w sposób jednoznaczny stwierdzać równoważność proponowanych materiałów, urządzeń i rozwiązań w stosunku do przyjętych w dokumentacji Zamawiającego. Brak w ofercie dokumentów potwierdzających równoważność rozwiązań stanowić będzie domniemanie zaoferowania rozwiązań wskazanych przez Zamawiającego w dokumentach przetargowych”.

W ocenie Zamawiającego, każdy parametr trawy hybrydowej opisany w dokumentacji technicznej ma jednakowo ważne znaczenie, więc twierdzenie Odwołującego, że „ilość pęczków jest jedynie parametrem wtórnym a najistotniejszą rolę odgrywa ilość włókien w 1 m<sup>2</sup>” jest nieuprawnione i nieadekwatne do opisu przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ. Zamawiający w dokumentacji technicznej wymagał konkretnej ilości pęczków w 1 m<sup>2</sup>, a nie tak jak to nadinterpretuje Odwołujący — ilości włókien.

Ponadto, Odwołujący podejmuje próbę wykazania równoważności oferty dopiero na etapie postępowania odwoławczego, co jest nieuprawnione i sprzeczne z treścią wymogów SIWZ oraz ustawy Pzp. Aby uznać, że dany wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne do opisanych w SIWZ, musiałby to w sposób wyraźny zadeklarować w ofercie, podając konkretnie, jaki produkt lub produkty oferuje. Wobec braku wykazu towarów (materiałów i urządzeń równoważnych) oraz opisu rozwiązań równoważnych nie można uznać, że wykonawca zaoferował rozwiązania równoważne. Dokumentów tych przy ich braku nie można uzupełnić - stanowią one ścisłą treść oferty i takie działanie prowadziłoby do zmiany oferty. Bez wątplenia ciężar wykazania, że proponowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania zamawiającego spoczywa na wykonawcy, zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp.

#### ZARZUT NR 2

Wymóg, aby oferowany produkt pozbawiony był lateksu wynika z treści Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (pkt 5.2. — Nawierzchnia z trawy hybrydowej), gdzie zostały opisane minimalne wymagane dotyczące maty wzmacniającej. Zamawiający nie dopuścił wprost „maty podklejanej lateksem butadienowo-styrenowym.” Odwołujący przedłożył w ofercie atest higieniczny PZH dotyczący trawy GreenFields XtraGraas z dnia 10 października 2017r. z którego wynika, że zaoferowany produkt zawiera polipropylen, polietylen, poliuretan, lateks stabilizator. Aktualnie Odwołujący stara się wykazać, że zaoferowany produkt nie zawiera lateksu i w tym celu przedłożył m.in. pismo producenta potwierdzające, że zaoferowany produkt jednak nie zawiera lateksu. Zamawiający wskazał, że Odwołujący przedłożył sprzeczne ze sobą dokumenty, przy czym znaczenie kluczowe ma atest PZH — albowiem oświadczenie producenta dot. zawartości lateksu nie może być uznane za wystarczające w świetle wymagań Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (pkt 5. 2. — Nawierzchnia z trawy hybrydowej) i obowiązku dołączenia do oferty m.in. atestu PZH.

W okolicznościach tej sprawy dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego nie budziła wątpliwości czy niejasności. Przedłożony przez Odwołującego atest higieniczny PZH wprost wskazuje na zawartość lateksu w oferowanym produkcie stąd też brak było jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych do formułowania wezwania do złożenia wyjaśnień. Dopiero wraz z odwołaniem Odwołujący przedłożył pismo z dnia 16 lipca 2019 r. z

treści którego wynika, że produkt GreenFields XtraGrass nie zawiera rzekomo lateksu, co nie może odnieść obecnie pożądanego przed Odwołującego skutku.

#### ZARZUT NR 3

Zamawiający stwierdził, że prowadzi postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz zapisami SIWZ oraz ocenił ofertę na podstawie złożonych dokumentów i po stronie Zamawiającego nie wystąpiły żadne wątpliwości, które uzasadniałyby wyjaśnienie treści złożonej oferty.

Ponadto, w postępowaniu, zgodnie z zapisami SIWZ, rozdział XIV, zostały określone dwa kryteria oceny ofert, tj.: cena — 60 % i okres gwarancji — 40%, zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. W rozdziale XIV pkt 4 SIWZ Zamawiający zawarł zapis: „Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która nie podlega odrzuceniu oraz uzyska największą ilość punktów łącznie w obu kryteriach oceny ofert”. W postępowaniu została odrzucona oferta Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nie mógł przyjąć oferty, która nie spełnia warunków opisanych w SIWZ.

#### ZARZUT NR 4

Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została oceniona w sposób rzetelny, zgodnie z SIWZ i ustawą Pzp, na podstawie przedłożonych dokumentów. Zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Zamawiający nie ma jednak obowiązku wyjaśniania treści oferty w sytuacji, gdy ta podlega odrzuceniu. Przepis art. 87 ust. 1 powinien być rozpatrywany w kategoriach uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Tylko zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych. Po stronie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły jednak żadne nieścisłości i wątpliwości, które wymagałyby wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, a zatem zarzut niezastosowania art. 87 ust. 1 Pzp jest bezpodstawny.

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.



Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Serwis Rozwój Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa (modernizacja) stadionu Ośrodka Kultury Fizycznej w Rymanowie wraz z niezbędną infrastrukturą. W Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót w pkt 5.2 Zamawiający określił minimalne wymagania techniczne dotyczące nawierzchni z trawy syntetycznej (hybrydowej), w tym minimalne wymagane parametry maty wzmacniającej:

Wysokość włókna	45-50 mm
Rodzaj włókna runa	Polietylen, Monofilament 100%
Rodzaj włókna podkładu	Polietylen/Polipropylen
Grubość włókna runa	min. 300 µm
Kolor włókna runa	Zielony
Gęstość pęczków runa	min. 7 500/m <sup>2</sup>
Gęstość filamentów	min. 45 000/m <sup>2</sup>
Masa całkowita	Min. 800 g/m <sup>2</sup>
Masa podkładu	Min. 250 g/m <sup>2</sup>
Metoda produkcji	TKANIE
Trwałość produktu	Produkt nie podlega biodegradacji

Zamawiający wymagał zaoferowania maty tkanej przy czym nie dopuścił stosowania maty tuftingowej. Mata powinna być wykonana w całości z włókien nie podlegających biodegradacji, zapewniająca wieloletnią stabilność wzmacnianej nawierzchni. Zamawiający jednoznacznie wskazał również, że nie dopuszcza maty podklejanej lateksem butadienowo-styrenowym.

Zamawiający wymagał dołączenia do oferty:

- autoryzacji producenta maty, z określeniem przeznaczenia (nazwa inwestycji) w oryginale, - karty technicznej maty wzmacniającej,
- raportu z badań niezależnego laboratorium potwierdzającego metodę produkcji i parametry maty wzmacniającej,
- próbki oferowanego produktu,
- atestu PZH,

- protokołu z badań potwierdzających możliwość recyklingu oferowanej nawierzchni (atest ekologiczny).

Zamawiający określił wymagane dokumenty dotyczące nawierzchni, które należało złożyć wraz z ofertą:

- a. Aktualny Atest Higieniczny lub dokument równoważny.
- b. Kompletne raporty z badań potwierdzające wymagane parametry i rodzaj zastosowanych komponentów określone w pkt a), wydane przez niezależne laboratoria posiadające akredytację.
- c. Kompletny raport z badań potwierdzający bezpieczeństwo ekologiczne oraz zawartość pierwiastków chemicznych określonych w pkt b), wydane przez niezależne laboratorium posiadające akredytację.
- d. Kompletny raport z badań zawartości WWA, wykonany przez niezależne akredytowane laboratorium.
- e. Karta techniczna oraz potwierdzająca jej technologie wykonania.
- f. Autoryzacja producenta oferowanej nawierzchni sportowej wydana wykonawcy i dotycząca przedmiotowego zadania wraz z potwierdzeniem gwarancji
- g. Aktualny certyfikat IAAF dla oferowanej nawierzchni o wymaganej grubości na bieżnię.
- h. Próbką oferowanej nawierzchni z oznaczeniem producenta i typu oferowanego produktu.

W wyniku odpowiedzi na pytania do treści SIWZ z dnia 27 lutego 2019 r. Zamawiający dokonał modyfikacji powyższych wymagań, poprzez następujące wyjaśnienie:

„2. Proszę określić, na którym etapie postępowania Oferent winien przedłożyć Zamawiającemu wymagane w dokumentacji przetargowej:

- autoryzacja producenta maty wzmacniającej wystawiona dla Wykonawcy z potwierdzeniem gwarancji oraz podaniem miejsca montażu,
- karta techniczna maty wzmacniającej z określeniem miejsca wykonywania prac,
- próbka maty wzmacniającej.

Odpowiedź: Wskazane w pytaniu dokumenty wraz z próbką maty wzmacniającej należy złożyć Zamawiającemu przed podpisaniem umowy na wykonanie zadania.

3, Czy Zamawiający dopuści zastosowanie maty wzmacniającej o cechach i parametrach innych niż wskazane w dokumentacji projektowej?

Odpowiedź: Zamawiający dopuści tkaną matę wzmacniającą o cechach i parametrach nie gorszych niż te wskazane w dokumentacji technicznej i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

4. W dokumentacji technicznej oraz w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych zawarte zostały minimalne oczekiwane przez Zamawiającego cechy i

parametry maty wzmacniającej. Różnią się jednak zapisem o minimalnej grubości żdźbła. Proszę o doprecyzowanie, który zapis należy uwzględnić w ofercie przetargowej

Odpowiedź: Należy przyjąć cechy i parametry maty wzmacniającej zawarte w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.”

Zgodnie z rozdziałem XI SIWZ Opis sposobu przygotowania ofert, w pkt 8 Zamawiający wskazał, że na ofertę składa się formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ oraz pełnomocnictwo, oświadczenia, o których mowa w rozdziale VII SIWZ (potwierdzające brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu), zobowiązanie podmiotu trzeciego (jeśli dotyczy), dokument potwierdzający wniesienie wadium.

W rozdziale IV pkt 5, 6 i 7 SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych. Zgodnie z pkt 6, Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, natomiast w pkt 7 wskazał, że „Stosownie do art. 30 ust. 5 ustawy Pzp Wykonawca powołujący się na zastosowanie rozwiązań równoważnych winien wykazać, iż spełniają one wymogi Zamawiającego w szczególności poprzez udokumentowanie załączonymi do oferty informacjami na temat parametrów technicznytrzymałościowych, szczegółowych rysunków technicznych, atestów, aprobat, deklaracji zgodności, kartami katalogowymi urządzeń i materiałów zamiennych. Niniejsze dokumenty muszą w sposób jednoznaczny stwierdzać równoważność proponowanych materiałów, urządzeń i rozwiązań w stosunku do przyjętych w dokumentacji Zamawiającego. Brak w ofercie dokumentów potwierdzających równoważność rozwiązań stanowić będzie domniemanie zaoferowania rozwiązań wskazanych przez Zamawiającego w dokumentach przetargowych”.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło do Zamawiającego 6 ofert, w tym oferta Odwołującego. Odwołujący złożył ofertę, w której w formularzu ofertowym potwierdził zaoferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. W ofercie Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dokumentów potwierdzających zaoferowanie rozwiązań równoważnych, w tym dokumentów mających na celu wykazanie spełnienia parametrów minimalnych określonych w dokumentacji technicznej.

W dniu 24 czerwca 2019 r. Odwołujący przesłał do Zamawiającego pismo wraz z dokumentami dotyczącymi oferowanej maty hybrydowej: autoryzacja producenta maty, z określeniem przeznaczenia w oryginale, karta techniczna maty wzmacniającej, raport z badań niezależnego laboratorium potwierdzający metodę produkcji i parametry maty<sup>7</sup> wzmacniającej, próbka oferowanego produktu, atest PZH, protokół z badań potwierdzających możliwość recyklingu oferowanej nawierzchni, referencje. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił w ww. piśmie, że oferuje matę hybrydową równoważną lub lepszą w porównaniu do opisanej w przetargu.

Zamawiający w oparciu o złożone przez Odwołującego dokumenty stwierdził, że wykonawca zaoferował produkt o parametrach: 34 pęczki na 1 m szerokości x 31,5 pęczków na 1m długości =1071 pęczków w 1 m<sup>2</sup>, podczas gdy Zamawiający wymagał minimum 7500 pęczków w 1m<sup>2</sup>, a także że zaoferowana przez Odwołującego mata wzmacniająca zawiera lateks, co jest niezgodne z wymaganiami zawartymi w dokumentacji technicznej. Odwołujący nie kwestionował ustaleń Zamawiającego dotyczących ilości pęczków zawartych w 1 m<sup>2</sup> oferowanej nawierzchni.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. że produkt zaoferowany przez Odwołującego nie spełnia wymogu ilości pęczków w 1m<sup>2</sup>.

Treść oferty złożonej przez Odwołującego wynika z treści oświadczeń złożonych przez wykonawcę w ofercie oraz w oparciu o wymagane przez Zamawiającego w ofercie dokumenty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia oferty na formularzu ofertowym, w którym wykonawca zobowiązany był potwierdzić zgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ. Takie oświadczenie złożył w ofercie Odwołujący. Zgodnie natomiast z rozdz. IV pkt 7 SIWZ, oferując rozwiązanie równoważne Odwołujący zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających jaki produkt równoważny oferuje oraz że produkt ten spełnia minimalne wymagania określone przez Zamawiającego dla produktu referencyjnego, określonego w SIWZ (dokumentacji technicznej). Brak złożenia przez Odwołującego tych dokumentów w ofercie powoduje, że treść oferty można wywodzić jedynie z oświadczenia złożonego przez Odwołującego w formularzu ofertowym, a to oświadczenie nie pozostawia żadnych wątpliwości, że przedmiot oferty nie obejmuje rozwiązań równoważnych. Wobec powyższego, przyjęcie oświadczenia Odwołującego złożonego na etapie oceny ofert, że zaoferował rozwiązanie równoważne, jest nieuprawnione, gdyż prowadziłoby *de facto* do zmiany treści złożonej oferty. Z drugiej strony zaoferowanie produktu, który nie spełnia wprost parametrów określonych w SIWZ - w zakresie wymaganej liczby pęczków - należy ocenić jako niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, która nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Podnoszona przez Odwołującego w odwołaniu okoliczność, że „ilość pęczków jest jedynie parametrem wtórnym, a najistotniejszą rolę odgrywa ilość włókien w 1m<sup>2</sup> zaś produkt zaoferowany przez Sport Halls gwarantuje osiągnięcie takiej samej ilości włókien na m<sup>2</sup> i znacznie przewyższa wymogi minimalne Zamawiającego” nie ma znaczenia dla oceny oferty Odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy, jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ, ponieważ kwestia ta powinna być podnoszona przez wykonawcę na etapie formułowania wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego lub też w ramach

wykazywania równoważności zaoferowanego rozwiązania, pod warunkiem dokonania tego w trybie określonym przez Zamawiającego w SIWZ.

Podkreślić należy, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu nie z tego względu, że zaoferowany przez Odwołującego produkt firmy Greenfields XtraGrass nie gwarantuje osiągnięcia parametrów równoważności w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ lecz dlatego, że z treści oferty złożonej w terminie składania ofert nie wynika, że Odwołujący oferuje rozwiązanie równoważne, ponieważ stosowne dokumenty na taką okoliczność nie zostały w ofercie Odwołującego złożone. Uwzględnienie tych dokumentów na etapie oceny ofert stanowiłoby niedozwoloną zmianę treści złożonej oferty. W tym kontekście też Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o przesłuchanie w charakterze świadka osoby Piotra Jakubiaka na okoliczność braku pożądaných przez Zamawiającego właściwości i parametrów maty zaoferowanej przez Odwołującego, uznając, że okoliczności sprawy konieczne do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania zostały ustalone na podstawie dokumentacji postępowania, a wniosek ten zmierzałby jedynie do przewlekłości postępowania.

W zakresie zarzutu braku podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego z tego względu, że zaoferowana trawa hybrydowa zawiera lateks Izba ustaliła, że złożony przez Odwołującego dokument potwierdzający spełnienie warunków jakościowych dla nawierzchni z trawy hybrydowej, tj. atest PZH wystawiony dla grupy produktów, w tym nawierzchni Greenfields XtraGrass, wprost wskazuje na zawartość lateksu. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że składnik ten nie został wskazany w karcie katalogowej tego produktu ani w pozostałych dokumentach odnoszących się do tego produktu, Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnienia powyższej kwestii w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w celu wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości. Wskazać należy przy tym, że Zamawiający nie mógł badać złożonej przez Odwołującego próbki trawy na etapie oceny ofert, gdyż zgodnie z warunkami SIWZ, o których była mowa powyżej, próbka ta była wymagana na etapie przed zawarciem umowy.

Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, w tym fakt, że oferta złożona przez Odwołującego i tak podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, uchybienie obowiązkowi zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp, nie może mieć wpływu na wynik postępowania, a zatem stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp stwierdzone naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu nie został naruszony przez Zamawiającego przepis art. 7 ust 1 Pzp w wyniku odrzucenia oferty Odwołującego oraz w konsekwencji – w wyniku wyboru oferty z wyższą ceną, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....

.....

.....