

Sygn. akt: KIO 1054/19

WYROK
z dnia 24 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2019 r. przez **I. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Ostrów Mazowiecka**,

przy udziale:

- 1) wykonawcy **Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- 2) wykonawcy **Gardenia Sport Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i powtórzenie czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Ostrów Mazowiecka 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 Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ostrów Mazowiecka – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Remont stadionu przy ul. Warchalskiego w Ostrowi Mazowieckiej na działce nr ewid. 4110/2*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 kwietnia 2019 r. pod numerem 535443-N-2019.

W dniu 10 czerwca 2019 r. I. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. wniosła odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. i zaniechania odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust.1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z udzielonymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami do treści SIWZ (odpowiedź nr 3 z 30 kwietnia 2019 r.) Zamawiający wymagał nawierzchni o parametrach nie gorszych niż następujące:

Parametr	Wymagania Zamawiającego
Grubość całkowita systemu nawierzchni (mm)	min. 13,0
Odkształcenie pionowe w temp. 23°C (mm)	1,7-1,9
Amortyzacja (redukcja siły) w temp. 23°C <%)	37-39
Tarcie (odporność na poślizg) mierzone odczytem TRRL	55-65
Wytrzymałość na rozciąganie (MPa)	0,6-0,7
Wydłużenie w chwili zerwania (%)	60-80

Powyższe parametry należało udowodnić raportem z badań na regulację IMF wykonanym w laboratorium posiadającym akredytację IMF. Co znamienne, Zamawiający wymagał by raport potwierdzał spełnienie jego wymagań, a nie jedynie (oczywiście niższych) wymogów IMF. Tymczasem, jak wynika z raportu z badań, przedłożonego przez Panorama

Obiekty Sportowe Sp. z o.o., zaoferowana przez niego nawierzchnia posiada między innymi współczynnik wytrzymałości na rozciąganie: 0,58 MPa i tym samym nie mieści się w wymaganym przedziale 0,6 - 0,7 MPa.

Odwołujący podniósł, że powyższy współczynnik na poziomie 0,58 MPa nie kwalifikuje zaoferowanej nawierzchni jako spełniającej wymagania Zamawiającego. Współczynnik wytrzymałości na rozciąganie jest oczywiście niższy niż dolna granica wyznaczonego przedziału (zarówno wartość średnia, jak i wartość zmierzona w 5 na 6 próbek). Zaoferowana nawierzchnia w porównaniu do nawierzchni wymaganej jest zatem wyraźnie zbyt mało trwała i zbyt „plastyczna” (zacznie bardziej podatna na rozciąganie). W konsekwencji będzie mniej trwała (mniej odporna na uszkodzenia), co z czasem może przełożyć się na wyższe koszty utrzymania i szybszą potrzebę remontu kapitalnego obiektu. Zdaniem Odwołującego powyższą tezę potwierdza załączona do odwołania ocena wydana przez Instytut Sportu, która jednoznacznie wskazuje, że nawierzchnia zaoferowana przez Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. z uwagi na parametr wytrzymałości na rozciąganie poniżej dolnej granicy określonej przez Zamawiającego nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może w sposób rozszerzający czy też łagodzący dokonywać oceny spełnienia wymaganych warunków. Takie zachowanie Zamawiającego prowadzi do dowolności w ocenie złożonych ofert, a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których przestrzegania Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany w toku postępowania, m.in. na podstawie art. 2 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie może modyfikować postanowień SIWZ czy to wprost, czy też przez swoją dowolną ocenę. SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować SIWZ tak, jak wskazuje na to jej brzmienie, nie jest natomiast uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie.

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że oferta Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a Zamawiający nie czyniąc tego odrzucenia naruszył niniejszy

przepis. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej ofert, która nie powinna w tym wyborze brać udziału.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe Sp. z.o.o. jako niezgodnej z SIWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili wykonawcy: Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. (po stronie Zamawiającego) oraz Gardenia Sport Sp. z o.o. (po stronie Odwołującego).

Izba nie uwzględniła stanowiska Zamawiającego o niedopuszczalności wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Odnosząc się do tego stanowiska zauważyć należy, że Sąd Najwyższy w uchwałach z 17 listopada 2017 r. (III CZP 58/17 oraz III CZP 56/17) stwierdził, że zarzuty odwołania w postępowaniu, w którym wartość zamówienia nie przekracza tzw. progów unijnych, mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Krajowa Izba Odwoławcza w swojej linii orzeczniczej uwzględniła stanowisko wyrażone w przywołanych wyżej uchwałach Sądu Najwyższego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w wyjaśnieniach dotyczących treści SIWZ (odpowiedź na pytanie nr 3 z 30 kwietnia 2019 r. poinformował wykonawców, że wymaga nawierzchni o parametrach nie gorszych niż następujące:

Parametr	Wymagania Zamawiającego
Grubość całkowita systemu nawierzchni (mm)	min. 13,0
Odkształcenie pionowe w temp. 23°C (mm)	1,7-1,9
Amortyzacja (redukcja siły) w temp. 23°C (<%)	37-39
Tarcie (odporność na poślizg) mierzone odczytem TRRL	55-65
Wytrzymałość na rozciąganie (MPa)	0,6-0,7
Wydłużenie w chwili zerwania (%)	60-80

Zamawiający dodał, że powyższe wymagania powinien potwierdzać raport z badań na regulację IAAF wykonany w laboratorium posiadającym akredytację IAAF

Przystępujący Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. przedstawił Zamawiającemu raport z badania nawierzchni syntetycznej IAAF. W punkcie 5 tego dokumentu (Próba wytrzymałości na rozciąganie) podano następujący wynik badania:

Nr próbki	1	2	3	4	5	6	Średnia
	0,61	0,58	0,58	0,59	0,57	0,56	0,58

W Raporcie wskazano przy tym, że należy zbadać przynajmniej cztery próbki.

Zamawiający uznał, że oferta Przystępującego spełnia wymagania określone w SIWZ i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z 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.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że wymagania Zamawiającego w zakresie wytrzymałości nawierzchni na rozciąganie zostały precyzyjnie określone w wyjaśnieniach do SIWZ (stanowiących integralną część specyfikacji) i nie budziły wątpliwości interpretacyjnych. Zamawiający podał przedział, w którym miał się mieścić parametr dotyczący wytrzymałości na rozciąganie i określił dokument, który powinien to potwierdzać. Nie ma więc żadnych podstaw do stosowania wykładni rozszerzającej, prowadzącej do dopuszczenia nawierzchni o wytrzymałości na rozciąganie niemieszczącej się w tym przedziale, nie było bowiem żadnych wątpliwości, które należałoby rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy. Ponadto Zamawiający nie dopuścił żadnej dodatkowej tolerancji w zakresie tego parametru, w tym tolerancji związanej z ewentualnym błędem pomiarowym. Nie ma więc znaczenia, jak bardzo przedmiotowy parametr zaoferowanej nawierzchni odbiega od

określonych przez Zamawiającego wymagań, a stwierdzenie, że różnica w tym zakresie jest niewielka nie może prowadzić do oceny, że oferta spełnia wymagania SIWZ.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Przystępującego, który wskazał, że wystarczające jest, aby wynik badania jednej z próbek mieścił się we wskazanym przez Zamawiającego przedziale. Należy zwrócić uwagę, że w raporcie z badań IAAF wprost podano, że należy zbadać przynajmniej cztery próbki nawierzchni, co oznacza, że wynikiem badania jest rezultat otrzymywany na podstawie badania czterech lub więcej próbek. Zatem nawet w sytuacji, gdy Zamawiający nie wskazał wprost, że przedział od 0,60 MPa do 0,70 MPa dotyczy wartości uśrednionej, to na podstawie samego sposobu przeprowadzania badania należy wyciągnąć wniosek, że wynikiem badania jest rezultat otrzymany z badania kilku próbek. Nie można natomiast twierdzić, że nawierzchnia, w przypadku której tylko jedna próbka dała wymagany wynik, posiada oczekiwaną przez Zamawiającego wytrzymałość na rozciąganie. Przystępujący, twierdząc, że istotny jest wynik badania pojedynczej próbki myli sposób ustalenia wyniku badania (jego metodologię) z samym wynikiem badania. Badanie pojedynczych próbek jest sposobem ustalenia wartości badanego parametru, wynik natomiast stanowi rezultat badania kilku próbek.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego należy stwierdzić, że poza nieuzasadnioną tezą o konieczności zinterpretowania wymagań na korzyść Przystępującego, nie przedstawił on żadnych argumentów pozwalających na uznanie, że nie było podstaw do odrzucenia oferty. Za całkowicie niezrozumiałe należy uznać twierdzenie Zamawiającego o konieczności dopuszczenia parametrów równoważnych. Dopuszczenie rozwiązań równoważnych, stosownie do art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, dotyczy sytuacji, gdy przedmiot zamówienia, w sytuacjach wskazanych w tym przepisie, jest opisany *przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów*. W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia przez wskazanie wartości wymaganego parametru, jak to miało miejsce w niniejszym postępowaniu, nie może być mowy o jakimkolwiek traktowaniu parametrów niższych niż wymagane jako parametrów równoważnych.

Odnosząc się do przedłożonej przez Zamawiającego opinii sporządzonej przez byłego Przewodniczącego Komisji Obiektów i Urządzeń PZLA, to wskazać należy, że ma ona jedynie walor stanowiska strony, a przede wszystkim nie może być ona uznana za usprawiedliwiającą nieodrzućenie oferty Przystępującego, jest ona bowiem wprost sprzeczna z precyzyjnym wymaganiem określonym w SIWZ i niebudzącym wątpliwości wynikiem badania wytrzymałości nawierzchni na rozciąganie.

W odniesieniu natomiast do tezy Zamawiającego, że Odwołujący nie wywiązał się z ciężaru dowodu i nie wykazał, że sporny parametr nawierzchni zaoferowanej przez Przystępującego jest gorszy niż wymagany w SIWZ, zauważyć należy, że nie wymaga szczególnego dowodzenia okoliczność, że niższa wartość wytrzymałości na rozciąganie oznacza, że jest ona gorsza od wymaganej. Skoro bowiem Zamawiający wymagał tej wytrzymałości o wartości mieszczącej się w określonym przedziale, to trudno bronić tezy, że wartość poniżej tego przedziału powinna być uznana za *nie gorszą*.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty Przystępującego, która nie spełniała merytorycznych wymagań określonych przez Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru tej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenia te miały wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący: