

Sygn. akt: **KIO/UZP 402/10**

KIO/UZP 420/10

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Członkowie: **Ewa Rzońca**

Robert Skrzyszewski

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2010 roku w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2010 roku do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Konsorcjum: Ilona Stańczyk prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk (lider konsorcjum), Grzegorz Baran prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „GB” Grzegorz Baran, SALTEX OY, z siedzibą dla lidera konsorcjum 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, Jaworowa 2**
- B. Masters spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 70–383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Rybnik, 44–200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 2** protestów:

A Konsorcjum: Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk (lider konsorcjum), Grzegorz Baran prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „GB” Grzegorz Baran, SALTEX OY, z siedzibą dla lidera konsorcjum 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, Jaworowa 2 z dnia 26 lutego 2010 r.

B Masters spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 70–383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21 z dnia 26 lutego 2010 r.

przy udziale **Masters spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 70–383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 402/10 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu Miastu Rybnik, 44-200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 2 unieważnienie czynności odrzucenia ofert: Konsorcjum: Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk (lider konsorcjum), Grzegorz Baran prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „GB” Grzegorz Baran, SALTEX OY, z siedzibą dla lidera konsorcjum 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, Jaworowa 2 oraz Masters spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 70–383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21 oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Rybnik, 44–200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 2 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk (lider konsorcjum), Grzegorz Baran prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „GB” Grzegorz Baran, SALTEX OY, z siedzibą dla lidera konsorcjum 41 – 300 Dąbrowa Górnicza, Jaworowa 2**

- B** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Masters spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 70 – 383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 644 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sześćset czterdzieści cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
- A** kwoty **5 822 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Miasto Rybnik, 44–200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 2** na rzecz przez **Konsorcjum: Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk (lider konsorcjum), Grzegorz Baran prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „GB” Grzegorz Baran, SALTEX OY, z siedzibą dla lidera konsorcjum 41–300 Dąbrowa Górnicza, Jaworowa 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika
- B** kwoty **5 822 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Miasto Rybnik, 44–200 Rybnik, ul. B. Chrobrego 2** na rzecz **Masters spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 70–383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **7 778 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum: Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk (lider konsorcjum), Grzegorz Baran prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU**

„GB” Grzegorz Baran, SALTEX OY, z siedzibą dla lidera konsorcjum 41–300 Dąbrowa Górnicza, Jaworowa 2

B kwoty **7 778 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Masters spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 70 – 383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21**

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Rybnik, 44-200 Rybnik, ul. Chrobrego 2 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę boiska piłkarskiego o sztucznej nawierzchni na terenie Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Rybniku – dzielnica Kamień.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Dot. sprawy KIO/UZP 402/10

Pismem z dnia 26 lutego 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum: Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk (lider konsorcjum), Grzegorz Baran prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „GB” Grzegorz Baran, SALTEX OY, z siedzibą dla lidera konsorcjum 41–300 Dąbrowa Górnicza, Jaworowa 2 wnieśli protest na czynności zamawiającego polegające na:

1. odrzuceniu oferty protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp,
2. wyborze oferty Konsorcjum CEES Budownictwo, ul. Gumińska 9a, Dębica, FHU Profi Sport Szymański Andrzej, Szymańska Edyta, co jest niezgodne z przepisami Prawa Zamówień Publicznych,
3. nie wykluczeniu Konsorcjum CEES Budownictwo, ul. Gumińska 9a, Dębica, FHU Profi Sport Szymański Andrzej, Szymańska Edyta na podstawie art. 24 ust. 1 pkt.10 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunku dotyczącego posiadania niezbędnego doświadczenia do wykonania zamówienia.
4. nie wykluczeniu Konsorcjum CEES Budownictwo, ul. Gumińska 9a, Dębica, FHU Profi Sport Szymański Andrzej, Szymańska Edyta na podstawie art. 24 ust. 2 pkt.3 ustawy

Pzp, ze względu na nie udokumentowanie spełnienia warunków wymaganych przez zamawiającego,

5. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust.1.

W ocenie protestującego zamawiający takim działaniem naruszył przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a w szczególności;

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty protestującego pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ,

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie wezwanie protestującego do uzupełnienia dokumentu, który by udokumentował spełnienie warunku jakościowego przedmiotu zamówienia,

4. art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez nie wykluczenie wykonawcy Konsorcjum CEES Budownictwo, ul. Gumińska 9a, Dębica, FHU Profi Sport Szymański Andrzej, Szymańska Edyta który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu,

5. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez nie wykluczenie wykonawcy Konsorcjum CEES Budownictwo, ul. Gumińska 9a, Dębica, FHU Profi Sport Szymański Andrzej, Szymańska Edyta, który nie przedstawił w ofercie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków,

6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu protestujący podniósł, iż zamawiający dnia 19.02.2010 r. poinformował go o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, którą złożyło Konsorcjum firm CEES Budownictwo, ul. Gumińska 9a, Dębica, FHU Profi Sport Szymański Andrzej, Szymańska Edyta. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty protestującego zamawiający podał, że zaproponowana przez protestującego trawa nie posiada włókna w kształcie C lub S, a tym samym nie spełnia wymagań zamawiającego. Z taką decyzją zamawiającego protestujący się nie zgodził.

Protestujący stwierdził, iż jeżeli zamawiający uznał, że w ofercie protestującego nie ma dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku jakościowego przedmiotu zamówienia to był zobowiązany art. 26 ust.3 ustawy Pzp do wezwania protestującego o uzupełnienie dokumentu, który według zamawiającego potwierdzał spełnienie jego wymogu. Brak takiego wezwania spowodował naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co jednocześnie doprowadziło do wyboru oferty nie najkorzystniejszej sprzecznie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty wybranej za najkorzystniejszą protestujący stwierdził, iż wykonawca, który złożył tę ofertę nie przedstawił dokumentów świadczących o

spełnieniu warunku doświadczenia zawodowego w zakresie wykonania co najmniej 2 boisk o nawierzchni z trawy syntetycznej III generacji o powierzchni minimum 6.500 m² i wartości 2.500.000 zł brutto każde, dlatego też zamawiający był zobowiązany do wykluczenia z postępowania tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 5 marca 2010 roku zamawiający poinformował protestującego, że w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia jego oferty protest został oddalony, natomiast w zakresie wyboru na wykonawcę zamówienia Konsorcjum CEES - Budownictwo, PHU Profi Sport, podjęto decyzję o jego przyjęciu i dokonaniu powtórnej oceny i badania ofert.

W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że nie zgadza się z zarzutami zawartymi w proteście, gdyż do złożonej oferty zostały dołączone wszystkie wymagane w SIWZ dokumenty przedmiotowe dotyczące potwierdzenia spełniania parametrów oferowanej trawy w wymaganiach SIWZ. Do oferty dołączono między innymi „Protokół badania wymiarów Desso D-vision 60”, które w swojej treści zawierało zdjęcie przekroju oferowanej trawy, w jednoznaczny sposób wskazujące, że zaoferowana trawa nie posiada profilu C ani S. W sytuacji, gdy zamawiający nie ma wątpliwości, co do treści złożonej oferty i zawiera ona wszystkie wymagane dokumenty, zamawiający nie ma możliwości skorzystania z przepisów dotyczących uzupełnienia oferty ani wystąpienia do wykonawcy o złożenie wyjaśnień.

W dniu 12 marca 2010 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego Konsorcjum: Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk (lider konsorcjum), Grzegorz Baran prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU „GB” Grzegorz Baran, SALTEX OY wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu wskazał, iż skarży czynności podjęte przez zamawiającego polegające na:

1. odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
2. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1.

W ocenie odwołującego się zamawiający takim działaniem naruszył przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a w szczególności;

1. art. 7 ust. 1, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty odwołującego się pomimo, że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ,
3. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez nie wezwanie odwołującego się do uzupełnienia dokumentu, który by udokumentował spełnienie warunku jakościowego przedmiotu zamówienia,

4. art. 91 ust. 1 poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu stwierdził, iż zamawiający dnia 19.02.2010 r. poinformował go, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty zamawiający podał, że zaproponowana przez odwołującego się trawa nie posiada włókna w kształcie C lub S, a tym samym nie spełnia wymagań zamawiającego. Z taką decyzją zamawiającego odwołujący się nie może się zgodzić.

Odwołujący się wskazał, że zamawiający w odpowiedzi z dnia 7.02.2010 r. na protest firmy POLCOURT S.A. określił ostateczne parametry trawy na poziomie;

Brzmienie obowiązujące:

Zastosowana trawa powinna posiadać poniższe lub lepsze parametry techniczne:

- | | | |
|-------------------|-----------|------------------------------------|
| - Dtex | - minimum | 12.000 |
| - Grubość włókna | - minimum | 205 mikronów; |
| - Wysokość włókna | - minimum | 60 mm |
| - Ilość pęczków | - minimum | 8,400 szt/m ² |
| - Ilość włókien | - minimum | 130.000 szt/m ² |
| - Masa całkowita | - minimum | 2300gr/m ² |
| - Dostępne kolory | - | dwukolorowa, dwa odcienie zieleni. |

Włókno trawy powinno być o przekroju w kształcie litery C lub S, wzmocnione rdzeniem na całej długości”.

Zamawiający również wskazał, że „uwzględniając argumenty protestującego odnośnie innych jednostek badawczych, które prowadzą tego typu badania, dopuszcza zamienne opinie niezależnej instytucji potwierdzające żądane parametry.”

W związku z powyższymi wymogami a w szczególności, iż zamawiający dopuścił zastosowanie nawierzchni o parametrach lepszych, odwołujący się zaoferował nawierzchnię z trawy syntetycznej właśnie o parametrach lepszych. Faktem jest, że zaproponowana przez niego trawa posiada przekrój w kształcie diamentu wzmocniony rdzeniem na całej długości, co stanowi, że jest trawą jakościowo lepszą. Ten fakt potwierdzają opinie niezależnych instytucji, które jednoznacznie wskazują, że „kształt diamentu jest najlepszym kształtem po to, by unikać fibrylacji i by zachować oryginalny kształt”, „naszym zdaniem nie ma żadnych podstaw do dyskryminowania nawierzchni o innym przekroju niż C. S czy łukowatym”. Zgodnie z zapisem SIWZ wskazującym, że Zamawiający dopuszcza zamienne opinie niezależnych instytucji potwierdzające żądane parametry odwołujący się załączył je do odwołania. W związku powyższymi faktami, tzn. dopuszczenia przez zamawiającego trawy syntetycznej spełniającej parametry lepsze od wymienionych, jaką jest trawa odwołującego się a nawet jakościowo je przewyższające dziwne jest działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty tylko na podstawie jednego parametru (przekrój włókna), który i tak w

zestawieniu z innymi parametrami oferowanej nawierzchni czyni ją lepszą jakościowo od trawy opisanej przez zamawiającego.

Działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego się na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest sprzeczne z jego zapisami wynikającymi ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku jakościowego oferowanego przedmiotu zamówienia nie wziął pod uwagę zapisów specyfikacji dotyczących możliwości zaoferowania materiałów, które muszą spełniać parametry lepsze.

Zamawiający jednak w specyfikacji nie doprecyzował parametrów lepszych a tylko takowe dopuścił. W związku z tym zaproponowana przez odwołującego się nawierzchnia trawy syntetycznej nie stanowi sprzeczności z treścią specyfikacji.

Literalne egzekwowanie przez zamawiającego spełnienie poszczególnych parametrów trawy jest sprzeczne z zapisami w specyfikacji dopuszczającymi zaoferowanie materiałów spełniających parametry lepsze. Takie postępowanie zamawiającego nie tylko jest sprzeczne z zapisami SIWZ ale również z art. 7 ustawy Pzp i tym samym stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jeżeli zamawiający uznał, że w ofercie protestującego nie ma dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku jakościowego przedmiotu zamówienia to był zobowiązany art. 26 ust.3 ustawy Pzp do wezwania odwołującego się o uzupełnienie dokumentu, który według zamawiającego potwierdzał spełnienie jego wymogu. Brak takiego wezwania spowodowało naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co jednocześnie doprowadziło do wyboru oferty nie najkorzystniejszej sprzecznie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Dot. sprawy KIO/UZP 420/10

Pismem z dnia 26 lutego 2010 roku wykonawca Master Sp. z o.o. wniósł protest na czynności zamawiającego polegające na:

- 1) odrzuceniu oferty Masters Sp. z o.o. z postępowania jako rzekomo niezgodnej z treścią SIWZ,
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: „Ceas budownictwo Jadwiga Sadok, ul. Guzmińska 9a, 39-200 Dębica (lider) i FHU Profi Sport Szymański Andrzej Szymańska Edyta (członek konsorcjum) dalej jako Konsorcjum CEES-PROFI Sport
- 3) zaniechaniu wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania i

z uwagi na brak spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ,

- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum: Dariusz Kaszuba prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Kaszub Dariusz Kaszuba (lider) oraz Moris-Sport Sp. z o.o. w Warszawie (członek konsorcjum) jako niezgodnej z treścią SIWZ, dalej jako Konsorcjum Kaszub-Moris-Sport

Oferta protestującego została niezasadnie odrzucona. Wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenia (referencje) mające wpływ na wynik postępowania, jednocześnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, a jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Oferta konsorcjum Kaszub-Moris jest niezgodna z treścią SIWZ, w związku z czym powinna podlegać odrzuceniu.

Jako podstawę prawną twierdzenia protestujący wskazał przepisy art. 7, art. 24 ust. 2 pkt. 3, art. 24 ust. 4, art. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Protestujący zażądał:

- 1) unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty protestującego,
- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum CEES-Profil Sport i wykluczenie ww. konsorcjum z postępowania oraz uznanie złożonej oferty jako odrzuconej ewentualnie odrzucenie złożonej oferty,
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Kaszub-Moris-Sport
- 4) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez uznanie, że oferta protestującego, jeśli jest najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu protestujący wskazał, że zgodnie z ostateczną treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ustaloną w wyniku rozstrzygnięcia protestu złożonego przez jednego z wykonawców zastosowana trawa powinna posiadać poniższe lub lepsze parametry techniczne:

„Zastosowana trawa powinna posiadać poniższe lub lepsze parametry techniczne:

- | | | |
|-------------------|---|-----------------------------------|
| -Dtex | – | minimum 12.000 |
| - Grubość włókna | - | minimum 205 mikronów |
| - Wysokość włókna | - | minimum 60 mm |
| - Ilość pęczków | - | minimum 8.400 szt./m ² |

- | | | |
|-------------------|---|------------------------------------|
| - Ilość włókien | - | minimum 130.000 szt/m ² |
| - Masa całkowita | - | minimum 2300 g/m ² |
| - Dostępne kolory | - | dwukolorowa, dwa odcienie zieleni. |

Włókno trawy powinno być o przekroju w kształcie litery C lub S, wzmocnione rdzeniem na całej długości”.

Zamawiający dokonując oceny ofert bezzasadnie przyjął, iż zaoferowana nawierzchnia przez protestującego jest niezgodna z warunkami określonymi w SIWZ. W wyjaśnieniach przesłanych dnia 10 lutego 2010 roku przedstawiono w sposób jasny i czytelny, iż trawa FTOM 1S (Duraspine FR) jest produktem o parametrach lepszych od tych wskazanych w SIWZ. Istotnym w tym zakresie jest postanowienie SIWZ mówiące, iż „zastosowana trawa powinna posiadać poniższe lub lepsze parametry techniczne”. Absolutnie w żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie wskazał, aby o tym, czy trawa jest lepsza decydowało posiadanie wyższych parametrów. Zamawiający wyraźnie wskazał, że dopuszcza nawierzchnie z parametrami lepszymi. Pojęcie „parametry lepsze” i „parametry wyższe” nie są ze sobą tożsame.

Pismem z dnia 5 marca 2010 roku zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutów dotyczących oferty protestującego, natomiast w zakresie wyboru na wykonawcę zamówienia konsorcjum CEES-Budownictwo, PHU Profi Sport oraz uznania oferty Konsorcjum Kaszub Dariusz Kaszub – Lider, Moris – Sport Sp. z o.o. za podlegającą odrzuceniu, podjęto decyzję o jego przyjęciu i dokonaniu powtórnej oceny ofert.

Zamawiający nie zgodził się z argumentacją protestującego, gdyż podane wartości poszczególnych parametrów w każdym przypadku poprzedza słowo „minimum”, co w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazuje, że pod słowem parametry lepsze należy rozumieć parametry wyższe od minimalnych podanych w SIWZ.

Wykonawca Master Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty i wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania poprzez unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Master Sp. z o.o. w Szczecinie,
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez uznanie, że oferta odwołującego się jest najkorzystniejsza,

- 3) przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika według spisu kosztów przedłożonych na rozprawie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania są zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się mają interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający ich do wnoszenia środków ochrony prawnej stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotne dla przedmiotowego postępowania znaczenie ma rozstrzygnięcie przez zamawiającego protestu wykonawcy POLCOURT S.A. z dnia 28 grudnia 2009 roku, w którym zmienił on pierwotne parametry trawy nadając opisowi wymogów brzmienie następujące:

„Zastosowana trawa powinna posiadać poniższe lub lepsze parametry techniczne:

- | | | |
|-------------------|---|------------------------------------|
| -Dtex | – | minimum 12.000 |
| - Grubość włókna | - | minimum 205 mikronów |
| - Wysokość włókna | - | minimum 60 mm |
| - Ilość pęczków | - | minimum 8.400 szt./m ² |
| - Ilość włókien | - | minimum 130.000 szt/m ² |
| - Masa całkowita | - | minimum 2300 g/m ² |
| - Dostępne kolory | - | dwukolorowa, dwa odcienie zieleni. |

Włókno trawy powinno być o przekroju w kształcie litery C lub S, wzmocnione rdzeniem na całej długości”.

Zamawiający odrzucił oferty odwołujących się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że wykonawca Konsorcjum „GRETASPORT” zaoferował trawę o włóknie, które nie posiada kształtu litery C lub S, natomiast wykonawca Masters Sp. z o.o. zaoferował trawę, której parametry, tj. ilość włókien oraz ciężar dtex nie spełniają minimalnych parametrów określonych w SIWZ przez zamawiającego. Wykonawca Konsorcjum

„GRETASPORT” zaoferował włókno trawy o przekroju w kształcie diamentu, natomiast Masters Sp. z o.o. – trawę o ciężarze dtex: 11.000 i ilości włókien 106.080 szt./m².

Okolicznością bezsporną jest, iż wskazane przez zamawiającego parametry nie były parametrami sztywnymi. Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktów o parametrach lepszych, nie określając przy tym, co w jego przekonaniu decyduje o tym, czy zaoferowane parametry są lepsze od tych, które określił.

Dopiero w rozstrzygnięciu protestu Masters Sp. z o.o. zamawiający stwierdził, iż podane wartości poszczególnych parametrów poprzedza słowo „minimum”, co w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazuje, że pod pojęciem parametry „lepsze” należy rozumieć parametry wyższe od minimalnych, podanych w SIWZ.

Z argumentacją zamawiającego nie można się zgodzić. Brak jest podstaw do przyjęcia, iż tylko parametry o wartościach wyższych od tych, które wskazał zamawiający mogą być uznane za lepsze. Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani też w kierowanych do wykonawców wyjaśnieniach nie sprecyzował, że pod pojęciem parametrów „lepszych” ma na myśli parametry wyższe. Takie rozumienie przymiotnika „lepszy”, jakie prezentuje zamawiający, nie wynika również z języka potocznego czy zasad logiki w tym znaczeniu, że jest to jedyna możliwa interpretacja tego pojęcia.

Jak słusznie zauważył odwołujący się Masters Sp. z o.o. nie należy oceniać każdego parametru z osobna, gdyż o jakości trawy świadczą nie poszczególne parametry, ale ich cały zestaw. Jedynie kompleksowa ocena wszystkich parametrów umożliwia stwierdzenie, czy zaoferowana trawa jest produktem lepszym od tego, który opisał zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też nie.

W ocenie Izby fakt, iż zamawiający poprzedził konkretne wielkości parametrów określeniem „minimum” nie daje podstawy do twierdzenia, iż tylko parametry wyższe są lepszymi od wskazanych. Sformułowanie użyte przez zamawiającego, iż „Zastosowana trawa powinna posiadać poniższe lub lepsze parametry techniczne” oraz wskazanie parametrów minimalnych można zinterpretować również w taki sposób, o jakim mówi odwołujący się Master Sp. z o.o., tzn. że zamawiający dopuścił nawierzchnie bądź o wskazanych parametrach minimalnych lub wyższych, bądź też o parametrach lepszych, czyli niekoniecznie wyższych, ale dających w ogólnym zestawieniu nawierzchnię lepszej jakości.

W tym miejscu należy również podnieść, iż w przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. W orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż

okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07).

Zdaniem Izby powyższy pogląd zachowuje swą aktualność również w przypadku w przypadku nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie.

Odwołujący się Masters Sp. z o.o. przedstawił na rozprawie dowody potwierdzające, iż parametry wyższe nie muszą być jednocześnie lepszymi, a także dowodził, iż zaoferowana przez niego trawa jest jedną z najlepszych nawierzchni na rynku. Izba wzięła pod uwagę w szczególności dowód z zeznań świadka Pana Andrzeja Sz oraz pismo Actglobal Sports. Z dowodów tych wynika, iż zarówno zawyżone parametry Dtex, jak i gęstości trawy mogą doprowadzić do nieprzydatności danej nawierzchni do uprawiania określonej dyscypliny sportu. W ocenie Izby informacje wynikające z przeprowadzonych dowodów w sposób jasny i precyzyjny wyjaśniają zależność pomiędzy parametrami trawy i ich wpływem na jakość całego produktu.

Analogicznie należy podejść do zarzutów wyrażonych w odwołaniu Konsorcjum GRETASPORT, którego oferta została odrzucona z uwagi na zaoferowanie trawy o przekroju w kształcie diamentu, wzmocnionym rdzeniem na całej długości. Należy zwrócić uwagę, iż zamawiający zawarł wymogi dotyczące przekroju włókna trawy w następnym zdaniu po opisanu innych cech trawy za pomocą konkretnych wielkości. Wymogi te zostały poprzedzone zdaniem: „Zastosowana trawa powinna posiadać poniższe lub lepsze parametry techniczne:”. Prawdopodobna była zatem taka interpretacja, iż możliwość zaoferowania lepszych parametrów odnosi się również do innego, zdaniem wykonawcy – lepszego kształtu trawy. Przystępujący zwracał co prawda uwagę na fakt, iż kształt trawy nie jest jej parametrem, ale cechą, jednakże należy zwrócić uwagę, iż „parametr” nie jest pojęciem posiadającym legalną definicję. Pojęcia tego również nie zdefiniował na użytek niniejszego postępowania zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani też w pismach kierowanych do wykonawców. Daje to możliwość swobodnej interpretacji tego pojęcia, co w konsekwencji sprawia, że specyfikacja jest mało precyzyjna. Przystępujący przytoczył w swoim przystąpieniu z dnia 26 marca 2010 roku definicje „parametru” i „kształtu” zawarte w Słowniku Języka Polskiego PWN, niemniej jednak nie są to definicje, które muszą być znane uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne. Przygotowując ofertę wykonawcy posługują się specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a ta – jak już wyżej podnoszono – winna być precyzyjna i zrozumiała.

Odnosząc się do stwierdzenia zamawiającego i przystępującego, iż odwołujące się konsorcjum GRETASPORT w odwołaniu podniosło zarzuty, które wcześniej nie były podniesione w proteście należy zwrócić uwagę, iż zarówno w proteście, jak i w odwołaniu konsorcjum zarzuciło zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W obu złożonych pismach odwołujące się konsorcjum zawarło następujące stwierdzenie: „Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia naszej oferty zamawiający podaje, że zaproponowana przez nas trawa nie posiada włókna w kształcie litery C lub S, co tym samym nie spełnia wymagań zamawiającego. Z taką decyzją zamawiającego nie możemy się zgodzić”.

W ocenie Izby takie stwierdzenie jest wystarczające, by uznać tożsamość zarzutu podniesionego w proteście i podtrzymanego w odwołaniu. Co prawda argumentacja zawarta w dalszej części pism procesowych różni się tym, iż w proteście odwołujące się konsorcjum podnosiło, iż zamawiający winien był wezwać do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku jakościowego przedmiotu zamówienia, natomiast w odwołaniu wywodziło, że zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania trawy o kształcie lepszym niż „C” lub „S”, niemniej jednak wskazany wyżej zarzut pozostał niezmienny. Należy tu zwrócić uwagę, iż rozbieżność w argumentacji zawartej w proteście i odwołaniu również wynikała ze odmiennego zrozumienia postanowień specyfikacji przez odwołujące się konsorcjum i zamawiającego. Konsorcjum GRETASPORT zaoferowało trawę o przekroju diamentu, gdyż w jego przekonaniu trawa o takim kształcie jest lepsza aniżeli trawa o przekroju w kształcie litery „C” lub „S”. Tymczasem zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum nie z uwagi na fakt, że kształt taki jest gorszy niż kształt „C” lub „S”, ale dlatego, że zaoferowana trawa nie ma przekroju o kształcie „C” lub „S”. Odwołujący się jednakowoż zarówno w proteście jak i odwołaniu dał wyraz temu, że nie zgadza się z taką decyzją zamawiającego, wobec czego nie może być mowy o braku tożsamości zarzutu.

Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszych odwołań miała również odpowiedź zamawiającego na pytania wykonawców. Pismem z dnia 5 stycznia 2010 roku odwołujący się Master Sp. z o.o. zadał zamawiającemu pytanie, czy dopuści on do postępowania nawierzchnię z trawy syntetycznej produkowanej w najnowocześniejszej obecnie technologii łukowatego włókna wzmocnionego rdzeniem stabilizującym posiadającą następujące parametry:

- włókna proste, monofilowe, o przekroju otwartego łuku (tj. w kształcie litery „C”),
- włókna jednorodne co do wysokości i grubości, tj. takie same na całej powierzchni trawy,
- włókna wzmocnione na całej długości wtopionym rdzeniem stabilizującym,
- grubość włókna – min. 230 mikronów,
- skład chemiczny włókna – polietylen,
- wysokość włókna – min. 60 mm,

- gęstość pęczków – 8.400,
- gęstość włókien – 100.800,
- ciężar dtex – min. 11.800,
- wytrzymałość na wyrywanie pęczków włókien trawy: min. 40N,
- wytrzymałość na rozdzieranie: min. 140 N,
- ciężar całkowity nawierzchni – min. 2.300g/m³,
- włókna w dwóch odcieniach zieleni w każdym pęczku (imitacja naturalnej trawy).”

Ponadto pismem z dnia 6 grudnia 2009 roku wykonawca Media Stadion Sp. z o.o. Budownictwo Sportowe w Szczecinie zadał pytanie, czy zamawiający dopuści nawierzchnię posiadającą przekrój „Diament” (największa odporność eksploatacyjna) wraz z wtopionym rdzeniem na całej długości włókna.

Zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2010 roku odpowiedział na oba pytania w sposób następujący: „Zamawiający dokona weryfikacji zaproponowanej nawierzchni po złożeniu oferty. Wszystkie nawierzchnie spełniające wymagania zawarte w SIWZ (zmodyfikowane parametry zostały określone w rozstrzygnięciu protestu złożonego przez POLCOURT S.A.) zostaną dopuszczone do udziału w postępowaniu”.

Stosownie do art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zamawiający obowiązany jest niezwłocznie udzielić wyjaśnień, o ile prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła w wyznaczonym terminie. Ze względu na to, że wyjaśnienia niejednokrotnie wpływają na podjęcie decyzji o składaniu oferty bądź na jej zawartość wskazane jest udzielanie precyzyjnych wyjaśnień, rzeczywiście wskazujących wolę zamawiającego wyrażoną w danym zapisie specyfikacji oraz udzielanie ich niezwłocznie, tak aby wykonawca, mając pełną wiedzę o danym zagadnieniu, mógł prawidłowo przygotować konkurencyjną ofertę. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 grudnia 2002 r.: "Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu; stanowią też rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego zmodyfikowania SIWZ".

Zamawiający w niniejszym postępowaniu w istocie nie udzielił wykonawcom odpowiedzi na zadane przez nich pytania. O ile nie dopuszczał trawy o parametrach wskazanych w pytaniach, winien był udzielić w tym zakresie konkretnej, nie budzącej wątpliwości odpowiedzi. Temu właśnie służy regulacja zawarta w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków wynikających z niewłaściwego

działania zamawiającego. Brak precyzyjności zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w udzielanych wykonawcom wyjaśnieniach może obarczać wyłącznie zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, ust. 2, ust. 3 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....