

Sygn. akt KIO/2776/10

WYROK
z dnia 12 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123, 23-300 Janów Lubelski** od czynności Zamawiającego **Zespół Szkół nr 2 w Tomaszowie Lubelskim, ul. Żwirki i Wigury 3, 22-600 Tomaszów Lubelski.**

przy udziale **Wykonawcy POLCOURT S.A., ul. Gdańska 27/31, 01-633 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123, 23-300 Janów Lubelski

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 uiszczanego przez **Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą**

**pod nazwą „FLIS” Marcin Flis, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123,
23-300 Janów Lubelski,**

- 2) zasądzić kwotę **1 500 zł 00 gr** (słownie: tysiąc pięćset złotych zero groszy) od **Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123, 23-300 Janów Lubelski** na rzecz **Zespołu Szkół nr 2 w Tomaszowie Lubelskim, ul. Żwirki i Wigury 3, 22-600 Tomaszów Lubelski**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO/2776/10

Zamawiający - Zespół Szkół Nr 2 im. Gen. Władysława Sikorskiego w Tomaszowie Lubelskim wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Budowa Powiatowego Międzyszkolnego Centrum Sportu i Rekreacji w Tomaszowie Lubelskim”.

Przedmiotowe zamówienie publiczne zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 287082 – 2010.

W ramach prowadzonego postępowania w dniu 8.10.2010 r. Zamawiający dokonał rozszerzenia i zmiany treści SIWZ w zakresie wymagań dotyczących nawierzchni poszczególnych boisk - części przedmiotu zamówienia.

Wprowadził do ppkt 3.3 SIWZ kolejne podpunkty i sprecyzował m.in. ppkt 3.3.2 SIWZ dotyczący parametrów nawierzchni kortów tenisowych w taki sposób, że nawierzchnię kortów należało wykonać z trawy syntetycznej na podbudowie z drenażem liniowym. Natomiast cechy trawy syntetycznej opisano z kolei za pomocą siedmiu parametrów:

1. Włókno: 100% polietylen lub polipropylen;
2. Minimalna liczba włókien: 120 000/m²;
3. Wysokość całkowita: od 12mm do 16mm;
4. Ciężar całkowity: min. 2100g/m²;
5. Kolor: kort zielony, otoczenie ceglaste, linie białe;
6. Ilość splotów: min. 60000/m²;
7. Dtex: min. 6600.

Ponadto w punkcie 7 SIWZ (Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu) skreślono podpunkty: 7.3; 7.3.1; 7.3.2; 7.3.2.1 zastępując je (w zakresie nawierzchni kortów tenisowych) następującym zapisem ppkt 7.3.: „W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawców wymagań na oferowane nawierzchnie boisk zewnętrznych określonych przez Zamawiającego wymaga się złożenia następujących dokumentów: 7.3.2. Dokumenty wymagane trawy syntetycznej kortów tenisowych: 1. Rekomendacja lub aprobaty techniczna ITB, lub dokument równoważny karta techniczna produktu w oryginale. Podpisane przez producenta; 2. Nawierzchnia powinna posiadać autoryzację producenta z potwierdzeniem gwarancji producenta w oryginale; 3. Atest PZH lub równoważny dla oferowanej nawierzchni i wypełnienia; 4. Certyfikat ITF (Międzynarodowa Federacja Tenisowa)”.

Wobec powyższych zmian Zamawiający poinformował o przedłużeniu terminu składania ofert, wyznaczając nowy termin składania ofert na dzień 18.10.2010 r., godz. 11.00. Otwarcie ofert zaplanowano na dzień 18.10.2010 r. godz. 11.30.

W dniu 5.11.2010 r. Odwołujący otrzymał za pośrednictwem faksu pismo, w którym Zamawiający w oparciu o treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień treści oferty, m.in. w zakresie parametru „wysokości całkowitej” zaoferowanej trawy syntetycznej dla kortu tenisowego. Zamawiający zwrócił uwagę, że w specyfikacji technicznej trawy syntetycznej (str. 98 oferty) znalazł się zapis informujący o całkowitej grubości trawy - 18mm.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 8.11.2010 r. Odwołujący odnosząc się, zaś przede wszystkim do parametrów trawy syntetycznej przeznaczonej dla kortu tenisowego, wskazał, że zgodnie z zapisem z dnia 08.10.2010 r. zmieniającym SIWZ w ppkt 3.3.2 Zamawiający żądał trawy syntetycznej na kort tenisowy, której jednym z parametrów jest „wysokość całkowita” od 12mm do 16mm. Wyjaśnił, że wysokość całkowita trawy syntetycznej ponad podkładem wynosi 16mm. Odwołujący zwrócił uwagę zamawiającemu na fakt, że ten nie dookreślił, co rozumie pod pojęciem "wysokość całkowita", a taka sytuacja nie może w sposób negatywny skutkować dla wykonawców. Zgodnie z zasadami wiedzy budowlanej pojęcie "wysokość całkowita" zostało zinterpretowane jako wysokość całkowita trawy, czyli włókna ponad podkładem.

W dniu 22.12.2010r. Odwołujący - „FLIS” Marcin Flis, ul. Ochotników Węgierskich 1a/123, 23-300 Janów Lubelski powziął informację o odrzuceniu jego oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Z takim rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący się nie zgodził i w dniu 27.12.2010r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższa czynność została dokonana bezpodstawnie, na skutek błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania (względnie zaniechania zastosowania) art. 7 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- 2.unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3.dokonania czynności oceny ofert przy udziale oferty Odwołującego.

Wskazał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (utracił on możliwość uznania złożonej oferty jako najkorzystniejszej), a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający pominął istotną w sprawie okoliczność, iż określony w SIWZ parametr „wysokości całkowitej” (12mm - 16mm), w przypadku produktu Desso Grand Slam+ nie jest tożsamy z parametrem „całkowitej grubości” (18mm), lecz odpowiada parametrowi „wysokości źdźbła trawy ponad matą” (16mm). Inna interpretacja treści SIWZ – według Odwołującego nie może się ostać, bowiem wszystkie cechy trawy syntetycznej dla kortu tenisowego (ppkt 3.3.2 SIWZ) odnoszą się do właściwości włókna (źdźbła), co jest zgodne z powszechną praktyką stosowaną m.in. przez Instytut Techniki Budowlanej.

Zauważył, że wykładziny sportowe typu sztuczna trawa składają się z warstwy podkładowej oraz runa z włókien syntetycznych tworzących barwną warstwę wierzchnią imitującą trawę. Pierwszy wyróżnik z ppkt 3.3.2 SIWZ „1.Włókno: 100% polietylen lub polipropylen” dotyczy materiału (polimeru) stosowanego do produkcji włókien runa. Drugim jest „2.Minimalna liczba włókien: 120 000/m²”, czyli gęstość runa, tj. ilość pojedynczych włókien przypadająca na 1m² nawierzchni danego boiska, kluczowy zaś – według Odwołującego - w niniejszej sprawie trzeci parametr „3.Wysokość całkowita: od 12mm do 16mm” stanowi zgodnie z wytycznymi Instytutu Techniki Budowlanej wysokość włókna, tj. długość włókna mierzona bez uwzględniania podkładu. Kolejny atrybut to „4.Ciężar całkowity: min. 2100g/m²” rozumiany wg. ITB jako masa 1m² nawierzchni. Piąty dotyczy barwy poszczególnych włókien: „5. Kolor: kort zielony, otoczenie ceglaste, linie białe”. Szósty to z kolei „6. Ilość splotów: min. 60 000/m²”, odpowiada on wprost połowie wartości drugiego parametru (minimalnej liczby włókien), gdyż w przypadku włókien monofilowych (niefibrylowanych) wiązka składa się z pojedynczych prostych lub skręconych włókien o grubości do 240µm. Ostatni zaś wyróżnik to „7. Dtex: min. 6600”, który to wskaźnik (od słowa decitex) - oznacza wyrażoną w gramach wagę włókna o długości 10 km (np. Dtex 6600 oznacza, że 10 km włókna ma ciężar 6600 gramów). Skoro zatem wszystkie parametry wymagane w ppkt 3.3.2 SIWZ dotyczyły włókien, to Odwołujący wywodził, że trawa syntetyczna Desso Grand Slam+ spełnia warunek nr 3 „wysokość całkowita”, zgodnie z treścią specyfikacji technicznej, gdzie wyraźnie stwierdzono, że wysokość źdźbła trawy ponad matę wynosi 16mm.

Natomiast – zdaniem Odwołującego - gdyby nawet uznać słusność tezy Zamawiającego, że „wysokość całkowita” zaoferowanej trawy syntetycznej wyrażona jest wskaźnikiem „całkowitej grubości”, to i tak żądanie podania wysokości nawierzchni wraz z podkładem nie znajduje uzasadnienia technologicznego. Parametr ten (tj. łączna wysokość podkładu i runa) jest bowiem całkowicie irrelevantny dla cech użytkowych przyszłego boiska. Powołał się przy tym na treść przygotowanej przez Instytut Techniki Budowlanej publikacji pt. „Techniczne aspekty budowy kompleksów sportowych «Moje Boisko-Orlik 2012» - Nawierzchnie sportowe z tworzyw sztucznych”, z której wynika, że podkład nośny, w który wplecione są wiązki włókien wykonany jest z kilku warstw. Pierwsze podłoże stanowi osnowa spleciona np. z PP (polipropylenu) stabilizowanego UV lub z włókna szklanego. Dodatkowo może być stosowana warstwa z PET (politereftalan etylenu). Zaś drugie podłoże to warstwa wzmacniająca z lateksu (czasami z dodatkiem kauczuku butadienowo-styrenowego) lub poliuretanu (PU).

Odwołujący zaznaczył, że zaoferowana trawa Desso Grand Slam+ układana jest na podkładzie nośnym złożonym z dwóch warstw, tj. spodzie podstawowym z siatki polipropylenowej oraz tzw. macie („drugim spodzie”) zbudowanej z gumy lateksowej SBR wodo-przepuszczalnej, a w specyfikacji technicznej wyróżniono m.in. „wysokość źdźbła trawy ponad matę = 16mm” oraz „całkowitą grubość = 18mm”. Z tego zaś – w ocenie Odwołującego - wynika, że parametr „całkowitej grubości” uwzględnia „całkowitą wysokość” włókien trawy (16mm) oraz grubość drugiej warstwy podkładu, czyli „matę”.

Odwołujący nie podzielił zapatrywania Zamawiającego, że wymagany w SIWZ parametr „wysokości całkowitej” odnosi się do bezwzględnej wysokości całej konstrukcji nawierzchni ponad podbudowę z drenażem. Taka interpretacja oznaczałaby, że przy obliczaniu „wysokości całkowitej” należało wziąć pod uwagę wysokość runa (źdźbła trawy) łącznie z wysokością (grubością) podkładu.

Dalej podnosił, że tak abstrakcyjnie rozumiana „całkowita wysokość” nie ma związku z jakimkolwiek przyjętymi w praktyce kryteriami oceny funkcjonalności boisk sportowych. Powołał się również na wytyczne Instytutu Techniki Budowlanej, w których wymieniono jedynie wysokość włókna, tj. długość włókna mierzona bez uwzględniania podkładu, zaś przy analizie właściwości trawy syntetycznej zwraca się bowiem uwagę na długość jej włókien, a nie na „całkowitą grubość” nawierzchni mierzoną wraz z podkładem.

Podobnie, również z oferty producenta nawierzchni (Desso Sports Systems NV, Belgia), zaprezentowanej m.in. na stronie internetowej polskiego przedstawiciela wynika, że

jedną z cech technicznych trawy Desso Grand Slam+ jest „wysokość murawy 16mm” (źródło: <http://www.dessosports.pl/en/sports/tennis/tennis-products.html>).

Zarzucił Zamawiającemu, iż ten oceniając oferty konkurencyjne pominął ustalenie „całkowitej wysokości” nawierzchni kortu tenisowego przy uwzględnieniu grubości podkładu.

Skoro odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiający zakwalifikował „całkowitą grubość” nawierzchni (runo wraz z matą lateksową) jako parametr tożsamy z jej „wysokością całkowitą”, to powinien tak samo postąpić w stosunku do ofert konkurencyjnych.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że dostarczona trawa spełnia wszystkie rygorystyczne normy jakościowe, technologiczne, użytkowe i higieniczne.

Powołał się przy tym na następujące okoliczności dotyczące jakości trawy syntetycznej Desso Grand Slam+ :

1. Producent (Desso Sports Systems NV Robert Ramlotstraat 89, 9200 Dendermonde, Belgia) przedstawił stosowną deklarację zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008.

2. Państwowy Zakład Higieny pozytywnie odniósł się do właściwości higienicznych nawierzchni (Atest Higieniczny nr HK/B/1437/01/2005).

3. Nawierzchnia posiada również ocenę International Tennis Federation, przez którą została sklasyfikowana jako „Category 4 - Medium Fast”.

4. Wytwórca udzielił gwarancji jakości na nawierzchnię Desso Grand Slam+ (36 m-cy).

5. Nawierzchnie ze sztucznej trawy wyprodukowane przez Desso znalazły zastosowanie w wielu klubowych obiektach piłkarskich na świecie, m.in. Denver Broncos, FC København (Parken Stadion), RSC Anderlecht, Colorado Rapids, Estadio Chivas, VfL Wolfsburg, Tottenham Hotspur, Gjóvik Lyn, Real Madrid, Umea, Arsenal FC, Liverpool FC, FC Arpe, Swansea FC, SV Zulte Waregem oraz Mbombela Peter Mokaba Stadium (obiekt, na którym rozegrano 4 mecze w ramach MŚ2010 w piłce nożnej). Zaś nawierzchnie tenisowe znalazły uznanie w Wielkiej Brytanii: The Queen's Club (Londyn) oraz Woodford Wells LTC (Londyn).

W dniu 30.12.2010r. Wykonawca Polcourt S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty Odwołującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i odpisów dokumentów Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest rozstrzygnięcie zagadnienia, czy zaoferowana przez Odwołującego trawa o wysokości źdźbła ponad matą – 16 mm i całkowitej grubości – 18 mm mieści się w określonym przez Zamawiającego w pkt 3.3.2 SIWZ parametrze wysokości całkowitej : 12 mm do 16 mm, a w konsekwencji, czy zaoferowany przedmiot zamówienia zawierający tak opisany parametr był niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem czy mógł stanowić podstawę do odrzucenia przedmiotowej oferty.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Przedłożone przez Przystępującego na rozprawie odpisy dokumentów potwierdziły w całej rozciągłości poprawność oceny Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

Izba ustaliła, iż konstrukcja trawy syntetycznej składa się z warstwy podkładowej oraz runa z włókien syntetycznych tworzących barwną warstwę wierzchnią imitującą trawę.

Zdaniem Izby dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia w spornym zakresie wskazuje na to, iż wysokość całkowita, o której mowa w SIWZ, dotyczyła wysokości włosia(runy) trawy z uwzględnieniem warstwy podkładowej.

Wniosek taki Izba wyprowadziła z treści opinii Instytutu Techniki Budowlanej z dnia 7.01.2011r., znak NM-00023R:02/DP/11 z której wynika, iż za całkowitą wysokość włókna uważa się wysokość włókna określoną wg normy ISO 2559 z uwzględnieniem grubości podkładu nawierzchni ze sztucznej darni.

Według Izby Zamawiający zatem nie dokonał oceny zaoferowanego przez Odwołującego parametru w sposób całkowicie uznaniowy, bez uwzględnienia własnych postanowień SIWZ, z naruszeniem ustawowej zasady równego traktowania wykonawców, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, lecz oparł się na stosownej wiedzy budowlanej.

W trakcie badania ofert Zamawiający nie wziął pod uwagę wyjaśnień Odwołującego z dnia 8.11.2010r. stanowiących jego zapewnienie, iż wysokość całkowita trawy syntetycznej ponad podkładem wynosi 16 mm, bowiem postanowienia SIWZ dotyczące parametru wysokości całkowitej odnosiły się do wysokości włosa wraz z podkładem, co potwierdza również stanowisko ITB.

Podobne są opinie innych producentów : Saltex Europa sp. z o.o. (pismo z dnia 7.01.2011r.) i Limonta Sport (pismo z dnia 11.01.2011r.) wskazujące na to, iż wysokość całkowita włókna jest wartością stanowiącą długość włókien mierzoną od podkładu do końca włókna z uwzględnieniem grubości podkładu i oznacza również wysokość włókna nad podkładem, którego grubość wynosi 2 mm.

Izba reprezentuje zapatrywanie, iż pojęcie grubości całkowitej i wysokości całkowitej w rozumieniu SIWZ są ze sobą tożsame, bowiem obejmują one wysokość włosa trawy łącznie z podkładem. Potwierdzeniem powyższego są załączone w poczet materiału dowodowego Rekomendacje techniczne: ITB RT ITB-1008/2009 i ITB RT ITB-1141/2008 oraz Aprobata Techniczna ITB AT-15-5121/2003 wskazujące, że długość włókna runa jest zawsze o 2 mm mniejsza od grubości całkowitej.

Natomiast zgodnie z informacją producenta zaoferowanej trawy z dnia 6.01.2010r. wysokość źdźbła trawy ponad matą tzn. wysokość całkowita źdźbła dla trawy Desso Grand Slam + wynosi 16 mm, natomiast grubość całkowita tzn. wysokość źdźbła 16 mm + 2 mm podkładu wynosi 18 mm.

Z załączonej na stronie 98 oferty Odwołującego specyfikacji technicznej wynika, że grubość całkowita trawy syntetycznej wynosi 18 mm i nie odpowiada pod względem

wielkości parametru żądanej przez Zamawiającego górnej granicy - wysokości całkowitej 16 mm.

Izba przy rozpatrywaniu przedmiotowej sprawy wzięła również pod uwagę, że w złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofertach wykonawcy w załączonych kartach technicznych posługiwali się pojęciem wysokości całkowitej, co pośrednio wskazuje na łatwe zrozumienie tego pojęcia przez innych uczestników przetargu.

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.

Zdaniem Izby podnoszony przez Odwołującego, w rozpatrywanym zakresie, brak niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie został poparty przez niego wystarczającymi dowodami, stanowiącymi podstawę do uwzględnienia odwołania.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....