

Sygn. akt: KIO 1791/21

WYROK

z dnia 21 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 lipca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2021 r. przez **wykonawcę EVERSPORT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu w Chorzowie z siedzibą w Chorzowie**

przy udziale **wykonawcy J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOP SPORT J. P. z siedzibą w Bielsko - Białej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy EVERSPORT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wezwanie wykonawcy EVERSPORT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w trybie art. 107 ust. 2 ustawy pzp do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w Rozdziale III pkt 2 lit. b SWZ, tj. oryginału sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG wraz z tłumaczeniem na język polski oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu w Chorzowie z siedzibą w Chorzowie i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EVERSPORT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Miejskiego Ośrodka Rekreacji i Sportu w Chorzowie

z siedzibą w Chorzowie na rzecz wykonawcy EVERSPOORT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu w Chorzowie z siedzibą w Chorzowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Budowa boiska ze sztuczną nawierzchnią wraz z oświetleniem na obiekcie przy ul. Wolności 139 w Chorzowie ”*, nr postępowania: ZP.26. 1.1.2021.TP. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 kwietnia 2021 r., za numerem 2021/BZP 00027690.

W dniu 14 czerwca 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca EVERSPORT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 2) zaniechania obligatoryjnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego tj. oryginału sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310 SLG w języku francuskim,
- 3) ewentualnego zaniechania poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOP SPORT J. P. z siedzibą w Bielsko - Białej – dalej Przystępujący, poprzedzonego wadliwą czynnością badania i oceny ofert,
- 5) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp, poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp przepisów, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż Odwołujący rzekomo nie złożył w przewidzianym terminie

przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego wymagane parametry przedmiotu zamówienia, podczas gdy Odwołujący w ogóle nie złożył oryginału sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG, do wezwania o uzupełnienia którego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp w zw. z postanowieniem rozdziału III pkt 2.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający był zobowiązany przed dokonaniem odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,

2. art. 107 ust. 2 ustawy pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą pzp zaniechanie na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp w zw. z postanowieniem rozdziału III pkt 2.2 SWZ obligatoryjnego wezwania Odwołującego do złożenia oryginału sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG (oryginał został wydany w języku francuskim), podczas gdy wraz z ofertą złożone zostały wyłącznie tłumaczenia ww. dokumentu na język polski oraz na język angielski,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z art. 286 ust. 1 ustawy pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż Odwołujący rzekomo nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego wymagane parametry przedmiotu zamówienia, z uwagi na rzekome nieudzielenie przez Odwołującego „odpowiedzi w przedmiocie wezwania z dnia 11.05.2021r., w którym przedstawione certyfikaty wystawione zostały przez laboratorium producenta a powinny zostać wystawione przez niezależną, zewnętrzną jednostkę certyfikującą, posiadającą stosowne uprawnienia do wystawienia przedmiotowego dokumentu”, podczas gdy Odwołujący udzielił w powyższym zakresie odpowiedzi korespondującej do treści wymagań z SWZ, a Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytanie nr 2 w zakresie Odpowiedzi na zapytania wykonawcy dotyczące treści SWZ z dnia 21.04.2021 r. (l.dz. 1141/2021) dopuścił złożenie raportu z badań wystawionego przez podmioty inne, niż niezależne laboratorium akredytowane zgodnie z ISO / IEC 17025: 2018. W związku z powyższym w okolicznościach sprawy doszło również do nieuzasadnionej wykładni zawężającej katalogu wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, co miało miejsce po upływie terminu składania ofert w postępowaniu,

4. ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą pzp zaniechanie obligatoryjnego poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, określonej w punkcie 3 lit. a wezwania do wyjaśnień z dnia 11.05.2021 r., podczas gdy potwierdzenie spełnienia parametru grubość włókna (zaoferowanie trawy o grubości włókna minimum 360 mikronów) wynikało z innego dokumentu przedstawionego

przez Odwołującego tj. raportu na zgodność z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla poziomu Quality Pro i Quality,

5. art. 239 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, poprzedzony wadliwą czynnością badania i oceny ofert, oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- 3) wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci oryginału sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp,
- 4) ewentualne poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty dotyczącej parametru grubość włókna na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp,
- 5) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Odwołujący uzasadniając zarzuty 1 i 2 odwołania wskazał, że Zamawiający w punkcie 3 wezwania z dnia 11 maja 2021 r. zobowiązał Odwołującego do wyjaśnienia wypunktowanych kwestii. W odpowiedzi z dnia 19 maja 2021 r. na wątpliwości wskazane w punkcie 3 lit. a i b wezwania z dnia 11 maja 2021 r., Odwołujący, będąc związany treścią wezwania wyjaśnił, iż w wersji angielskiej doszło do omyłek, nie mających istotnego wpływu na treść oferty. Ponadto, odnośnie punktu 3 lit a wezwania Odwołujący dodatkowo wskazał, że potwierdzenie właściwej wartości spełnienia parametru grubości włókna wynika również z przedstawionego z ofertą raportu na zgodność z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla poziomu Quality Pro i Quality. Zawiadomieniem z dnia 8 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na rzekome niezłożenie w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego wymagane parametry przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający odniósł się do odpowiedzi Odwołującego na punkt 3 lit. a i lit. b

wezwania z dnia 11 maja 2021 r. Z ostatniego zdania wezwania z dnia 11 maja 2021 r. wynika, że w zakresie punktu 3 wezwania Zamawiający zobowiązał Odwołującego wyłącznie do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy pzp. Jak wynika z treści art. 107 ust. 2 ustawy pzp jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający w treści rozdziału III pkt 2.2 SWZ wskazał, że: „Mając na uwadze art. 107 ust. 2 ustawy Zamawiający informuje, że przedmiotowe środki dowodowe podlegają uzupełnieniu, w przypadku gdy nie zostaną one złożone lub będą niekompletne.”. Z uwagi na powyższe postanowienie SWZ, w przypadku niezłożenia lub niekompletności przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia. Tymczasem w okolicznościach sprawy Odwołujący nie złożył wraz z ofertą oryginału sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG (w języku francuskim) przedkładając jedynie tłumaczenia ww. sprawozdania w języku angielskim oraz języku polskim. Zamawiający zaniechał zatem wezwania Odwołującego do złożenia oryginału sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG, do czego był zobowiązany na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp w zw. z postanowieniem rozdziału III pkt 2.2 SWZ, skoro uznawał, że ww. dokument nie jest prawidłowy. Wezwanie w powyższym zakresie było uzasadnione również faktem, że ww. dokument nie został w ogóle złożony. Z uwagi na zasadę prowadzenia postępowania w języku polskim, przez złożenie dokumentu w języku obcym należy rozumieć złożenie oryginału dokumentu (lub jego elektronicznej kopii) wraz z tłumaczeniem. Jak wskazuje Odwołujący, w niniejszej sprawie złożone zostały dwa tłumaczenia sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG: w języku polskim oraz w języku angielskim, brak było natomiast oryginału (w języku francuskim), co Zamawiający mógł łatwo wywieść z treści przedłożonych tłumaczeń (wersja angielska jest tłumaczeniem z oryginału, to nie jest oryginał). Zamawiający zamiast wezwać Odwołującego o złożenie oryginału sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG skupił się na rozważaniach czy w dokumencie wystąpiła omyłka pisarska, która tymczasem wystąpiła w tłumaczeniu (na język angielski), podczas gdy z racji tego, że postępowanie jest prowadzone w języku polskim, a Odwołujący załączył tłumaczenie na język polski, Zamawiający w ogóle nie powinien brać pod uwagę tłumaczenia sprawozdania na język angielski. Zamawiający badając dokumenty powinien wziąć pod uwagę wyłącznie oryginał sprawozdania w języku francuskim (który nie został przekazany wobec braku wezwania Odwołującego do jego uzupełnienia na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy pzp) oraz jego tłumaczenie na język polski

(wobec zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim). Tymczasem Zamawiający skupił się na analizie tłumaczenia sprawozdania na język angielski, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania obowiązkowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia oryginału sprawozdania w języku francuskim, a w konsekwencji do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania. Tymczasem treść przepisu art. 107 ust. 2 wskazuje, że uzupełnienie będzie zasadne zarówno ze względu na brak przedstawienia oryginału sprawozdania w języku francuskim, jak i ze względu na niekompletność przedmiotowego środka dowodowego (przedstawiono tłumaczenie na język polski, bez oryginału w języku francuskim). Na marginesie Odwołujący podkreślił, że w okolicznościach sprawy mogło dojść również do naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez lakoniczne i nieprawidłowe uzasadnienie prawne i faktyczne dokonania odrzucenia oferty Odwołującego. W treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie precyzuje, jakiego dokumentu Odwołujący nie złożył, w jakim zakresie wpłynęło to na ziszczenie się podstawy odrzucenia oferty, ani z jakiego względu nie doszło do wezwania o uzupełnienie brakującego przedmiotowego środka dowodowego. Z treści uzasadnienia wynika jedynie, że omyłek w tłumaczeniach w wersji angielskiej (która nie powinna być brana pod uwagę) nie można potraktować jako omyłek pisarskich, co właściwie nie ma związku z wykazaniem ziszczenia się przesłanki odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp.

Odnosnie zarzutu 3 odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający pierwotnie w rozdziale III pkt 2 lit. c (w konsekwencji zmian SWZ następnie oznaczonych lit. f) SWZ, w ramach Wymaganych dokumentów nawierzchni syntetycznej, które należy dołączyć do oferty oczekiwał przedstawienia: „raportu z badań testu Lisport na min. 200.000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej przeprowadzony przez niezależne i akredytowane przez FIFA laboratorium zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływanie” potwierdzający, że nawierzchnia po min. 200.000 cykli nie wykazuje poważnych uszkodzeń”. W ramach odpowiedzi na pytanie nr 2 w ramach Odpowiedzi na zapytania wykonawcy dotyczące treści SWZ z dnia 21 kwietnia 2021 r. (l.dz. 1141/2021), Zamawiający dokonał następującej zmiany wymaganego wyżej przedmiotowego środka dowodowego: „f) raport z badań testu Lisport na min. 200.000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej przeprowadzony przez niezależne laboratorium akredytowane zgodnie z ISO / IEC 17025: 2018 lub Raport z badań testu Lisport zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływanie” potwierdzający, że nawierzchnia po min. 200.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń”. W konsekwencji dokonanej zmiany wystarczające było

przedstawienie raportu z badań testu Lisport wykonanego przez inny podmiot, niż niezależne laboratorium akredytowane zgodnie z ISO / IEC 17025: 2018. Powyższą zmianę Zamawiający potwierdził m.in. na wstępie Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z 8 czerwca 2021 r. Tymczasem wbrew ustalonym zmianom, w wezwaniu z dnia 11 maja 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem (pkt B1 wezwania). Odwołujący przywołał treść odpowiedzi na wezwanie i treść uzasadnienia odrzucenia oferty i wskazał, że zgodnie z treścią art. 286 ust. 1 ustawy pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Powyższe oznacza, że do zmiany treści SWZ może dojść wyłącznie przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu. Zamawiający, przed upływem terminu składania ofert dokonał modyfikacji wymogu dotyczącego składanych przedmiotowych środków dowodowych (odpowiedzi na pytanie nr 2 w ramach Odpowiedzi na zapytania wykonawcy dotyczące treści SWZ z dnia 21 kwietnia 2021 r. (l.dz. 1141/2021) na podstawie której dopuścił złożenie: 1) raportu z badań testu Lisport na min. 200.000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej przeprowadzony przez niezależne laboratorium akredytowane zgodnie z ISO / IEC 17025: 2018, lub 2) Raport z badań testu Lisport zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływania”. Z powyższego wynika, że Zamawiający dopuścił złożenie raportu z badań (certyfikatu) wystawionego przez niezależne laboratorium akredytowane, jak również złożenie raportu z badań (certyfikatu) testu Lisport bez sprecyzowania podmiotów upoważnionych do ich wydania. W związku z powyższym dopuszczalne było złożenie raportu z badań (certyfikatu) wystawionego przez laboratorium producenta posiadającego warunki do przeprowadzenia wymaganych badań i wystawienia wymaganego przez Zamawiającego certyfikatu. Tymczasem już na etapie wezwania do wyjaśnień z dnia 11 maja 2021 r. (tj. po upływie terminu składania ofert) Zamawiający stara się zaprzeczyć dokonany zmianom, wskazując, że wykonawca miał obowiązek przedstawić raport z badań (certyfikat) wystawiony przez niezależną, zewnętrzną jednostkę certyfikującą, posiadającą stosowne uprawnienia do wystawienia przedmiotowego dokumentu. Powyższe wskazuje na dokonanie niedozwolonej na powyższym etapie postępowania modyfikacji postanowień SWZ, polegającej na zawężającej interpretacji wymaganych przedmiotowych środków dowodowych. W konsekwencji Zamawiający doszedł do nieuzasadnionego wniosku, iż Odwołujący nie złożył wymaganych środków dowodowych, a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp. Tymczasem wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący złożył prawidłowo wymagane dokumenty, przez co nie ziszcila się ww. przesłanka odrzucenia jego oferty z postępowania. Zamawiający jest upoważniony do zmiany treści SWZ wyłącznie do upływu

terminu składania ofert. Po upływie powyższego terminu niedopuszczalne jest wprowadzanie do SWZ jakichkolwiek zmian dotyczących przebiegu postępowania, a w szczególności postanowień mający wpływ na krąg podmiotów uprawnionych do udziału w postępowaniu. Zamawiający dopuszczający się zmiany postanowień SWZ dopuszcza się naruszenia zasady trwałości postępowania. Przez zmianę uznaje się również rozszerzającą lub zawężającą interpretację postanowień. Powyższe potwierdzone zostało w licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m. in. w wyroku z dnia z dnia 13 czerwca 2019 r. (sygn. akt: KIO 968/19). Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w wyroku z dnia 25 lipca 2018 r. (sygn. akt: KIO 1389/18). Ponieważ Zamawiający dopuścił możliwość złożenia raportu z badań testu Lisport przez podmioty inne niż niezależne, akredytowane jednostki certyfikujące, dopuszczalne było złożenie raportu z badań wystawionego przez laboratorium producenta. Tymczasem Zamawiający wbrew powyższemu dopuścił się zawężającej interpretacji postanowień SWZ na niekorzyść wykonawców, na etapie badania i oceny ofert. W konsekwencji doszło do bezpodstawnego i niezgodnego z ustawą pzp odrzucenia oferty Odwołującego. Z uwagi na powyższe Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy pzp. Podobnie jak w przypadku zarzutu nr 1 i 2 odwołania, również w ramach niniejszego zarzutu w okolicznościach sprawy mogło dojść do naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez lakoniczne i nieprawidłowe uzasadnienie prawne i faktyczne dokonania odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający na wstępie Zawiadomienia o odrzuceniu wskazuje w sposób ogólny, że do odrzucenia doszło w „związku z faktem, iż oferent nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.”. Tymczasem w treści uzasadnienia Zamawiający ogranicza się do jednozdaniowego wskazania, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 11 maja 2021 r. nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania (co nie jest zgodne z prawdą, ponieważ Odwołujący udzielił odpowiedzi nawiązującej do ustalonych w SWZ wymogów udziału w postępowaniu). Zamawiający w treści uzasadnienia nie wyjaśnił, jaki związek z rzekomym wystąpieniem przesłanki odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp ma brak udzielenia odpowiedzi na pytania z punktu 3 wezwania, ani z jakiego względu doszło do zawężającej interpretacji wymogu SWZ po upływie terminu składania ofert.

Odnośnie zarzutu 4 odwołania – zarzutu ewentualnego Odwołujący podniósł z ostrożności procesowej, że zgodnie z treścią Zawiadomienia o odrzuceniu w okolicznościach sprawy mogło dojść również do naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

W odpowiedzi na kwestie dotyczące punktu 3 lit. a wezwania z dnia 11 maja 2021 r. Odwołujący dodatkowo wskazał bowiem, że potwierdzenie właściwej wartości spełnienia parametru grubości włókna wynika również z przedstawionego z ofertą raportu na zgodność z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla poziomu Quality Pro i Quality. Tymczasem w treści Zawiadomienia o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że nie ma możliwości potraktowania omyłek (odnośnie parametru grubości włókien) zawartych w treści tłumaczenia sprawozdania w wersji angielskiej jako omyłek pisarskich. Zamawiający jednocześnie zignorował fakt, że prawidłowe wartości parametru grubości włókna wynikają z innego dokumentu przedłożonego przez Odwołującego, co pozwala zakwalifikować powyższą omyłkę, jako inną omyłkę z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Jednocześnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp ma charakter kategoriyczny („Zamawiający poprawia w ofercie”) co oznacza, że poprawienie omyłki stanowi obowiązek (a nie jedynie uprawnienie) Zamawiającego, jak również Zamawiający ma obowiązek samodzielnego zweryfikowania, czy nie zachodzi podstawa do poprawienia omyłki (Zamawiający nie ogranicza się wyłącznie do twierdzeń wykonawcy w powyższym zakresie, ale sam podejmuje inicjatywę w zakresie zweryfikowania i poprawienia omyłki). W okolicznościach sprawy Zamawiający nie uczynił zadość obowiązkowi z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, przez co dopuścił się naruszenia ww. przepisu. Tymczasem, jak już wskazywał Odwołujący, z odpowiedzi na punkt 3 lit. a wezwania z dnia 11 maja 2021 r. wprost wynika, że informacje o grubości włókna wynikają z raportu na zgodność z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla poziomu Quality Pro i Quality.

W dniu 2 lipca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp, względnie oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp. Zamawiający podniósł, że kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu na adres poczty elektronicznej dnia 14 czerwca 2021 r. o godz. 20:58 oraz wpłynęła na portal e-zamawiający o godz. 21:42, a więc po godzinach pracy Zamawiającego. Zamawiający argumentował, że godziny pracy są jawne i dostępne na stronie BIP Zamawiającego, a przekazanie kopii odwołania po tych godzinach uniemożliwiło Zamawiającemu zapoznanie się z jego treścią.

Zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy pzp: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 6) odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.”* W myśl art. 514 ust. 2 ustawy pzp: *„Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.”* Zauważyć należy, że powyższy przepis nie ogranicza sposobów, w jakich przekazanie ma nastąpić, a jedynie zobowiązuje do przekazania zamawiającemu odwołania lub jego kopii. Co istotne, odwołanie powinno zostać przekazane w taki sposób, by zamawiający miał możliwość zapoznać się z jego treścią, przy czym nie ma tu znaczenia data faktycznego zapoznania się przez zamawiającego z treścią odwołania, lecz sama możliwość zapoznania się z jego treścią. Jak stanowi art. 514 ust. 3 ustawy pzp: *„Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.”* Przekazanie odwołania lub jego kopii przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (zdefiniowanych w art. 7 pkt 23 ustawy pzp) nie musi być dokonane w godzinach pracy urzędu zamawiającego, a może nastąpić w każdym momencie do upływu terminu na wniesienie odwołania, niezależnie od faktycznych godzin pracy jednostki zamawiającej (tak KIO w postanowieniu z dnia 15 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1337/21 oraz w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 731/21, KIO 747/21). Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu na jego wniesienie. W ocenie Izby Zamawiający, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, iż z uwagi na sposób przesłania odwołania, nie mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Dlatego też, Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TOP SPORT J.P. z siedzibą w Bielsko – Białej.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Odwołującego oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem III SWZ po zmianach z dnia 21 kwietnia 2021 r. Opis przedmiotu zamówienia pkt 2. Przedmiotowe środki dowodowe: „2.1. W celu wykazania, że zaproponowane materiały spełniają wymagania ujęte w dokumentacji projektowej, Zamawiający żąda, aby Wykonawca złożył wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe, wskazane poniżej, 2.2. Mając na uwadze art. 107 ust. 2 ustawy Zamawiający informuje, że przedmiotowe środki dowodowe podlegają uzupełnieniu, w przypadku gdy nie zostaną one złożone lub będą niekompletne.

Wymagane dokumenty nawierzchni syntetycznej, które należy dołączyć do oferty:

a) raport z badań przeprowadzony przez specjalistyczne laboratorium (np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat), dotyczący oferowanego systemu (nawierzchni, wypełnienia EPDM z recyklingu i maty), potwierdzający zgodność jej parametrów z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla poziomu Quality Pro i Quality oraz potwierdzający minimalne parametry oferowanej trawy syntetycznej określone przez Zamawiającego (dostępny na www.FIFA.com),

b) raport z badań laboratoryjnych przeprowadzony przez certyfikowane laboratorium dla systemu sztucznej trawy (nawierzchnia wraz z wypełnieniem EPDM z recyklingu i matą), potwierdzający zgodność z aktualną normą EN 15330-1:2013/PN-EN 15330-1:2014-02,

c) karta techniczna oferowanej nawierzchni, poświadczona przez jej producenta, potwierdzająca wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry dla nawierzchni w zakresie, który nie został objęty raportem z badań zgodnie z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla poziomu Quality Pro i Quality lub z aktualną normą EN 15330-1:2013/PN-EN 15330-1:2014-02,

d) aktualny certyfikat potwierdzający posiadanie przez producenta statusu FIFA PREFERRED

PRODUCER (FPP),

e) autoryzacja producenta trawy syntetycznej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię,

f) raport z badań testu Lisport na min. 200.000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej przeprowadzony przez niezależne laboratorium akredytowane zgodnie z ISO / IEC 17025: 2018 lub Raport z badań testu Lisport zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływania” potwierdzający, że nawierzchnia po min. 200.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń,

g) raport z badań przeprowadzony przez akredytowany Instytut, dotyczący oferowanego granulatu gumowego EPDM recykling, potwierdzający zgodność z wymogami w zakresie zawartości WWA (wielopierścienowych węglowodorów aromatycznych) w odniesieniu do rozporządzenia REACH h) badanie potwierdzające, że cały system tj. nawierzchnia wraz z wypełnieniem EPDM recykling i matą, spełnia wymagania normy PN-EN 13501-1+A1:2010 dla materiałów podłogowych klasy min Cfl-s1 jako materiał trudno zapalny.”

Odwołujący dołączył do oferty ww. dokumenty, w tym m.in.:

- w odniesieniu do dokumentu z pkt 2 lit a SWZ: w jego treści znajduje się informacja odnośnie grubości włókna: 475,0 µ m,

- w odniesieniu do dokumentu z pkt 2 lit b SWZ: Odwołujący złożył dokument SPORTS AND LEISURE GROUP wersję w języku angielskim i tłumaczenie w języku polskim. W tłumaczeniu dokumentu znajduje się informacja, że: „Niniejsze sprawozdanie jest

tłumaczeniem z języka francuskiego sprawozdania nr R200310-SLG. W przypadku rozbieżności w wykładni pierwszeństwo ma wersja francuska.”

Ponadto w wersji angielskiej na str. 3 znajduje się informacja o grubości włókna 360 mikronów, a w załączniku nr 2 o grubości włókna 480 mikronów. W wersji polskiej jest informacja o grubości włókna 450 mikronów.

W sprawozdaniu jest informacja o Certyfikacji LRQA ANT1140006/QEMS oraz, że jest to badanie laboratoryjne trawy syntetycznej przeznaczonej głównie do piłki nożnej zgodnie z normą EN 15330-1:2013 (PN-EN 15330-1:2014-02).

Pismem z dnia 11 maja 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego zgodnie z art. 107 ust. 2 i 4 ustawy pzp m.in.: „do wyjaśnienia bądź uzupełnienia dokumentów dotyczących przedmiotowych środków dowodowych, jak niżej: (...) B. 1. Zgodnie z zapisami SWZ należało przedstawić raport z badań laboratoryjnych na zgodność z normą EN 15330-1:2013/ PN EN 15330-1:2014-02 przeprowadzonych przez certyfikowane laboratorium. Z załączonych dokumentów wynika, że SPORTS AND LEISURE GROUP jest producentem a nie certyfikowaną jednostką przeprowadzającą badania na zgodność z normą, na co wskazuje zapis w dokumencie w języku angielskim cyt. „RESULTS OF THE TESTS MENTIONED BELOW, NOT COVERED BY THE COFR4C ACCREDITATION. nie mający odzwierciedlenia w tłumaczeniu na język polski. Certyfikowane laboratoria muszą posiadać akredytację. Proszę o wyjaśnienie wskazanej kwestii, jak również braku wskazanego tłumaczenia oraz dostarczenie dokumentu potwierdzającego posiadanie akredytacji przez laboratorium przeprowadzające wskazane badania. 2. Zgodnie ze złożoną dokumentacją ofertową brak jest potwierdzenia przeprowadzenia wszystkich badań niezbędnych do uzyskania zgodności z normą EN 15330-1:2013/ PN EN 15330-1 :2014-02. Sprawozdanie z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG nie zawiera kompletu badań zawierających się w tej normie oraz wszystkich załączników tego raportu. Proszę o wyjaśnienie wskazanej kwestii oraz dostarczenie niezbędnych dokumentów. 3. Dostarczone przedmiotowe środki dowodowe wskazują na nieścisłości pomiędzy zapisami w oryginałach dokumentów a tłumaczeniem na język polski, co poddaje w wątpliwość wiarygodność przedstawionych dokumentów. Wskazany brak spójności to: a). TYP WŁÓKNA (GRUBOŚĆ WŁÓKNA). Sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG. Oryginał w języku angielskim (str. 3) mówi o poddaniu badania włókna o grubości 360 mikronów (Załącznik nr 2 do oryginału mówi o 480 mikronach- ostatnia strona raportu), Tłumaczenie (str.3) mówi o poddaniu badania włókna o grubości 450 mikronów (Załącznik nr 2 do tłumaczenia mówi o 450 mikronach- ostatnia strona raportu). b). TABELA- SHOCKPAD (ABSORPCJA

WSTRZAŚÓW). Sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG: W oryginale (wersja angielska) używane są słowa z języka polskiego - „RÓŻNICA” (str.6), co podważa wiarygodność przedstawionego dokumentu; (...) Proszę o wyjaśnienie powyższych nieścisłości.”

Pismem z dnia 19 maja 2021 r. Odwołujący wyjaśnił: „B.1 Zgodnie ze stanowiskiem producenta wyjaśniamy, że certyfikacja stanowi pisemne zapewnienie strony trzeciej o zgodności produktu, usługi lub procesu z określonymi wymaganiami. Z kolei akredytacja jest formalnym uznaniem uprawnień określonej jednostki certyfikującej do wydawania certyfikatów zgodnie z określonymi standardami oraz do wykonywania działań związanych ze specyfiką tej jednostki. Błędem jest używanie terminu „akredytacja” jako tożsamego z terminem „certyfikacja”, ponieważ ich znaczenie jest zupełnie inne. Akredytacja odnosi się do oficjalnego uznania przez wyspecjalizowaną jednostkę - jednostkę akredytującą - że jednostka certyfikująca jest uprawniona do dokonywania certyfikacji w określonych sektorach- upraszczając, akredytację można porównać do certyfikacji jednostki certyfikującej. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego do oferty załączono „raport z badań laboratoryjnych przeprowadzony przez certyfikowane laboratorium dla systemu sztucznej trawy (nawierzchnia wraz z wypełnieniem EPDM z recyklingu i matą), potwierdzający zgodność z aktualną normą EN 15330-1:2013/PN-EN 15330-1:2014-02). Cytowany w piśmie: “Results of the tests mentioned below, not covered by the COFRAC accreditation” jest błędem tłumaczenia, jednak zgodnie z powyższym Zamawiający wymagał przedstawienia raportu z badań wykonanych przez certyfikowane, nie akredytowane laboratorium i przedstawiony raport spełnia ten warunek. Załączamy poprawione tłumaczenie wspomnianego raportu. Jednocześnie informujemy, że przedstawiony raport w całym zakresie jest zgodny z wymaganą przez Zamawiającego normą EN 15 330-1:2014-02.

2. Zgodnie ze stanowiskiem producenta wyjaśniamy, że przedstawiony raport w całym zakresie jest zgodny z wymaganą przez Zamawiającego normą EN 15 330-1:2014-02. Dla boisk piłkarskich wymaga się zgodnie z pkt. 6 wspomnianej normy „Nawierzchnie przeznaczone głównie do piłki nożnej, pkt. 6.1 Postanowienia ogólne Nawierzchnie darniowe syntetyczne przeznaczone głównie do piłki nożnej powinny spełniać wymagania podane w rozdziale 4 oraz w punkcie od 6.2 do 6.7., co potwierdza załączona w piśmie producenta tabela. Jednocześnie w załączeniu przedkładamy uzupełnieniowy raport o brakujące załączniki.

3. a) Zgodnie ze stanowiskiem producenta wyjaśniamy, że omyłkowo pozostawiono zapis dotyczący grubości włókna z innego badanego wcześniej włókna. Właściwa badana grubość włókna to 450 mikronów, co ma potwierdzenie na stronie 9 przedstawionego raportu (zarówno w wersji angielskiej, jak i w polskim tłumaczeniu).

Podkreślamy również, że parametry oferowanej nawierzchni ze sztucznej trawy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego ma potwierdzać raport na zgodność z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla poziomu Quality Pro i Quality, przeprowadzony przez specjalistyczne laboratorium (np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat) i przedłożony raport potwierdza wszystkie wymagane parametry, w tym grubość zastosowanego włókna. 3. b) Zgodnie z wyjaśnieniem powyżej jest to omyłka pisarska, która nie jest zmianą istotną.”

Do wyjaśnień dołączono ponownie sprawozdanie SPORTS AND LEISURE GROUP z poprawionym tłumaczeniem i załącznikami.

Pismem z dnia 8 czerwca 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: „zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2c ustawy Pzp odrzuca ofertę EVERSPORT Sp. z o.o. w związku z faktem, iż oferent nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. (...) 1/ Pkt. 3.a pisma z dnia 11 maja 2021 roku - zastrzeżenia do sprawozdania z badań laboratoryjnych NR R200310-SLG w zakresie podania odmiennych parametrów - nie sposób uznać opisany błąd jako oczywistą omyłkę pisarską. Jakkolwiek, oczywistą omyłką pisarską jest taka omyłka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty (tak wyrok KIO 10 kwietnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 265/08), tak w realiach niniejszej sprawy priorytetem powinna być treść dokumentu bazowego i oryginalnego, który stanowi wytyczne dla uznania, iż firma spełnia parametry określone w SWZ. 2/ Pkt. 3.b pisma z dnia 11 maja 2021 roku - pojawienie się słowa polskiego w wersji angielskiej (oryginalnej) sprawozdania z badań. Pojawienie się w tekście pisanym słowa przypadkowego, niezwiązanego z jego treścią może zostać uznane za oczywistą omyłkę pisarską, która mogła powstać np. przy kopiowaniu bądź wklejaniu tekstu. Natomiast, w sytuacji w której w tekście angielskim pojawia się słowo w języku polskim, to budzi to uzasadnioną wątpliwość co do tego, czy pierwotny tekst certyfikatu nie został zmodyfikowany. Mając na względzie powyższe, wyjaśnienia udzielone przez Państwa Firmę nie są odpowiednie, albowiem nie sposób dostrzeżonych uchybień opisanych w pkt. 3 pisma z dnia 11 maja 2021 roku uznać za „oczywiste omyłki pisarskie” (w zakresie opisanym powyżej), w rozumieniu art. 223 PZP, a tym samym podlegające poprawieniu przez Zamawiającego. Nadmieniam również, iż naczelną zasadą prawa zamówień publicznych jest dążenie do tego, aby Zamawiający nie odrzucił ofert, a dążył do wyjaśnienia wszystkich nieprawidłowości z nią związanych,

natomiast nie można zaakceptować poprawienia przez Zamawiającego, w ramach tzw. oczywistej omyłki pisarskiej poprawienia parametru dotyczącego jednego z podstawowych i kluczowych certyfikatów, zwłaszcza jeśli pod jego adresem kierowane są również inne zastrzeżenia. Ponadto, wskazania wymaga, iż już samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie treści przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 PZP przeczy temu, aby błąd znajdujący się w treści oferty istotnie stanowił oczywistą omyłkę pisarską, która powinna być poprawiona przez Zamawiającego w ramach kontroli oferty i zaakceptowana przez Wykonawcę. Dodatkowo w piśmie z dnia 19 maja 2021 r. nie udzielają Państwo odpowiedzi w przedmiocie wezwania z dnia 11 maja 2021 roku, w którym przedstawione certyfikaty wystawione zostały przez laboratorium producenta a powinny zostać wystawione przez niezależną, zewnętrzną jednostkę certyfikującą, posiadającą stosowne uprawnienia do wystawienia przedmiotowego dokumentu.”

Dowody złożone przez Odwołującego:

- oryginał sprawozdania SPORTS AND LEISURE GROUP w języku francuskim wraz z tłumaczeniem na język polski;
- oświadczenie SPORTS AND LEISURE GROUP: *„Wewnętrzne laboratorium Sport & Leisure jest w stanie wykonywać testy celem pomiarów parametrów sztucznej trawy zgodnie z dostępnymi normami i metodami badawczymi np. badanie na zgodność z normą EN 15330 -1. Nasze laboratorium podlega certyfikacji LRQA ANT1140006/QEMS, gdzie wykonuje się i tworzy badania już ponad 10 lat. Badania z naszego laboratorium mogą być przedstawiane w różnych językach w tym w języku polskim. Większość naszych badań wykonywanych jest na zlecenie DOMO Sports Grass natomiast są także wykonywane zlecenia dla innych firm.”*
- certyfikat: *„Numer identyfikacyjny certyfikatu: 10298816, Data ważności: 2 lipca 2023 ISO 14001 - 3 lipca 2014, Zaświadcza się, że System Zarządzania: Grupa Sportowo-Rekreacyjna NV, Industriepark West 43, 9100 Sint-Niklaas, Belgia został zatwierdzony przez Lloyd's Register zgodnie z następującymi standardami: ISO 14001:2015 Numer(y) aprobaty: ISO 14001 – 0019931 Zakres tej aprobaty dotyczy: Sprzedaż, rozwój i produkcja sztucznej trawy oraz infrastruktury sportowej dla sportu i rekreacji.”*
- certyfikat: *„Data ważności: 2 lipca 2023 ISO 9001 - 17 kwietnia 2000, Numer identyfikacyjny certyfikatu: 10298820, Zaświadcza się, że System Zarządzania: Grupa Sportowo-Rekreacyjna NV Industriepark West 43, 9100 Sint-Niklaas, Belgia został zatwierdzony przez Lloyd's Register zgodnie z następującymi standardami: ISO 9001:2015, Numer(y) aprobaty:*

ISO 9001 — 0019930, Zakres tej aprobaty dotyczy: Sprzedaż, rozwój i produkcja sztucznej trawy oraz infrastruktury sportowej dla sportu i rekreacji.

Zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy pzp przez przedmiotowe środki dowodowe należy rozumieć: *„środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.”*

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

W myśl art. 20 ust. 2 ustawy pzp: *„Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim.”*

Artykuł 107 ustawy pzp stanowi: *„1. Jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. 2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. 3. Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.”*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.”*

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: *„Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”*

Artykuł 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp stanowi: „1. *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*”

Zgodnie z art. 286 ust. 1 ustawy pzp: „1. *W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.*”

Zgodnie z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. 2020 r., poz. 2452): „*Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 3 ustawy.*”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 8 czerwca 2021 r., a dotyczące przedmiotowych środków dowodowych wymaganych postanowieniami SWZ. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była niezasadna z kilku powodów.

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba ocenia prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego czynności w oparciu o uzasadnienie tych czynności, postanowienia SWZ oraz dokumenty i wyjaśnienia składane przez Odwołującego w postępowaniu.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego zgodnie z podanym przez Zamawiającego uzasadnieniem sprowadzała się do jednego z wymaganych SWZ przedmiotowych środków dowodowych, a mianowicie dokumentu z pkt III 2 lit b SWZ, czyli raportu z badań laboratoryjnych przeprowadzonego przez certyfikowane laboratorium dla systemu sztucznej trawy (nawierzchnia wraz z wypełnieniem EPDM z recyklingu i matą), potwierdzającego zgodność z aktualną normą EN 15330-1:2013/PN-EN 15330-1:2014-02. Zamawiający stwierdził, iż sprawozdanie przedstawione przez Odwołującego zawiera rozbieżności pomiędzy wersją angielską i polską w zakresie grubości włókna oraz słowa polskie w wersji angielskiej, co podważa wiarygodność złożonego dokumentu. Po drugie, Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie odniósł się do wezwania Zamawiającego w zakresie

przedstawienia raportu z badań, które w ocenie Zamawiającego winny zostać przeprowadzone przez niezależne, zewnętrzne laboratorium.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że celem jakiego ma służyć przedstawienie przedmiotowych środków dowodowych jest zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy pzp potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. Ponadto, jak stanowi art. 106 ust. 1 ustawy pzp, przedmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać spełnienie określonych przez zamawiającego wymagań. Tym samym, zamawiający ustalając katalog żądanych przedmiotowych środków dowodowych jest zobowiązany wskazać jakie wymagania stawiane w postępowaniu przez zamawiającego powinny te środki dowodowe potwierdzać. Niewątpliwie zgodnie z Rozdziałem III pkt 2 lit b SWZ Zamawiający żądał przedstawienia raportu z badań laboratoryjnych przeprowadzonego przez certyfikowane laboratorium dla systemu sztucznej trawy (nawierzchnia wraz z wypełnieniem EPDM z recyklingu i matą) w celu potwierdzenia zgodności z aktualną normą EN 15330-1:2013/PN-EN 15330-1:2014-02. Jak wskazano w ustaleniach faktycznych, w trakcie postępowania Zamawiający żądał wyjaśnień (pkt 2 wezwania) odnośnie zgodności raportu z normą, a Odwołujący złożył w tym zakresie wyjaśnienia. Co istotne, brak zgodności raportu z normą nie stanowił podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający odrzucił ofertę uzasadniając jedynie, że złożone dokumenty są niewiarygodne w zakresie w jakim wykazują rozbieżności pomiędzy wersją angielską i polską. Niemniej jednak, rozbieżności te nie dotyczyły kwestii, które pozwalałyby uznać, że złożone sprawozdanie nie potwierdza zgodności z normą, a bynajmniej takiego uzasadnienia nie ma w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponadto, jak słusznie wskazał Odwołujący, grubość włókna wynikała już z innego przedmiotowego środka dowodowego złożonego przez Odwołującego, którego Zamawiający nie zakwestionował w decyzji o odrzuceniu oferty, a mianowicie w raporcie z badań potwierdzającym zgodność parametrów z FIFA oraz potwierdzającym minimalne parametry oferowanej trawy syntetycznej określone przez Zamawiającego (Rozdział III pkt 2 lit a SWZ). Rozbieżności, na które wskazał Zamawiający nie mogły zatem stanowić podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na niezłożenie wymaganego przedmiotowego środka dowodowego.

Przechodząc do drugiej przyczyny odrzucenia oferty, podnieść należy, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący odniósł się do wezwania i wyjaśnił, że złożony raport został przeprowadzony przez certyfikowane a nie akredytowane laboratorium zgodnie

z wymaganiami SWZ. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Odwołującego. W Rozdziale III pkt 2 lit b SWZ Zamawiający postawił wymaganie, aby badania zostały przeprowadzone przez „certyfikowane laboratorium”. Zamawiający nie wskazał, że powinna być to niezależna i zewnętrzna jednostka, tym samym dopuścił możliwość złożenia raportu z badań przeprowadzonych przez certyfikowane laboratorium producenta. Izba zauważa, że w odniesieniu do innych przedmiotowych środków dowodowych np. w Rozdziale III pkt 2 lit a SWZ Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że badania mają zostać przeprowadzone przez specjalistyczne laboratorium (np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat), czy w Rozdziale III pkt 2 lit g SWZ – akredytowany Instytut. Tym samym, Zamawiający nie może na etapie po terminie składania ofert dokonywać zwięźszej wykładni postawionych wymagań. Zamawiający nie wyjaśnił w SWZ, iż pod pojęciem „certyfikowane laboratorium” należy rozumieć niezależną, zewnętrzną jednostkę. W postępowaniu odwoławczym Zamawiający również nie był w stanie wyjaśnić, na jakiej podstawie dokonał takiej interpretacji treści SWZ. Zamawiający argumentował jedynie, że żądanie raportu z badań za zgodność z normą przeprowadzonych przez laboratorium producenta jest nielogiczne, gdyż wiadomym jest że producent będzie działał we własnym interesie. Niemniej jednak, Zamawiający żądał np. karty technicznej, pomimo że miała ona zostać poświadczona przez producenta. Izba wskazuje, że jeśli intencją Zamawiającego było przedstawienie przez wykonawców raportu z badań za zgodność z normą przeprowadzonych przez niezależne, zewnętrzne, certyfikowane laboratorium to takie wymaganie powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści SWZ. Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego, który w zgłoszonym przystąpieniu wskazał: *„gdy do oceny zgodności z tą normą wymagane jest badanie nawierzchni sportowych z traw syntetycznych przez niezależną stronę trzecią, zaleca się, aby laboratorium posiadało certyfikat EN ISO/IEC 17025 dla odpowiednich metod badań określonych w niniejszej normie.”* Izba zauważa, że nie wynika z powyższego, aby badanie za zgodność z normą musiało zostać wykonane przez niezależne, zewnętrzne laboratorium, a jedynie że w przypadku gdy wymagane jest badanie przez niezależną stronę trzecią to zaleca się posiadanie przez laboratorium określonego certyfikatu. Poza tym Przystępujący nie przedstawił żadnego dokumentu, z którego wynikałyby wnioski, które wyprowadza. Na pierwszej stronie złożonego przez Odwołującego sprawozdania jest informacja o certyfikacji. Kwestia ta została również wyjaśniona i potwierdzona w piśmie Odwołującego z dnia 19 maja 2021 r., a także uwiarygodniona złożonymi na rozprawie dowodami.

Mając powyższe na względzie należało stwierdzić, że przedstawione przez Zamawiającego podstawy odrzucenia oferty Odwołującego nie znajdowały potwierdzenia w złożonych dokumentach i wyjaśnieniach w kontekście postawionych w SWZ wymagań.

Niemniej jednak, Izba nakazała wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oryginału przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w Rozdziale III pkt 2 lit. b SWZ wraz z tłumaczeniem na język polski. W postępowaniu odwoławczym wykazano, że Odwołujący nie przedstawił ww. przedmiotowego środka dowodowego w oryginale wraz z tłumaczeniem, a jedynie wersję angielską dokumentu wraz z tłumaczeniem na język polski. Jak Izba ustaliła, w tłumaczeniu sprawozdania na język polski wskazano, że wersja angielska jest tłumaczeniem z języka francuskiego sprawozdania nr R200310-SLG, a w przypadku rozbieżności wykładni pierwszeństwo ma wersja francuska. Zamawiający powinien zatem analizując tłumaczenie sprawozdania na język polski zauważyć, że wersja angielska nie jest oryginałem. Jak wynika z § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. 2020 r., poz. 2452) przedmiotowe środki dowodowe sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący wymaganego przedmiotowego środka dowodowego z Rozdziału III pkt 2 lit b SWZ nie złożył w oryginale w języku francuskim wraz z tłumaczeniem na język polski. Wobec niezłożenia ww. środka dowodowego w myśl art. 107 ust. 2 ustawy pzp oraz postanowienia Rozdziału III pkt 2.2. SWZ Izba nakazała Zamawiającemu skierowanie wezwania do Odwołującego celem jego uzupełnienia. Zaznaczyć należy, że sprawozdanie w języku francuskim wraz z tłumaczeniem przedstawione przez Odwołującego na rozprawie powinno zostać złożone nie w postępowaniu odwoławczym, a w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego też Izba nie wzięła pod uwagę złożonych dowodów. Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 243/21: *„Izba nie mogła wziąć pod uwagę w ramach stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, o którym mowa w art. 552 ust. 1 nPzp, złożonych na rozprawie przez Przystępującego kart katalogowych, które miałyby zostać złożone Zamawiającemu, gdyby wystosował do XXX wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż Zamawiający zaniechał takiej czynności. W konsekwencji nie sposób również antycypować, jak te dokumenty zostałyby ocenione przez Zamawiającego, który do tego celu powołał komisję przetargową. Przede wszystkim posiedzenie i rozprawa przed Izbą w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą nie są fazą postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego.”*

Odnośnie skierowania wezwania o uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego Izba zauważa, że argumentacja Zamawiającego odnośnie wyczerpania procedury uzupełnienia dokumentów nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający twierdził, że uczynił zadość wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, gdyż na wstępie wezwania wskazał, że wzywa do wyjaśnienia bądź uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, a zwrot „*Proszę o wyjaśnienie powyższych nieścisłości*”, był jedynie zwrotem grzecznościowym. Stanowisko takie jest niezasadne i nie zasługuje na aprobatę. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wezwania kierowane do wykonawcy muszą być na tyle precyzyjne i konkretne, aby nie pozostawiały wątpliwości odnośnie oczekiwań zamawiającego co do charakteru i sposobu odpowiedzi wykonawcy. Zauważenia wymaga, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu skierował do Odwołującego bardzo precyzyjne wezwanie i skonkretyzował względem każdego punktu wezwania, czy oczekuje wyjaśnienia czy uzupełnienia dokumentu. I tak w zakresie pkt 3a i 3b wezwania Zamawiający wezwał wyłącznie o wyjaśnienie nieścisłości, natomiast w pkt B1 Zamawiający wezwał Odwołującego o wyjaśnienie kwestii dotyczącej certyfikacji oraz dostarczenie dokumentu potwierdzającego posiadanie akredytacji przez laboratorium przeprowadzające wskazane badania. Odnośnie pkt 2 wezwania to wskazać należy, że wezwanie dotyczyło zgodności z normą, a nie uzupełnienia oryginału dokumentu. W odniesieniu do pkt 3a i 3b Odwołujący złożył wyjaśnienia, podobnie jak względem pkt 2 wskazując dodatkowo, że nie przedkłada innego dokumentu, ponieważ Zamawiający nie wymagał raportu z badań przeprowadzonego przez akredytowane a certyfikowane laboratorium. Z powyższego wynika, że Zamawiający nie skierował do Odwołującego konkretnego wezwania do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w Rozdziale III pkt 2 lit b, tj. oryginału sprawozdania w języku francuskim wraz z tłumaczeniem, dlatego też nakazanie wezwania jest konieczne i uzasadnione.

Mając na względzie powyższe, zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy pzp oraz art. 16 ust. 1-3, a także art. 286 ust. 1 i art. 239 ust. 1 ustawy pzp zasługiwały na uwzględnienie.

Potwierdził się także zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, gdyż Zamawiający nie uczynił zadość podaniu uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego. Izba zauważa, że w uzasadnieniu Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego uznał że przedmiotowy środek dowodowy, o którym mowa w Rozdziale III pkt 2 lit b SWZ nie został w ogóle złożony. Zamawiający przytoczył jedynie nieścisłości pomiędzy wersją angielską i polską sprawozdania, zaznaczając że nie może ich potraktować jako oczywistej omyłki pisarskiej. Zamawiający nie wykazał jednak jaki wpływ zauważone rozbieżności mają na

postawione wymaganie względem przedmiotowego środka dowodowego z Rozdziału III pkt 2 lit b SWZ, czyli potwierdzenia zgodności z normą EN 15330-1:2013/PN-EN 15330-1:2014-02 w odniesieniu do podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy pzp. Zamawiający stwierdził wyłącznie, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie są odpowiednie. Ponadto, względem drugiej przyczyny odrzucenia oferty Zamawiający stwierdził jedynie: *„Dodatkowo w piśmie z dnia 19 maja 2021 r. nie udzielają Państwo odpowiedzi w przedmiocie wezwania z dnia 11 maja 2021 roku, w którym przedstawione certyfikaty wystawione zostały przez laboratorium producenta a powinny zostać wystawione przez niezależną, zewnętrzną jednostkę certyfikującą, posiadającą stosowne uprawnienia do wystawienia przedmiotowego dokumentu.”* Z uzasadnienia nie sposób wywieść, do którego dokumentu Zamawiający się odnosi, szczególnie że na pytanie z pkt B1 wezwania, Odwołujący w piśmie z dnia 19 maja 2021 r. udzielił odpowiedzi. Z tych też względów część uzasadnienia odwołania odnosiła się do dokumentu z pkt 2 lit f SWZ. Odwołujący nie mógł mieć pewności, który dokument jest przez Zamawiającego podważany. Dopiero w postępowaniu odwoławczym w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że kwestionuje w decyzji o odrzuceniu oferty środek dowodowy z pkt 2 lit b SWZ oraz że odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ nie uzupełnił przedmiotowych środków dowodowych w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 11 maja 2021 r. W świetle zasady przejrzystości takie działanie Zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne, gdyż uniemożliwia poddanie ocenie czynności dokonywanych w postępowaniu. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1845/19: *„Postawienie Wykonawcy w sytuacji, w której nie może sformułować zarzutu wobec braku wskazania przyczyn, dla których ocena jego oferty była negatywna, prowadzi do naruszenia nie tylko obowiązku podania uzasadnienia faktycznego, ale również naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) Wykonawca nie może w takiej sytuacji domyślać się jakie elementy były decydujące dla końcowego wyniku oferty. Zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymaga od Zamawiającego zapewnienia przejrzystości dokonywanych czynności, a temu sprzeciwia się stan, w którym wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty.”*

Wskazać również należy, że zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp został podniesiony jako zarzut ewentualny, o którego rozpoznanie Odwołujący wnosił w przypadku nieuwzględnienia pozostałych zarzutów odwołania. Mając na względzie, że Izba uwzględniła pozostałe zarzuty odwołania, zgodnie z żądaniem odwołania Izba pozostawiła ww. zarzut

bez rozpoznania. Tym samym należy uznać, że Izba uwzględniła wniesione odwołanie w całości.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: