

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę - **SALTEX EUROPA Sp. z o.o., ul. Sudecka 106 A, 53-129 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola**,

przy udziale **Moris-Polska Sp. z o.o., ul. Równoległa 1, 02-235 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SALTEX EUROPA Sp. z o.o., ul. Sudecka 106 A, 53-129 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola** na rzecz **SALTEX EUROPA Sp. z o.o., ul. Sudecka 106 A, 53-129 Wrocław** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Stalowa Wola prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę boiska sportowego na terenie Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Stalowej Woli. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 czerwca 2015 roku pod poz. 86517 - 2015.

W dniu 10 sierpnia 2015 roku (pismo z dnia 8 sierpnia) Odwołujący - Saltex Europa Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności wskazane w piśmie z dnia 4 sierpnia 2015 roku, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Moris Polska Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 przez przeprowadzenie postępowanie w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania,
2. art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, która budziła wątpliwości Zamawiającego i które doprowadziły go do błędnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez niesłuszne stwierdzenie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez brak zastosowania tego przepisu w odniesieniu do oferty Odwołującego,
4. innych przepisów wymienionych w treści odwołania.

W piśmie z dnia 4 sierpnia 2015 roku Zamawiający podał, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego jest to, że „wykonawca załączył do oferty kartę techniczną, zgodnie z którą podkład trawy wykonany jest z latexu, a z załączonej do oferty próbki trawy syntetycznej wynika, iż włókien w wiążle jest 12” .

Nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że zaoferował produkt Saltex Euroturf MFQ6012D, który w świetle odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w toku postępowania spełnia wszystkie wymagane parametry techniczne. W odniesieniu do ilości włókien w pęczku wskazał, że z załączonej próbki istotnie wynika, że w wiążle jest 12 włókien. Podkreślił jednak, że ilość włókien w pęczku oraz ilość pęczków jest parametrem wtórnym w stosunku do ilości włókien na metr kwadratowy. Ilość włókien w pęczku nie jest parametrem użytkowym a rozwiązaniem technicznym charakteryzującym określony, konkretny produkt Zamawiający wymagał, aby powierzchnia posiadała min. 150 000 włókien oraz ilość pęczków min. 9350/m². Oferowana przez Odwołującego nawierzchnia Saltex Euroturf MFQ6012D posiada 151 200 włókien/m². Gęstość ta wynika z faktu, że nawierzchnia posiada 12 600 pęczków na m², a więc zdecydowanie więcej niż wymagane 9350/m².

Odnosnie zaferowania niewłaściwego podkładu, Odwołujący podniósł, że treścią oferty, która potwierdza że oferowane dostawy (roboty budowlane, usługi) spełniają wymagania techniczne jest próbka oraz dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań jakościowych dla nawierzchni trawy syntetycznej oraz wypełnienia pkt 1-8 oraz paneli ogrodzeniowego pkt 9. Dostarczona przez Odwołującego próbka nawierzchni Euroturf MFQ 6012D jest wykonana na podkładzie poliuretanowym, a nie latexowym. Próbka stanowi treść oferty, a jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do zastosowanego podkładu, mógł a nawet winien skierować do wykonawcy prośbę o wyjaśnienie tej kwestii, korzystając z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Na poparcie tej tezy Odwołujący przywołał szereg orzeczeń KIO oraz sądów okręgowych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Moris Polska Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa boiska sportowego o nawierzchni z trawy syntetycznej na terenie Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Stalowej Woli.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót – branża budowlana, po jej modyfikacji z dnia 30 czerwca 2015 roku, Zamawiający ustalił m.in. następujące parametry trawy syntetycznej:

- podkład trawy: poliuretanowy,
- ilość pęczków: min. 9350 m² (min. 16 włókien w pęczku),
- ilość włókien: min 150 000/m²

Zgodnie z brzmieniem rozdziału VIII pkt 6 siwz, w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, Zamawiający żądał przedłożenia próbki oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków jakościowych dla nawierzchni z „trawy syntetycznej” i wypełnienia (pkt 1-8) oraz panelu ogrodzeniowego (pkt 9), tj. m.in.

Pkt 1. próbki oferowanej nawierzchni 20X25 cm trawy syntetycznej z oryginalną metryką producenta,

Pkt 7. karty technicznej trawy syntetycznej oraz wypełnienia

W dniu 7 lipca 2015 roku, w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, który zwrócił uwagę Zamawiającego na rygorystyczne określenie parametrów trawy syntetycznej, które wskazuje na jednego producenta i narusza uczciwą konkurencję, Zamawiający poinformował, że „wg

wiedzy jaką posiada, wymagane parametry techniczne spełniają przynajmniej dwa produkty od dwóch różnych producentów tzn. Saltex Eurotruf MFQ6012 D oraz Limonta Max S 8 60.

W piśmie z 2 lipca jeden z wykonawców, stwierdził, że nie jest prawdą, iż trawa MFQ6012 D spełnia obecne wymagania przetargu z uwagi na to, że Zamawiający żąda aby w jednym pęczku było 16 włókien a trawa MFQ 6012D posiada 12 włókien w pęczku. Jednocześnie wykonawca wyjaśnił, że mimo, iż trawa MFQ 6012D posiada w jednym pęczku 12 włókien to na 1m² znajduje się więcej pęczków, co w rezultacie zapewnia gęstość taką, jaką oczekuje Zamawiający tj. min. 150 000 włókien/m².

W odpowiedzi na powyższe, Zamawiający w piśmie z dnia 8 lipca nie wyraził zgody na zmianę parametrów trawy syntetycznej, określonych w piśmie z dnia 30 czerwca 2015 roku. Zamawiający ponownie wskazał, że według wiedzy jaką posiada, wymagane parametry techniczne spełniają przynajmniej dwa produkty od dwóch różnych producentów tzn.: Saltex Eurotruf MFQ6012D oraz Limonta Max S 8 60. Z danych jakie posiada Zamawiający wynika, iż współczynnik ilości włókien w m² nawierzchni Saltex Eurotruf MFQ 6012D wynosi 151 200.

W dniu 24 lipca, na wezwanie Zamawiającego do uzupełniania brakujących dokumentów, Odwołujący załączył m.in. próbkę oferowanej trawy syntetycznej oraz kartę techniczną produktu. Z załączonej, w wyniku wezwania do uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, karty technicznej produktu, wynika, że głównym składnikiem mieszanki podkładu jest latex, ilość włókien/ słupki - 6. W pozycji charakterystyka produktu wskazano: pęczki/m² - 12 600, ilość włókien/m² - 151 200.

W postępowaniu oferty złożyło 7 wykonawców. W dniu 4 sierpnia 2015 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty złożonej przez Moris-Polska Sp. z o.o., który zaoferował trawę Limonta Max S 8 60. Oferty wszystkich sześciu pozostałych wykonawców zostały odrzucone w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie przez oferowane nawierzchnie z trawy syntetycznej wszystkich wymaganych przez Zamawiającego parametrów. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na to, że z karty technicznej wynika, że podkład trawy wykonany jest z latexu, a z załączonej do oferty próbki trawy syntetycznej wynika, że włókien w wiązle jest 12.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, że wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem Izby, oferowany przez Odwołującego produkt Saltex Eurotruf MFQ6012D spełnia wszelkie oczekiwania Zamawiającego. Znamiennym w sprawie jest okoliczność, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający, mimo sygnalizacji ze strony wykonawców, iż określone przez niego parametry trawy syntetycznej są zbyt rygorystyczne i mogą być spełnione wyłącznie przez jeden produkt tj. Limonta Max S 8 60, wskazywał wprost, że wg jego wiedzy minimalne parametry spełniają dwa produkty: Saltex Eurotruf MFQ6012D oraz Limonta Max S 8 60. Tym samym wykonawcy oferujący któryś z tych produktów mogli mieć przekonanie, że spełniają one oczekiwania Zamawiającego i uzyskają pozytywną ocenę techniczną w toku oceny i badania ofert. Niezrozumiałym jest stanowisko Zamawiającego, który po otwarciu ofert, wskazuje, że trawa Saltex Eurotruf MFQ6012 D nie spełnia jednak minimalnych parametrów w zakresie ilości włókien w pęczku. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalną zmianę wymagań w zakresie opisu przedmiotu zamówienia bądź celowe wprowadzenie w błąd potencjalnych wykonawców.

Na marginesie wskazać należy, że wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, z uwagi na brzmienie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp (wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) nie przysługiwało odwołanie na czynność opisaną przedmiotem zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Stąd wykonawcy w tym zakresie mogli jedynie sygnalizować w toku postępowania niezgodność działań Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, co też uczynili. Całokształt działań Zamawiającego podjętych w toku tego postępowania, a w szczególności czynność odrzucenia aż sześciu ofert z powodu niespełnienia wymaganych parametrów trawy syntetycznej i w efekcie wybór oferty proponującej trawę Limonta Max 8 60, dowodzi tego, że opisane przez Zamawiającego minimalne parametry trawy syntetycznej naruszały uczciwą konkurencję i mogły zostać spełnione wyłącznie przez jeden produkt tj. Limonta Max 8 60.

Odnosnie ilości włókien w pęczku, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że parametr ten jest wyłącznie parametrem technicznym, wynikający z zastosowanej przez producenta technologii i nie wpływa on na funkcjonalność. O braku jego istotnego znaczenia dla walorów użytkowych trawy syntetycznej świadczy choćby jego umiejscowienie przez Zamawiającego w nawiasie obok parametru dotyczącego minimalnej ilości pęczków 9350 m², który jest parametrem o wiele istotniejszym. O gęstości trawy świadczy nie tyle ilość włókien w pęczku ale przede wszystkim ilość pęczków/m² i ilość włókien/m². Mimo, iż trawa Saltex Eurotruf MFQ6012 D posiada w jednym pęczku 12 włókien, to na 1m² znajduje się więcej pęczków, co zapewnia gęstość przewyższającą minimalne wymagania Zamawiającego i wynoszącą 151 200 włókien/m² i 12 600 pęczków/m². Ilość włókien w danym pęczku jest zatem parametrem wtórnym w stosunku do ilości pęczków/m² i ilości włókien/m². Okoliczność tę potwierdza także złożona przez Odwołującego jako dowód w sprawie opinia techniczna Instytutu Techniki Budowlanej z dnia 20 lipca 2010 roku, w której wskazano, na możliwość uzyskania takiej samej ilości włókien na m² przy zastosowaniu większej ilości włókien w pęczku przy mniejszej ilości pęczków oraz większej ilości pęczków przy mniejszej ilości włókien w pęczku. W opinii tej wskazuje się także, iż „można przypuszczać, że nawierzchnie wykonane z tego samego lub porównywalnego rodzaju włókna (ten sam rodzaj polimeru, typ włókna, podobna grubość oraz dtex pojedynczego włókna), posiadające tę samą lub podobną ilość włókien przypadającą na 1m², będą posiadały zbliżone właściwości użytkowe”.

Odnosnie podkładu poliuretanowego, na wstępie wskazać należy, że celem potwierdzenia spełniania wymagań technicznych (minimalnych parametrów) wykonawcy mieli złożyć m.in. kartę techniczną produktu oraz próbkę trawy syntetycznej. Nie ulega wątpliwości, że załączona w wyniku wezwania do uzupełnienia, karta katalogowa produktu Saltex Eurotruf MFQ 6012 D wskazuje na podkład z latexu. Przeprowadzone w toku rozprawy postępowanie dowodowe, w tym porównanie próbek produktów wykonanych na podkładzie z poliuretanu oraz latexu, wykazało, że próbka trawy syntetycznej Saltex Eurotruf MFQ6012 D jest wykonana na zbliżonym wyglądzie podkładzie do podkładu z poliuretanu i różni się od próbki trawy, w której zastosowano podkład z latexu. Okoliczność ta dowodzi, iż nieprawdziwym jest twierdzenie Zamawiającego, że w „warunkach biurowych” tzw. „gołym okiem” nie jest on w stanie stwierdzić jaki podkład został zastosowany w przypadku próbki złożonej przez Odwołującego. Już samo porównanie złożonych przez wykonawców próbek wraz z informacją zawartą w kartach technicznych produktu, winno wzbudzić u Zamawiającego uzasadnione wątpliwości co do zastosowanego podkładu produktu oferowanego przez Odwołującego.

Uzasadnionym jest zatem stanowisko, że w sytuacji, gdy załączona próbka i karta techniczna produktu, a zatem dokumenty które mają potwierdzać spełnianie wymagań technicznych, zawierają informacje ze sobą sprzeczne, niespójne (karta techniczna wskazuje na podkład latex, próbka wykonana jest na podkładzie poliuretanowym), Zamawiający winien, przed podjęciem ewentualnej decyzji o odrzuceniu oferty, dążyć do usunięcia tych niespójności, czego w tej sprawie nie uczynił. Wyjaśnienie treści oferty, o jakim mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, może być zastosowane przez Zamawiającego na każdym etapie badania i oceny ofert i może odnosić się także do dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy, gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty, ale winien skorzystać z tego uprawnienia także w każdym innym przypadku, po to aby dokonany przez niego wybór był poprawny a działanie Zamawiającego przejrzyste i czytelne. W sytuacji, gdy z dwóch różnych dokumentów (próbki i karty technicznej), mających potwierdzać spełnienie wymagań technicznych wynikają odmienne twierdzenia, uprawnienie Zamawiającego wynikające z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nabiera istotnego znaczenia z punktu widzenia prawidłowości i rzetelności dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty. Podstawa odrzucenia oferty, wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, musi być bowiem jednoznaczna i nie budząca wątpliwości.

Odwołujący wykazał, że nawierzchnię syntetyczną można wykonać zarówno na podkładzie poliuretanowym jak i latexowym. Świadczą o tym przedstawione przez Odwołującego karty katalogowe tego samego produktu, w których wskazano na latex, latex PU oraz poliuretan. Zdaniem Izby, w okolicznościach faktycznych sprawy, mając na uwadze złożoną Zamawiającemu - przed terminem rozprawy - kartę techniczną produktu wskazującą na możliwość zastosowania podkładu poliuretanowego, jak i złożone w toku postępowania wyjaśnienia, zbędne jest nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zastosowanego podkładu nawierzchni.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: