

**Sygn. akt: KIO 878/20**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 13 maja 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 13 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę Celmar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dąbrowa Górnicza

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Celmar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Gmina Dąbrowa Górnicza prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Zadanie A „Budowa strefy aktywności przy ul. Rudnej i Rodzinnej” Zadanie B: „Remont, modernizacja i doposażenie placu zabaw przy ul. Sportowej 16” Zadanie C: „Remont, modernizacja i doposażenie placu zabaw przy ul. Hetmańskiej” Zadanie D: „Budowa placu zabaw przy ul. Orдона.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 kwietnia 2020 r. pod numerem 531871-N-2020. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 24 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Celmar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu (dalej jako „Odwołujący”) wobec dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nierówne traktowanie wykonawców. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i wskazujący na rozwiązania konkretnych producentów;
2. art. 30 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie nawierzchni bezpiecznej za pomocą parametru grubości, który nie odnosi się do wydajności, funkcjonalności i nie ma o nim mowy w Polskiej Normie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, dokonanie wykreślenia z opisu przedmiotu zamówienia zapisu o grubości maty przerostowej i uzależnienie dopuszczalności produktów od parametru „wysokości upadku” oferowanych nawierzchni, ewentualnie z ostrożności procesowej o dokonanie zmiany opisu przedmiotu zamówienia i dopuszczenie mat przerostowych o grubości 20mm.

W treści uzasadnienia odwołania wskazano na wymagania dotyczące wykonania nawierzchni bezpiecznej placu zabaw opisane w dokumentacji projektowej dla Zadania A oraz dla pozostałych zadań (B, C i D). Odwołujący wyjaśnił, że do określenia bezpieczeństwa nawierzchni służy parametr „wysokości upadku”, który informuje, z jak dużej wysokości dana nawierzchnia zapewnia bezpieczny upadek dziecka. Im wyższa wysokość

upadku, tym bezpieczniejsza jest nawierzchnia. W zależności od użytej technologii produkcji oraz jakości użytych materiałów, różni producenci mogą osiągać taką samą wysokość upadku przy zastosowaniu różnych grubości nawierzchni. Na rynku są dostępne maty przerostowej w grubościach od 20mm do 23 mm gwarantujących wysokość upadku od 3m do 3,4m. Zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia był wewnętrznie sprzeczny, ponieważ Zamawiający zaznaczył, że „Grubość nawierzchni bezpiecznej uzależniona jest od wysokości swobodnego upadku - wynosi ona 2,3 cm dla wysokości swobodnego upadku do 3,4 m.” Odwołujący powołał się na treść odpowiedzi opublikowanej przez Zamawiającego w dniu 23 kwietnia 2020r. na pytanie zadane mu przez Odwołującego w dniu 22 kwietnia 2020 r., w której Zamawiający nie dopuścił możliwości zmiany parametrów technicznych nawierzchni. Zdaniem Odwołującego Zamawiający oczekuje maty grubości min. 23mm (co w praktyce oznacza, że maty przerostowe muszą posiadać dokładnie 23mm, ponieważ na rynku nie ma dostępnych tego typu nawierzchni o grubości ponad 23mm), tym samym wykluczając producentów posiadających maty o grubości 20mm-22mm, a którzy posiadają maty o lepszym parametrze bezpieczeństwa (wysokość upadku 3,4m) niż wymóg dla Zadania A i takim samym parametrze bezpieczeństwa jak wymóg zamawiającego dla zadania B, C i D. Odwołujący wskazał, że wydajność i funkcjonalność należy oceniać na podstawie parametrów bezpieczeństwa, ponieważ funkcją nawierzchni bezpiecznej jest zapewnienie bezpieczeństwa dzieciom, grubość nawierzchni nie ma nic wspólnego z wydajnością i funkcjonalnością. Wskazał także na możliwość kierowania się przez Zamawiającego normą PN-EN 1177, która do oceny nawierzchni bezpiecznych stosuje współczynnik HIC, tj. współczynnik wysokości upadku. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien uzależnić dopuszczalność stosowania mat od parametru wysokości upadku, a nie grubości nawierzchni. Grubość nawierzchni może być różna w zależności od technologii danego producenta. Odwołujący podkreślił także, że maty przerostowe nawierzchni o mniejszej grubości są produktem lepszym, ponieważ są łatwiejsze w eksploatacji i utrzymaniu, mniejsza grubość maty ułatwia oczyszczanie oczek mat z liści i odpadów.

**Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 17 kwietnia 2020 r. (531871-N-2020), w tym samym dniu opublikował także na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W projekcie budowlanym dla Zadania A, stanowiącym załącznik do SIWZ, w pkt 3.9 odnoszącym się do nawierzchni bezpiecznej z mat przerostowych, wskazano: „Projektuje się nawierzchnię bezpieczną amortyzującą upadki w postaci pól z maty przerostowej wypełnionej mieszanką trawiastą, zabezpieczającą przed swobodnym upadkiem z wysokości HIC=3m, zgodnie z wymaganiami norm z grupy PN-EN 1176:2009 „Wyposażenie placu

zabaw i nawierzchnie”. Nawierzchnia musi posiadać certyfikat zgodności z normą PN-EN 1177 wydany przez jednostkę certyfikacyjną posiadającą akredytację wydaną przez Polskie Centrum Akredytacji oraz atest higieniczny wydany przez PZH. Maty powinny posiadać wytłoczoną nazwę w celu identyfikacji produktu. Nawierzchnia wykonana z mat przerostowych grubości min. 23 mm koloru czarnego.”

Z kolei w projektach budowlanych dla Zadań B, C i D w pkt 7 Charakterystyka nawierzchni utwardzonej w odniesieniu do nawierzchni bezpiecznej z mat gumowych wskazano: „Nawierzchnia pod urządzeniami zabawowymi, zostanie wykonana z materiałów syntetycznych, przepuszczalnych, układanych z mat gumowych 100 cm x 150 cm grubości odpowiedniej do współczynnika HIC danego urządzenia – zgodnie z wymogami normy PN-EN 1177:2009, na której zostaną zamontowane elementy urządzeń zabawowych Grubość nawierzchni bezpiecznej uzależniona jest od wysokości zamontowanego urządzenia oraz związanej z tym wysokości swobodnego upadku – wynosi ona 2,3 cm dla wysokości swobodnego upadku do 3,4 m. Kolor nawierzchni – czarny.”

Odwołujący w dniu 22 kwietnia 2020 r. (pismo datowane na 21 kwietnia 2020 r.) skierował do Zamawiającego pytanie o treści: „Zgodnie z treścią dokumentacji projektowej, Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w zakresie mat przerostowych na podstawie produktu firmy PPE Poland i wymaga mat przerostowych o grubości 23 mm oraz HIC 3,4. Prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuści maty przerostowe o takich samych parametrach bezpieczeństwa (HIC-3,4 m) i grubości 20 mm?” W odpowiedzi na to pytanie, pismem datowanym na 22 kwietnia 2020 r., Zamawiający wyjaśnił, iż „nie dopuszcza możliwości zmiany parametrów technicznych nawierzchni bezpiecznych z mat przerostowych określonych w dokumentacji technicznej.”

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2020 r., zaś jego kopia została opublikowana przez Zamawiającego wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia w dniu 27 kwietnia 2020 r. Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż odwołanie zostało wniesione wobec opisu

przedmiotu zamówienia, a zatem czynność ta mieści się w zamkniętym katalogu przypadków określonych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w którym dopuszczono możliwość wniesienia odwołania w postępowaniach o udzielenie zamówienia, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie w rozpoznawanej sprawie, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Mając na względzie, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia (w tym kwestionowany przez Odwołującego opis przedmiotu zamówienia) została opublikowana przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 17 kwietnia 2020 r., pięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec opisu przedmiotu zamówienia upływał w dniu 22 kwietnia 2020 r. Przedmiotowe odwołanie, wniesione w dniu 24 kwietnia 2020 r., uchybia zatem ww. terminowi.

W rozpoznawanej sprawie za niezasadne uznać należy liczenie terminu na wniesienie odwołania od daty opublikowania przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie Odwołującego, przedstawionej w piśmie datowanym na 22 kwietnia 2020 r. Udzielona przez Zamawiającego odpowiedź w żaden sposób nie wpływa na treść ukształtowanych pierwotnie wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia, zakomunikowanych wykonawcom w dniu 17 kwietnia 2020 r. poprzez opublikowanie SIWZ na stronie internetowej. Zamawiający jedynie potwierdził, iż nie dopuszcza możliwości zmiany parametrów technicznych nawierzchni bezpiecznych z mat przerostowych określonych w dokumentacji technicznej, wskazując tym samym, że nie aprobeje rozwiązania proponowanego przez Odwołującego w treści pytania i nie dokonuje jakichkolwiek modyfikacji treści SIWZ w omawianym zakresie. Data opublikowania wyjaśnień treści SIWZ przez Zamawiającego może stanowić początek biegu terminu do wniesienia odwołania jedynie w sytuacji, gdy na skutek tych wyjaśnień doszło do zmiany treści SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, przy czym termin na wniesienie odwołania otwiera się wyłącznie w zakresie objętym dokonaną zmianą. W stosunku do niezmienionej treści SIWZ czy ogłoszenia o zamówieniu ustawowy termin biegnie od dnia wskazanego w art. 182 ust. 2 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp. Przyjęcie stanowiska przeciwnego oznaczałoby niedopuszczalne na gruncie ustawy Pzp przywrócenie terminu na wniesienie odwołania, pozostające w sprzeczności z ww. przepisem.

Podkreślić należy, że samo zwrócenie się przez wykonawcę do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ nie wpływa na bieg terminu do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności nie powoduje jego zawieszenia czy przerwania. Wykonawca, który nie decyduje się na wniesienie środków ochrony prawnej w terminie ustawowym, oczekując na opublikowanie przez Zamawiającego odpowiedzi na zadane pytania i licząc, że dojdzie do modyfikacji postanowień SIWZ, czyni to na własne ryzyko. W ocenie Izby Odwołujący, kwestionując zgodność z ustawą Pzp opisu przedmiotu zamówienia, nie dochował należytej staranności, której miernik w tym przypadku jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności, jako że określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp). Treść zadanego przez Odwołującego pytania jednoznacznie wskazywała, iż był on w pełni świadomy, że opis przedmiotu zamówienia opublikowany 17 kwietnia 2020 r. może naruszać przepisy ustawy Pzp. Okoliczność nieuwzględnienia przez Zamawiającego propozycji zmiany SIWZ przedstawionej przez Odwołującego w treści pytania nie stanowi nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania wobec opisu przedmiotu zamówienia dopiero od dnia uzyskania odpowiedzi na to pytanie (podobnie wskazała Izba m.in. w wyroku z dnia 18 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 607/19). Fakt dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję będący przedmiotem odwołania, był znany Odwołującemu już od dnia 17 kwietnia 2020 r. i to w tym właśnie dniu rozpoczął się bieg terminu na wniesienie odwołania.

Za niezasadne Izba uznała także twierdzenia Odwołującego, iż przyczyną zadania pytania miały być rzekome sprzeczności w dokumentacji przetargowej. Po pierwsze przywołane przez Odwołującego postanowienia opisu przedmiotu zamówienia odnoszą się do różnych zadań, a zatem już z tego względu ciężko tu mówić o istnieniu sprzeczności. Po drugie z treści zadanego pytania jednoznacznie wynika, iż jego celem było zwrócenie uwagi na fakt, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie mat przerostowych został oparty na produkcie jednej firmy oraz doprowadzenie do zmiany postanowień SIWZ w zakresie grubości mat przerostowych, w pytaniu tym nie zwrócono uwagi na jakąkolwiek sprzeczność w opisie przedmiotu zamówienia. Odwołanie zostało oparte na okolicznościach faktycznych, które zasygnalizowano wprost w treści pytania, co tylko potwierdza, że już w dacie zadawania pytania Odwołujący posiadał wiedzę o tym, że opis przedmiotu zamówienia może naruszać przepisy ustawy Pzp. Udzielona odpowiedź na pytanie jedynie potwierdziła stan istniejący na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia opublikowanej 17 kwietnia 2020 r.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie wniesione zostało z uchybieniem

ustawowemu terminowi określone w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby dopuszczenie możliwości wniesienia odwołania w terminie liczonym od daty opublikowania przez Zamawiającego odpowiedzi na pytanie Odwołującego w sytuacji, gdy udzielona odpowiedź w żaden sposób nie wpływa na treść dotychczas obowiązujących postanowień SIWZ, prowadziłoby do obejścia art. 182 ust. 2 ustawy Pzp i nieuprawnionego na gruncie ustawy Pzp przywrócenia terminu do wniesienia odwołania. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity i nie podlega przywróceniu. Upływ tego terminu powoduje utratę możliwości skorzystania z ww. środka ochrony prawnej.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym. W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....