

Sygn. akt: KIO 1220/10

**WYROK**  
**z dnia 8 lipca 2010r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 18 czerwca 2010 r. wniesionego przez **Zakład Instalatorstwa i Teletechniki "Łączbud" Sp. z o.o., 35-030 Rzeszów, ul. 3-go Maja 22** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miejską Mielec, 39-300 Mielec, ul. Żeromskiego 26,**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Mielec, 39-300 Mielec, ul. Żeromskiego 26,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Instalatorstwa i Teletechniki "Łączbud" Sp. z o.o., 35-030 Rzeszów, ul. 3-go Maja 22,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Miejską Mielec, 39-300 Mielec, ul. Żeromskiego 26,** na rzecz **Zakład Instalatorstwa i Teletechniki "Łączbud" Sp. z o.o., 35-030 Rzeszów, ul. 3-go Maja 22,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z dnia 25 czerwca 2010 r. Nr 113, poz. 759 ) 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 Mielec prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa euro boiska w Mielcu przy ul. Warszawskiej 5.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 marca 2010 roku pod poz. 6817.

Odwołujący – Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o. wniósł w dniu 18 czerwca 2010 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez czynność z dnia 14 czerwca 2010 roku polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego. Odwołujący wskazał, że zaoferował wykonanie boiska w trawy syntetycznej Xtreme Turf Premier D60 z wypełnieniem EPDM, co jest zgodne z wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz oraz pismach z dnia 17 i 19 marca 2010 roku.

Odwołujący wskazał, że zarówno ogłoszenie o zamówieniu jak i siwz stanowiły, że w zakresie potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają określonym wymaganiom należy przedłożyć kartę techniczną, certyfikat FIFA Recommended 2 Star lub badania laboratoryjne przeprowadzone w oparciu o standardy FIFA Quality Concept. Odwołujący wskazał także na pkt 5.4.2 lit h projektu wykonawczego tom I, z którego wynika, iż nawierzchnię boiska z trawy syntetycznej należy wykonać z wypełnieniem zgodnym z kartą techniczną produktu.

Odwołujący załączył do oferty kartę techniczną, z której jednoznacznie wynika, że jako wypełnienie występuje granulata gumowy (EPDM). Wskazał także, iż Zamawiający w żadnym miejscu siwz i ogłoszenia nie określił, że certyfikat FIFA Recommended 1 Star lub FIFA Recommended 2 Star lub badania laboratoryjne przeprowadzone w oparciu o standardy FIFA Quality Concept mają być wydane w oparciu o sztuczną trawę z wypełnieniem EPDM. Takie żądanie zamawiający podał dopiero w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 19 maja 2010 roku.

Odwołujący wskazał, że rodzaj wypełnienia trawy ma znaczenie drugorzędne przede wszystkim estetyczne (zapach), potwierdzeniem tego jest również fakt, że gdyby odwołujący załączył do oferty zamiast badań laboratoryjnych – certyfikat FIFA Recommended to w tym dokumencie nie występuje informacja o rodzaju wypełnienia.

Pismem z dnia 21 czerwca 2010 roku ( wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 23 czerwca 2010 roku) wykonawca – Ilona Stańczyk, prowadząca działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że z dokumentacji jednoznacznie wynika, że należy wykonać nawierzchnię z trawy syntetycznej o wypełnieniu granulatem EPDM. Na potwierdzenie zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami zamawiający żądał złożenia badań laboratoryjnych przeprowadzonych w oparciu o standardy FIFA. W odpowiedzi na pyt. 1 z dnia 17.03.2010 roku zamawiający nie wyraził zgody na zastosowanie wypełnienia typu SBR a w odpowiedzi na pytanie nr 4 wskazał, że „raport z badań laboratoryjnych ma potwierdzać właściwości „sztucznej nawierzchni”, co jednoznacznie określa, że badania mają dotyczyć wszystkich jej składników”. Zdaniem Przystępującego z powyższego wymogu wynika jednoznacznie, że spełnienie warunku dotyczącego wypełnienia EPDM musi wynikać z badań laboratoryjnych dla sztucznej trawy. Tymczasem złożone przez odwołującego badania laboratoryjne wskazują, że zaoferowany przedmiot zamówienia wypełniony jest granulatem SBR, co jest niezgodne z siwz i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty odwołującego.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę zgłoszone do protokołu rozprawy stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest budowa euroboiska w Mielcu, szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia został określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz w dokumentacji projektowej i Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych.

W pkt 4.2.5 siwz zamawiający podał, że w celu potwierdzenia, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia (dotyczy systemu syntetycznej trawy) odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, do oferty należy dołączyć następujące dokumenty:

1. szczegółowy opis oferty zawierający opis techniczny systemu syntetycznej trawy piłkarskiej,
2. karta techniczna,
3. ważna Aprobata lub Rekomendacja Techniczna ITB lub deklaracja zgodności z normą PN- EN 15330-1,
4. atest PZH,

5. certyfikat FIFA Recommended 1 STAR lub FIFA Recommended 2 STAR lub badania laboratoryjne przeprowadzone w oparciu o standardy FIFA Quality Concept.

W pkt 5.4.2 lit h projektu wykonawczego tom I, zamawiający wskazał, że „nawierzchnię boiska z trawy syntetycznej należy wykonać z wypełnieniem zgodnym z kartą techniczną produktu”.

W piśmie z dnia 17 marca 2010 roku (BIT – 341/10/15/2010) w odpowiedzi na pytanie nr 1 zamawiający wskazał, że nie wyraża zgody na zastosowanie wypełnienia typu SBR.

W piśmie z dnia 19 marca 2010 roku ( BIT -341/10/15/2010) w odpowiedzi na pytanie nr 3 zamawiający wyjaśnił, że „ w dokumentacji projektowej ściśle określono rodzaj wypełnienia jako EPDM lecz nie określono pochodzenia produkcji dlatego uważamy, że wybór należy do oferenta. Jeżeli chodzi o kolor wypełnienia to odpowiedź zawarta jest w pierwszym zdaniu”.

Z kolei w odpowiedzi na pytanie nr 4 „ czy raport z badań nawierzchni, np. Labosport ma potwierdzać rodzaj wypełnienia”, zamawiający wyjaśnił, że „raport z badań laboratoryjnych ma potwierdzać właściwości „sztucznej nawierzchni” co jednoznacznie określa, że badania mają dotyczyć wszystkich jej składników”.

Jednocześnie, powołując się na art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający dokonał modyfikacji treści siwz, w ten sposób, że:

W pkt 4.2.5 siwz treść w nawiasie ... „( dotyczy syntetycznej trawy)...”, zastępuje się słowami „...( dotyczy sztucznej nawierzchni)...”

Celem potwierdzenia, że oferowany produkt spełnia wymagania zamawiającego, odwołujący załączył:

1. kartę techniczną dla produktu Xtreme Turf Premier D 60, gdzie wskazano na typ gumy: granuląt gumowy- strona 34 oferty.
2. raport z badań laboratoryjnych dla produktu Xtreme Turf Premier D 60, gdzie wskazano na wypełnienie SBR.
3. autoryzacja producenta ACT Global Sports.

Pismem z dnia 19 maja 2010 roku ( BIT – 341/10/15/2010) zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i do uzupełnienia dokumentów potwierdzających ,

że oferowana sztuczna nawierzchnia odpowiada wymaganiom zamawiającego przez załączenie:

1. opisu technicznego sztucznej nawierzchni Xtreme Turf Premier D 60,
2. wymaganej alternatywnie: ważna Aprobata lub Rekomendacja Techniczna ITB lub deklaracja zgodności z normą PN- EN 15330-1,
3. atestu PZH dla sztucznej trawy i wypełnienia EPDM,
4. wymaganego alternatywnie: certyfikatu FIFA Recommended 1 STAR lub FIFA Recommended 2 STAR lub badania laboratoryjnego opracowanego w standardzie FIFA Quality Concept dla oferowanej nawierzchni ( sztucznej trawy Xtreme Turf Premier D60 wraz z wypełnieniem EPDM).

W odpowiedzi z dnia 25 maja 2010 roku, odwołujący przekazał uzupełniony wykaz robót z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie oraz autoryzację producenta, opis techniczny sztucznej trawy, kartę techniczną oferowanego systemu nawierzchni, deklarację zgodności z Polską Normą PN- EN 15330-1 oraz atest PZH dla sztucznej trawy i wypełnienia EPDM i badania laboratoryjne ISA Sport opracowane w systemie FIFA Quality Concept.

**Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Z uwagi na to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu 11 marca 2010, to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) - tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) - tzw. „dużej nowelizacji”, zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych nowelizacji.

Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania a odwołujący, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu, legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcę - Ilona Stańczyk, prowadząca działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport, z uwagi na zgłoszenie przystąpienia z uchybieniem 3 dniowego - ustawowego terminu, określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało złożone do Prezesa KIO dnia 23.06.2010r, tymczasem przystępujący przyznał w trakcie posiedzenia, że kopię odwołania otrzymał dnia 18.06. 2010 roku.

Bezspornym między stronami jest, że zamawiający wymagał wykonania nawierzchni boiska z wypełnieniem EPDM (granulat gumowy), nie dopuścił zastosowania wypełnienia SBR ( granulat gumowy pochodzący z recydingu).

Istota sporu sprowadza się do tego jaki dokument ma potwierdzać spełnienie wymogu dotyczącego wypełnienia trawy syntetycznej, czy okoliczność ta ma wynikać z raportu badań laboratoryjnych czy też może wynikać z innego dokumentu.

Zdaniem Izby, analiza treści siwz i udzielonych w toku postępowania wyjaśnień, skłania do twierdzenia, że zamawiający nie wskazał z jakiego dokumentu ma wynikać rodzaj zastosowanego wypełnienia.

Celem potwierdzenia spełniania wymagań określonych przez zamawiającego dotyczących systemu sztucznej nawierzchni zamawiający wymagał załączenia dokumentów wymienionych w pkt 4.2.5 siwz, przy czym, co istotne, sporne badania laboratoryjne przeprowadzone w oparciu o standardy FIFA Quality Concept zostały przez zamawiającego określone jako dokument alternatywny wymagany wymiennie z certyfikatem FIFA Recommended 1 Star lub FIFA Recommended 2 Star.

Przez udzielone w dniu 19 marca 2010 roku wyjaśnienie treści siwz, że raport z badań laboratoryjnych ma potwierdzać właściwości „sztucznej nawierzchni”, co jednoznacznie określa, że badania mają dotyczyć wszystkich jej składników, zamawiający jednak nie zmodyfikował treści ppkt 5, zgodnie z którym nadal badania laboratoryjne były dokumentem żądanym alternatywnie, obok certyfikatu FIFA Recommended 1 Star lub FIFA Recommended 2 Star i nie wskazał, że mają one dotyczyć sztucznej trawy z wypełnieniem EPDM.

Podkreślić także należy, iż pismem z dnia 19 marca 2010 roku zamawiający zmodyfikował jedynie pkt 4.2.5 siwz, w ten sposób, że dokumenty wymienione w tym punkcie miały potwierdzać, że oferowany przedmiot zamówienia tj. „sztuczna nawierzchnia” odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, nie wskazując jakie dokumenty mają potwierdzać konkretne, wymagane parametry sztucznej nawierzchni.

Zatem, zdaniem Izby zarówno z treści siwz, jak i udzielonego w dniu 19 marca 2010 roku i w dniu 17 marca 2010 roku, wyjaśnienia nie wynikało wprost, że badania laboratoryjne mają dotyczyć także rodzaju zastosowanego wypełnienia. Stanowisko to jest tym bardziej uzasadnione, że jak wyjaśnił odwołujący w toku rozprawy, z certyfikatu FIFA Recommended 1 Star lub FIFA Recommended 2 Star, a zatem dokumentu, który mógł być przedłożony zamiast badań laboratoryjnych, nie wynika w ogóle rodzaj zastosowanego wypełnienia. Ponadto, zamawiający nie zmodyfikował treści pkt 5.4.2 lit h projektu wykonawczego tom I, gdzie wymagał, aby nawierzchnię boiska z trawy syntetycznej wykonać z wypełnieniem zgodnym z kartą techniczną produktu. Izba zwraca także uwagę na okoliczność, że obowiązek złożenia badań laboratoryjnych sztucznej nawierzchni Xtreme Turf Premier D60 wraz z wypełnieniem EPDM, zamawiający sformułował wprost dopiero w piśmie z dnia 19 maja 2010 roku wzywającym do uzupełnienia dokumentów.

Przedstawione przez odwołującego dokumenty w ofercie i w wyniku uzupełnienia, potwierdzające przez oferowany produkt spełnienie wymagań określonych w siwz, dotyczą produktu Xtreme Turf Premier D 60, do którego można zastosować każdy rodzaj wypełnienia, zarówno EPDM (wymagane przez zamawiającego) jak i SBR. Istotne jest to, że wypełnienie nawierzchni nie jest produktem oferowanym przez producentów sztucznej trawy, którzy uzyskują stosowne badania laboratoryjne dotyczące trawy syntetycznej. Zatem rodzaj wypełniania nawierzchni poddanej badaniom laboratoryjnym jest niezależny od wykonawców - dystrybutorów sztucznych nawierzchni. Stąd trudno wymagać od wykonawców, aby przedłożyli badania laboratoryjne dotyczące sztucznej trawy ze ściśle określonym wypełnieniem. Wymóg taki stanowiłby, zdaniem Izby, naruszenie zasady uczciwej konkurencji i ograniczenie dostępu do zamówienia publicznego.

Rodzaj zastosowanego w danym zamówieniu wypełnienia nawierzchni wynika z karty technicznej oferowanego produktu, jaką załączył odwołujący w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. Z karty technicznej dla produktu Xtreme Turf Premier D 60 wynika, że rodzajem wypełnienia będzie granulata gumowa (EPDM). Dodatkowo odwołujący załączył w uzupełnieniu atest higieniczny z dnia 24 lutego 2009 roku dla wyrobu granulaty gumowej EPDM potwierdzający, że produkt odpowiada wymaganiom higienicznym bez zastrzeżeń. W świetle powyższych rozważań za zasadne należy uznać postanowienie pkt 5.4.2 lit h projektu wykonawczego tom I, aby nawierzchnię boiska z trawy syntetycznej wykonać z wypełnieniem zgodnym z kartą techniczną produktu, gdyż dokument stanowi potwierdzenie zastosowanego wypełniania nawierzchni.



Uwzględniając powyższe, Izba uznała że zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zasługują na uznanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Z uwagi na to, że wykazane naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

**Przewodniczący:**

.....