

Sygn. akt: KIO 1226/12
KIO 1235/12

WYROK
z dnia 27 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 czerwca 2012 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych w dniu 11 czerwca 2012 r. przez:

- A. NMGROUP Sp. z o.o. w Krakowie (KIO 1226/12),
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Saltex Europa Sp. z o.o. we Wrocławiu i Saltex Oy w Alajarvi, Finlandia (KIO 1235/12),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Aleksandrów Łódzki;

przy udziale:

- A. UNI CENTRA HANDLOWE s.c. Adam Serafin, Rafał Jujka zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1226/12 oraz KIO 1235/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Saltex Europa Sp. z o.o. we Wrocławiu i Saltex Oy w Alajarvi, Finlandia, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1226/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża NMGROUP Sp. z o.o. w Krakowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Saltex Europa Sp. z o.o. we Wrocławiu i Saltex Oy w Alajarvi, Finlandia i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez NMGROUP Sp. z o.o. w Krakowie oraz kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Saltex Europa Sp. z o.o. we Wrocławiu i Saltex Oy w Alajarvi, Finlandia – uiszczone tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. zasądza od NMGROUP Sp. z o.o. w Krakowie na rzecz Gminy Aleksandrów Łódzki kwotę 1845 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset czterdzieści pięć złotych zero groszy) oraz od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Saltex Europa Sp. z o.o. we Wrocławiu i Saltex Oy w Alajarvi, Finlandia na rzecz Gminy Aleksandrów Łódzki kwotę 1845 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset czterdzieści pięć złotych zero groszy) – stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Łodzi.

.....

sygn. akt KIO 1226/12

KIO 1235/12

UZASADNIENIE

Zamawiający, Gmina Aleksandrów Łódzki, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie modernizacji Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Aleksandrowie Łódzkim - III etap”

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w dniu 23.03.2012 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją nr 92258.

W dniu 5 czerwca 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty UNI CENTRA HANDLOWE s.c. Adam Serafin, Rafał Jujka (zwanej dalej „UNI”) jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty NMGROUP Sp. z o.o. w Krakowie i oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Saltex Europa Sp. z o.o. we Wrocławiu i Saltex Oy w Alajarvi, Finlandia (zwanych dalej „Konsorcjum Saltex”), jako niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

sygn. akt KIO 1226/12

W dniu 11 czerwca 2012. r. NMGROUP Sp. z o.o. wniosła odwołanie względem czynności odrzucenia jej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 - poprzez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności metody wykonania trawy z opisem SIWZ, w sytuacji gdy oferta Odwołującego była zgodna z SIWZ, t.j. oferowana przez Odwołującego trawa była zgodna z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ, bowiem Wykonawca zaoferował trawę wykonaną w metodzie tuftowania, a Zamawiający dopuścił trawę tkaną lub równoważną, a trawa tuftowana jest równoważna do trawy tkanej;
2. art. 92 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 8 ust 1 oraz art. 9 ust 1 - poprzez nie podanie w treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 5 czerwca 2012 r. szczegółowego, konkretnego i prawdziwego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego i ograniczenie się do ogólnych stwierdzeń niezgodnych ze stanem faktycznym,
3. art. 91 ust 1 - poprzez niewłaściwe zastosowanie i wybór oferty Wykonawcy - UNI CENTRA HANDLOWE S.C. Adam Serafin, Rafał Jujka, w sytuacji gdy ofertą korzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert określonych w SIWZ jest oferta Odwołującego;
4. art. 92 ust 1 pkt 2 - poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego i przyjęcie, że Odwołujący podał w treści oferty, że oferowana przez niego trawa wykonana jest w technologii tkanej w sytuacji gdy Odwołujący takiej informacji nie podał;
5. art. 30 ust 5 - poprzez błędne przyjęcie, że Wykonawca nie wykazał równoważności metody tuftowania trawy do metody tkania;
6. art. 30 ust 4 - poprzez niewłaściwe zastosowanie i nie wskazanie szczegółowych kryteriów równoważności metody tkania i tuftowania trawy;
7. art. 89 ust 1 pkt 2 - poprzez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niezgodności frakcji wypełnienia granulatu gumowego SBR z SIWZ i uznanie, że frakcja SBR zaoferowana przez Odwołującego „może nie spełniać norm opracowanych przez FIFA dla FIFA 1**”, w sytuacji gdy oferta Odwołującego była zgodna z SIWZ, t.j. oferowane przez Odwołującego SBR było zgodne z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ, gdyż Zamawiający w treści SIWZ określił, że „wypełnienie: SBR - jego rodzaj oraz grubość zgodnie z wynikami badań LabTest”, a Odwołujący zaoferował SBR zgodne z wynikami przedstawionych badań laboratoryjnych ISA Sport;

8. art. 92 ust 1 pkt 2 - poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego i nieuzasadnione przyjęcie, że Wykonawca przedstawił próbkę SBR o frakcji 0,5-2,5, w Karcie Technicznej o frakcji 0,5-2,5 oraz w badaniach laboratoryjnych o frakcji 0,5-2,5, podczas gdy Odwołujący zaoferował próbkę SBR o frakcji 0,5-2, tak jak w Karcie Technicznej oraz w wynikach badań laboratoryjnych ISA Sport;
9. art. 92 ust 1 pkt 2 - poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego i nieuzasadnione przyjęcie, że SBR zaoferowane przez Odwołującego „może nie spełniać norm opracowanych przez FIFA dla FIFA 1*”, podczas gdy zgodnie z przedstawionym Certyfikatem Boiskowym oferowana przez Odwołującego trawa Excellence S wraz z określoną frakcją SBR spełnia normy opracowane przez FIFA dla FIFA 2*, a więc tym bardziej spełnia normy dla FIFA 1*.
10. art. 7 ust 1 - naruszenie zasady uczciwej konkurencji, przez nierówne traktowanie ofert Wykonawców i uznanie, że trawa zaoferowana przez Wykonawcę - MASTERS S.A., wykonana w technologii tuftowania, jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia określonym w SIWZ, a przyjęcie, że trawa zaoferowana przez Odwołującego również wykonana w technologii tuftowanej już z opisem przedmiotu zamówienia nie jest zgodna.

W związku z powyższym wniesiono:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- unieważnienie czynności wyboru oferty UNI CENTRA HANDLOWE S.C. Adam Serafin, Rafał Jujka;
- powtórzenie czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego jako zgodnej z SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż powołując się na opinię biegłego, Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów zarzucił Odwołującemu, że:

- a) błędnie wskazał, że oferowana przez niego trawa wykonana jest w technologii tkackiej, a rzeczywiście wykonana jest w technologii tuftingu;
- b) nie wykazał równoważności użytkowej trawy tuftowanej;

- c) zaoferowane wypełnienie trawy, t.j. granulatu gumowego SBR, może spowodować, że „gotowa nawierzchnia może nie spełnić norm opracowanych przez FIFA dla 1**”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 1 czerwca 2012 r. ponownie przekazał próbkę trawy wraz z kartą techniczną oraz próbkę SBR oraz obszernie wyjaśnienie.

Pismem z 5 czerwca 2012 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający podniósł, że:

- a) próbka trawy nie zachowuje zgodności parametrów technicznych z załączoną kartą techniczną i/lub raportem z badań laboratoryjnych, „w szczególności”;
- b) trawa jest produkowana w technologii tuftingu, zaś w karcie technicznej wykazano błędnie, że trawa jest produkowana w technologii tkackiej;
- c) nie wykazano nigdzie równoważności wartości użytkowej;
- d) wskazano granulaty gumy SBR o frakcji 0,5-2,5, w raporcie badań SBR o frakcji 0,5-2,5, próbkę SBR o frakcji 0,5-2,5;
- e) w przypadku zasypania trawy granulatem jak w próbce, parametry jakościowe nawierzchni gotowej mogą odbiegać od przedstawionych w raporcie z badań laboratoryjnych. Gotowa nawierzchnia może nie spełnić norm opracowanych przez FIFA dla 1*.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał błędnych ustaleń stanu faktycznego oraz dokonał odrzucenia jego oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy, co doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty UNI CENTRA HANDLOWE S.C. Adam Serafin, Rafał Jujka.

Zamawiający w treści SIWZ pkt II.3. określił minimalne wymagania dotyczące trawy syntetycznej do piłki nożnej:

1. Wysokość trawy: min. 50mm, nie więcej niż 60mm,
2. Detex: 12.000,
3. Technologia: trawa tkana, lub równoważna, układana na podkładzie elastycznym, rodzaj oraz grubość zgodne z wynikami badań LabTest.,
4. Gęstość (pęczków/m²): min 10.000/m²,
5. Gęstość (włókien/m²): 120.000/m²,
6. Rodzaj włókna: Polietylenowe (PE), monofilowe,

7. Grubość włókna: min. 240 p,
8. Masa runa: min. 1500g/m²
9. Ciężar całkowity: min 2.300 g/m²
10. Wypełnienie: SBR - jego rodzaj oraz grubość zgodnie z wynikami badań LabTest,
11. Kolor nawierzchni: zielony (2 odcienie),
12. Linie: białe
13. Siła wyrywania pęczka włókien: minimum 60N,
14. Przesiākalność wodą: minimum 4000 mm/h.

W wyniku pytań wykonawców Zamawiający zmodyfikował opis przedmiotu zamówienia (3 kwietnia 2012 r.) i usunął wymagania określone w 3.13. - dotyczące siły wyrywania pęczków, oraz w 3.14 - dotyczące przesiękalności wodą.

Do ofert wykonawcy byli zobowiązani do dołączenia poniższych dokumentów dotyczących trawy syntetycznej (pkt V.6.):

1. autoryzację producenta nawierzchni wystawioną na wykonawcę z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wbudowania, nazwa inwestycji),
2. kartę techniczną nawierzchni z trawy syntetycznej poświadczoną przez producenta z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wbudowania, nazwa inwestycji),
3. Atest PZH,
4. badania laboratoryjne nawierzchni potwierdzające spełnianie wymogów FIFA Quality Concept for Football Turf z określeniem wszystkich elementów systemu nawierzchni wykonane przez autoryzowane laboratorium (np.: Labosport, ISA Sport, Sportslabs),
5. próbkę oferowanej nawierzchni o wymiarach 25x15cm z metryką producenta,
6. próbkę oferowanego wypełnienia z granulatu gumowego (min. 100 gr) z określeniem nazwy i rodzaju.

Odwołujący złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia, w której zaoferował trawę HST EXCELLENCE S FIFA 1/ 2 STAR. Parametry trawy zostały potwierdzone Kartą Techniczną, Badaniami Laboratoryjnymi ISA SPORT oraz próbką. Zgodnie z

SIWZ Odwołujący załączył także próbkę SBR o frakcji 0,5-2, zgodną z badaniami ISA SPORT oraz Kartą Techniczną.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający dokonał błędnych ustaleń stanu faktycznego. Odwołujący nie wskazał bowiem, w żadnym miejscu, że zaoferowana trawa wykonana została w technologii tkackiej. Zarówno Karta Techniczna, jak i badania laboratoryjne nic nie wspominają na ten temat. Błędna jest więc treść zarzutu będącego podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, że Odwołujący wykazał w karcie technicznej, że trawa jest produkowana w technologii tkackiej.

Potwierdza to także treść opinii biegłego, na podstawie której Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego.

Dowód: opinia biegłego z 20 maja 2012 r. (w aktach postępowania)

Ponadto Odwołujący w treści pisma wyjaśniającego z 1 czerwca 2012 r. wskazał już ponad wszelką wątpliwość, że oferowana trawa wykonana jest w technologii tuftingu. Zamawiający nie odniósł się do treści pisma.

Według Odwołującego zaoferowana przez niego trawa wykonana w technologii tuftingu, posiadająca parametry jakościowe zgodne z załączoną do oferty Kartą Techniczną jest produktem równoważnym do żądanego przez Zamawiającego.

Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał bowiem, że dostarczona trawa ma być wykonana w technologii „tkanej lub równoważnej”. Następnie Zamawiający dokonał opisu szeregu cech / parametrów jakościowych świadczących o walorach użytkowych przedmiotu zamówienia.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że dopuszczając możliwość oferowania rozwiązań, produktów, materiałów równoważnych, zamawiający powinien określić warunki równoważności lub wskazać je w dokumentach zawierających opis zamówienia. Ponadto stwierdza się także, że „kryteria, według jakich oceniana będzie równoważność, muszą być ujawnione wykonawcom już w SIWZ. Nie mogą być one precyzowane lub ujawniane dopiero na etapie oceny ofert”. (Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2012 r. KIO 2753/11; KIO 2760/11). Ponadto stwierdza się, że zamawiający by mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne, spełniają wymóg równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy musi je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w SIWZ”. (Wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r. KIO 2734/11). Dodatkowo ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, że dopuszczenie możliwości zastosowania urządzeń i rozwiązań równoważnych „nie

może sprowadzać się do ogólnego stwierdzenia, że wykonawcy mogą zaoferować (zastosować) urządzenia i rozwiązania o parametrach "nie gorszych", ale winno polegać na określeniu, jakie cechy i właściwości przedmiotu wyznaczają tę równowagę". (Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r., KIO 2132J11.

W związku z powyższym Odwołujący zaoferował trawę spełniającą cechy i kryteria jakościowe zgodnie z opisem SIWZ. Zaoferowana trawa wykonana była w technologii tuftingu.

Jeżeli bowiem Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą parametrów technicznych, wskazując wymagania ostre, minimalne lub graniczne z zachowaniem pewnych tolerancji, to jak wskazała KIO, „Każdy produkt spełniający określone w ten sposób wymagania jest równoważny innemu produktowi spełniającym te wymagania. Jeżeli jednak zamawiający, który założył, iż dopuszcza składanie ofert równoważnych, nie wskazał w SIWZ parametrów, które będzie brał pod uwagę przy badaniu równowagi ofert, to nie będzie mógł się on na nie powoływać, jako na podstawę odrzucenia oferty.

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 17 sierpnia 2009 r. (sygnatura akt KIO/UZP 980/09) kryteria równowagi produktów: porównywalne tzn. takie same lub lepsze cechy użytkowe (np. skuteczność działania, wydajność) oraz cechy fizyko-chemiczne (np. konsystencja, zapach, skład chemiczny itp.) są kryteriami subiektywnymi, wieloznacznymi i nieprecyzyjnymi, a zatem ocena czy produkt spełnia wymagania zamawiającego, jest niezwykle uznaniowa (...). Aby wykonawca mógł przygotować ofertę równoważną musi wiedzieć, jakie właściwości przedmiotu zamówienia są dla zamawiającego najistotniejsze. Nie jest więc wystarczające ograniczenie zapisu w SIWZ, iż chodzi o „takie, a takie rozwiązanie” lub inne równoważne. Równowaga jest bowiem pojęciem czysto subiektywnym. Wymogi co do równowagi powinny być opisane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny. Ważne jest bowiem, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia.

Niedopuszczalne jest więc domaganie się przez Zamawiającego wykazania „równowagi użytkowej”, które jest kryterium nieostrym i subiektywnym. Zamawiający nie wskazał bowiem takich kryteriów w SIWZ i nie może ich stosować na etapie oceny ofert.

Zamawiający, dokonując oceny zgodności dostarczonej trawy z SIWZ, może opierać się jedynie na kryteriach, które w SIWZ określił, t.j. dotyczących cech i parametrów jakościowych.

Skoro więc Zamawiający nie opisał, żadnego dodatkowego kryterium równoważności tkania, a ogólne stwierdzenie „równoważności” jest niewystarczające, należy uznać, że za równoważny dopuszczał każdy inny produkt o cechach / parametrach w SIWZ określonych, t.j posiadający poniższe cechy:

- a. wysokość trawy: min. 50mm, nie więcej niż 60mm,
- b. detex: 12.000,
- c. technologia: układana na podkładzie elastycznym, rodzaj oraz grubość zgodne z wynikami badań LabTest.,
- d. gęstość (pęczków/m²): min 10.000/m²,
- e. gęstość (włókien/m²): 120.000/m²,
- f. rodzaj włókna: Polietylenowe (PE), monofilowe,
- g. grubość włókna: min. 240 \i,
- h. masa runa: min. 1500g/m²
- i. ciężar całkowity: min 2.300 g/m²
- j. kolor nawierzchni: zielony (2 odcienie),
- k. linie: białe

Brak warunków szczególnych powoduje więc obowiązek uwzględnienia wszystkich ofert, które spełniają ogólne założenia dla przedmiotu zamówienia. W tym przypadku ogólne oznacza spełniające parametry jakościowe.

Zaoferowana przez Odwołującego trawa spełnia te wszystkie określone w SIWZ parametry, a tym samym wypełnia wymóg równoważności i musi być uwzględniona przez Zamawiającego.

KIO stwierdza także, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Nie sposób też przyjmować, by za równoważne należało uznawać te materiały, urządzenia, które zostały wymienione przez

zamawiającego - równoważność w takim wypadku byłaby iluzoryczną i sprowadzałyby się jedynie do możliwości zaoferowania urządzeń i materiałów jedynie producenta i typu wymienionego w SIWZ. Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Gdy zamawiający nie wymienił wszystkich istotnych dla niego parametrów i cech wymaganego przedmiotu, które miałyby decydować o zachowaniu równoważności, nie jest dopuszczalne przyjęcie tezy, że w takim wypadku równoważność dotyczy wszystkich parametrów danego urządzenia.

Oferta równoważna przedstawia więc przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, jakie określone zostały w SIWZ.

Zamawiający nie może więc żądać dokładnie tego samego produktu, t.j. wykonanego metodą tkania. Wymóg równoważności byłby wtedy iluzoryczny.

Odwołujący miał więc prawo dostarczyć produkt podobny spełniającego wymagania jakościowe wyartykułowane przez Zamawiającego. Tym samym zapewnił spełnienie kryterium równoważności, co zdeterminowało zgodność zaoferowanej trawy z opisem przedmiotu zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący wyczerpująco i należycie wykazał, zgodnie z art. 30 ust 5 Ustawy, że oferowana przez niego trawa spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, t.j. że jest produktem równoważnym. Treść Karty Technicznej oraz badań ISA SPORT potwierdza spełnianie przez trawę Odwołującego wszystkich szczegółowych wymogów nałożonych przez Zamawiającego, potwierdzających jej cechy na równi z opisem przedmiotu zamówienia. Tym samym Odwołujący potwierdził, że oferowana trawa wykonana w technologii tufting jest produktem równoważnym, t.j. zapewniającym spełnienie wszystkich cech opisanego przedmiotu zamówienia. Dokonując oceny oferty Odwołującego Zamawiający nie miał wątpliwości, że oferowana przez niego trawa spełnia w całości kryteria (cechy / parametry) opisane w SIWZ. Potwierdza to bowiem treść opinii biegłego wykonanej na zlecenie Zamawiającego z 20 maja 2012 r.

Dowód: opinia biegłego z 20 maja 2012 r. (w aktach postępowania)

Zgodnie z jej treścią trawa oferowana przez Odwołującego spełnia wszystkie kryteria opisu przedmiotu zamówienia, który przewidywał wartości minimalne.

Dokonana przez biegłego ocena parametru Detex jest błędna. Ma on bowiem wartość wyższą od wymaganej w SIWZ, logicznie, jest więc z nim zgodny.

Odwołujący pismem z 1 czerwca 2012 r., jednoznacznie wskazał, że oferowana przez niego trawa wykonana jest w technologii tuftingu i zapewnia zgodność cech i parametrów technicznych określonych w SIWZ.

Z punktu widzenia technologii wykonania, dostępne są wyłącznie trawy wykonane metodą tkania lub tuftowania. Oznacza to, że Zamawiający dopuszczając inne rozwiązanie niż tkanie, dopuścił tym samym metodę tuftowania, jako jedyną alternatywę. W przeciwnym wypadku zapis Zamawiającego o „równoważności” byłby iluzoryczny, a taka interpretacja jest niezgodna z zasadami wykładni woli.

Odwołujący podniósł również, że sama technika wykonania trawy - tkanie lub tuftowanie, nie ma większego znaczenia z punktu funkcjonalności oraz używalności trawy. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego na okoliczność równoważności trawy tkanej i tuftowanej, pod kątem ich wartości użytkowych.

Odwołujący powołał dowód z prywatnej opinii producenta traw, potwierdzający równoważność wartości użytkowych trawy tuftowanej i tkanej: pismo mgr. inż. Artura Brzezińskiego - Głównego Technologa Ricco Polska Sp. z o.o. z 6 czerwca 2012 r. (załącznik)

Odwołujący przyznał, że trawa tkana wykazuje wyższy współczynnik „odporności na wrywanie pęczków” od trawy tuftowanej. Istotną jest jednak okoliczność, dokonania przez Zamawiającego zmiany opisu przedmiotu zamówienia przed otwarciem ofert. Wskutek pytań i uwag wykonawców parametr ten został ostatecznie wykreślony (zmiana SIWZ z 3 kwietnia 2012 r.) . Skoro zatem Zamawiający nie uznał tej cechy trawy za istotną, a wyłącznie ona może odróżniać trawę tkaną od tuftowanej, dopuścił tym samym możliwość wykonania przedmiotu umowy przy zastosowaniu metody równoważnej do tkanej, a więc tuftowania.

Odwołujący podniósł także zarzut nierównego traktowania wykonawców. Wykonawca MASTERS S.A. zaoferował trawę wykonaną w technologii tuftingu, która została uznana przez Zamawiającego za zgodną z opisem przedmiotu zamówienia. Postępowanie Zamawiającego nosi więc znamiona autorytatywnego działania

według subiektywnych kryteriów, co z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady pisemności jest niedopuszczalne.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść opinii biegłego w części dotyczącej oceny oferty Odwołującego. Z treści „uwag i wniosków” wynika, że biegły oceniając „parametry użytkowe” trawy Odwołującego, wziął pod uwagę kryteria wyrywalności pęczków oraz przepuszczalności wody, które zostały usunięte przez Zamawiającego przed otwarciem ofert i nie miały już znaczenia przy ich ocenie. Nie da się ukryć, że biegły dokonał oceny „parametrów użytkowych” właśnie na podstawie tych cech. Opinia biegłego jest więc błędna.

Ponadto treść „uwag i wniosków” została „przeniesiona” jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego, a więc kompletnie z pominięciem wyjaśnień zawartych w piśmie z 1 czerwca 2012 r.

Odnosnie zarzutu co do wadliwości granulatu SBR, w pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że Zamawiający dokonał błędnych ustaleń faktycznych. Dołączona do oferty próbka SBR miała frakcję 0,5-2, co było zgodne z opisem w Karcie Technicznej oraz badaniami ISA SPORT, a nie tak jak napisał Zamawiający 0,5-2,5. Błędna jest więc treść zarzutu będącego podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

Najistotniejsze jest jednak to, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie ma prawa kwestionować próbki SBR załączonej przez Odwołującego.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wypełnienie SBR powinno odpowiadać następującym kryteriom: „jego rodzaj oraz grubość zgodnie z wynikami badań LabTest”.

Innymi słowy, Zamawiający nie określił szczegółowego parametru SBR przez wskazanie konkretnej wartości liczbowej. Domagał się jedynie takiego SBR jakie przewiduje LabTest dla danego modelu trawy.

Zgodnie za załączonymi badaniami ISA SPORT, dla oferowanej przez Odwołującego trawy - EXCELLENCE S - przewidziano SBR, czarny lub barwiony, o frakcji (rozmiarze) - 0,5 - 2.

SBR załączone przez Odwołującego spełnia więc w całości wymagania określone w SIWZ. Zamawiający nie może bowiem dokonywać zgodności oferty z SIWZ na postawie kryteriów nie określonych w SIWZ. Ponadto zgodnie z załączonym

certyfikatem boiskowym, oferowana nawierzchnia wraz ze wskazanym SBR otrzymała certyfikat FIFA 2 Star. Potwierdza to także Karta Techniczna.

Odwołujący wskazał również, iż w treści opinii biegłego są już wewnętrzne sprzeczności. Treści zawarte w tabeli nie korespondują bowiem z „uwagami i wnioskami”. W treści tabeli biegły pisze o SBR 0,5-2 (Karta Techniczna, Raport z badań). Natomiast w uwagach i wnioskach wymienia SBR 0,5-2,5. Niezgodne jest także z prawdą uznanie próbki SBR - 1,0 - 2,5 (Tabela). Odwołujący dołączył próbkę 0,5-2. Nie koresponduje to jednak zupełnie z treścią zarzut zawartą w „uwagach i wnioskach” - gdzie pojawia się „próbka SBR o frakcji 0,5-2,5”.

Ponadto wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców, przy ocenie próbki SBR wykonawcy MASTERS S.A. biegły uznał ją za zgodną, pomimo odstępstwa od kryteriów wskazanych w raporcie z badań. Według siebie tylko znanych wytycznych, uznał tę nieścisłość za zgodną „z tolerancją”. Odmówił jednak tego Odwołującemu.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o powołanie dowodu z opinii biegłego na okoliczność rzeczywistych parametrów frakcji próbki SBR załączonej przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający naruszył dyspozycję art. art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy. Podanie okoliczności faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty powinno być zgodne z prawdą konkretnie i wyczerpujące. Jego treść wyznacza bowiem wykonawcy granice zarzutów podnoszonych przy odwołaniu. Na bazie treści uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawca powinien poznać w całości tok rozumowania zamawiającego jakim kierował się przy podjęciu takiej decyzji. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego powinno więc m.in. uwzględniać treść wyjaśnień z 1 czerwca 2012 r.

Zamawiający nie spełnił żadnych z tych wymogów. Treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodna z prawdą, opiera się bowiem na błędnych ustaleniach faktycznych i jest niekonkretna - zawiera sformułowania „w szczególności”, „może nie spełniać”, „mogą odbiegać”, a także nie odnosi się zupełnie do treści wyjaśnień Odwołującego z 1 czerwca 2012 r. Treść uzasadnienia odrzucenia oferty jest powtórzeniem treści zarzutów zawartych w piśmie z 30 maja 2012 r., które z kolei powielają zapisy „uwag i wniosków” opinii biegłego z 20 maja 2012 r. Wygląda to więc tak jakby Zamawiający podejmował czynności w oderwaniu od rzeczywistego stanu faktycznego.

sygn. akt KIO 1235/12

W dniu 11 czerwca 2012. r. Konsorcjum Saltex wniosło odwołanie, zarzucając zamawiającemu przeprowadzenie w toku postępowania wadliwej procedury badania i oceny ofert naruszającej wyrażoną w art. 7 Pzp zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców. Odwołujący podniósł naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z unieważnieniem odrzucenia oferty Odwołującego;
- powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert;
- oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż przedmiotem niniejszego postępowania jest wykonanie modernizacji obiektów sportowych na terenie gminy Aleksandrów Łódzki. Rynek wykonawców robót budowlanych specjalizujących się w tego typu przedsięwzięciach jest rynkiem o dużym stopniu konkurencyjności. Występuje na nim szereg przedsiębiorców, którzy posiadają zarówno wystarczające doświadczenie, jak i dysponują wymaganymi technologiami pozwalającymi na oddanie do dyspozycji Zamawiającego nowoczesnego i w pełni funkcjonalnego kompleksu obiektów sportowych. Jednakże w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rażąco naruszono zasadę uczciwej konkurencji doprowadzając do wyboru nie tyle oferty najkorzystniejszej (oferta wybrana zawierała szóstą w kolejności cenę), co oferty zawierającej bezzasadnie preferowane przez zamawiającego rozwiązania techniczne

Wartość przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu nie pozwalała wykonawcom na wniesienie do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania odnoszącego się do treści opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący na wcześniejszym etapie

postępowania działając na podstawie art. 181 Pzp poinformował jednak Zamawiającego o niezgodnej z przepisami Ustawy czynności obejmującej sporządzenie wadliwego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający określił wymagania dotyczące zamawianej sztucznej nawierzchni całkowicie pomijając różnorodność oferowanych na rynku produktów, niemalże przepisując w całości opis techniczny jednego z dostępnych na rynku produktów. Jak wskazał odwołujący w piśmie z dnia 28 marca 2012 roku, pomimo istnienia w tym zakresie dużej konkurencji, Zamawiający już w dacie wszczęcia postępowania wskazywał (poprzez charakterystykę zamawianej nawierzchni) na jednego producenta - spółkę Dywilan S.A. z siedzibą w Łodzi. Dodać należy, iż pomimo częściowej zmiany opisu przedmiotu zamówienia, w niniejszym postępowaniu wybrana została finalnie oferta jedyne go wykonawcy oferującego nawierzchnię właśnie tej firmy (tylko ten wykonawca posiadał bowiem wymaganą na to konkretne postępowanie autoryzację producenta Dywilan).

Co równie istotne, wybór oferty najkorzystniejszej został poprzedzony odrzuceniem pięciu pozostałych, tańszych ofert (z powodu niezgodności oferowanej nawierzchni z wymaganiami SIWZ), choć wykluczeni wykonawcy oferowali najpopularniejsze na rynku nawierzchnie syntetyczne. Odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy oferowane przez Odwołującego rozwiązanie zgodne było z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Reasumując, Zamawiający dopuścił się wadliwych czynności nie tylko na etapie przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, ale także w trakcie badania i oceny ofert. Przebieg niniejszego postępowania, niezależnie od treści postawionych poniżej zarzutów, wskazuje na wielokrotne rażące naruszenie przez Zamawiającego wyrażonej w art. 7 Pzp zasady uczciwej konkurencji.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, gdyż w ocenie Zamawiającego jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po złożeniu oferty Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Zamawiający zaniechał jednak, w toku badania i

oceny ofert, żądania od Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp przedłożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie, biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, wyjaśnienie jej treści poprzez zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp można uznać za obowiązek zamawiającego. Jak ponadto zauważono w wyroku KIO z dnia 25 marca 2011 r. sygn. akt KIO/510/11:

art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy odczytywać nie tylko jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, co raczej kompetencję, tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Tym samym możliwość, o której mówi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przeradza się wręcz w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 992/09. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1519/09. KIO/UZP 1520/09).

Skoro Zamawiający miał wątpliwości, dotyczące treści złożonej przez nas oferty, winien te wątpliwości przed odrzuceniem oferty wyjaśnić. Tym samym Zamawiający zaniechawszy wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień naruszył także art. 87 ust. 1 Pzp.

Odnosnie poszczególnych, oznaczonych punktowo w informacji o odrzuceniu oferty, powodów jej odrzucenia przez zamawiającego, odpowiednio wskazano:

(1)

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, iż oferowana przez Odwołującego „trawa jest produkowana w technologii tuftingu, zaś w karcie technicznej wykazano błędnie, że trawa jest produkowana w technologii tkackiej, a ponadto nie wykazano nigdzie równoważności wartości użytkowe”. Zgodnie z treścią zmodyfikowanego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące oferowanej sztucznej nawierzchni:

Technologia: trawa tkana, lub równoważna, układana na podkładzie elastycznym, rodzaj oraz grubość zgodne z wynikami badań LabTest.

W przedłożonej przez odwołującego Karcie Technicznej Produktu (pismo przedłożone w dniu 25 kwietnia 2012 roku w uzupełnieniu oferty) wskazaliśmy, iż produkt przez nas oferowany został wykonany „**metodą produkcji: tkane**”. Odwołujący podtrzymał cytowane w poprzednim zdaniu oświadczenie, co do zastosowanej technologii wykonania nawierzchni.

Zauważył, iż najpopularniejszą i stosowaną także przez Odwołującego metodą wykonywania traw syntetycznych jest tkanie włókien w materiale podkładowym. Jest zarazem prawdą, iż produkt przez niego oferowany może być charakteryzowany angielskojęzycznym określeniem „tufting”. Słowo „tufting” oznacza bowiem „igłowanie (wszywanie pęczków)”, zaś słowo „tuft” oznacza po prostu „kępka trawy”. Na rynku technologii wykonywania traw syntetycznych nie występuje, sugerowana przez Zamawiającego, rozbieżność pomiędzy metodą „tkania” i „tufting”. Zamawiający próbuje obecnie, poprzez czynności jedynie o charakterze czysto semantycznym, stwierdzać niezgodność oferowanego przez odwołującego produktu ze stawianymi wymaganiami.

Samo użycie zwrotu „*trawa tkana lub równoważna*” bez dookreślenia zasad równoważności należy uznać za naruszenie zasady jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia. Odnosząc się posiłkowo do dorobku orzecznictwa KIO w zakresie problematyki określania opisu przedmiotu zamówienia można wskazać na następujące opinie:

Poprzestanie jedynie na dodaniu słów "lub równoważnych" jest w ocenie Izby niewystarczające, gdyż obowiązkiem Zamawiającego jest szczegółowe opisanie warunków owej równoważności, w sposób umożliwiający późniejszą ocenę ofert proponujących inne materiały

Kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia lub jego elementy, do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości o jakich parametrach oraz na jakich warunkach mogą zaoferować konkretny produkt aby spełniał on wymagania siwz. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwi precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwi Zamawiającemu bezstronną ocenę złożonych ofert

Biorąc pod uwagę powyższe, postawiony przez Zamawiającego zarzut należy uznać za całkowicie chybiony

(2)

Zgodnie z treścią drugiej przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego „w karcie technicznej wskazano granulaty gumowy SBR o frakcji 0,5 - 2,5, próbka SBR o frakcji, przez to w przypadku zasypiania trawy granulatami jak w próbce, parametry jakościowe nawierzchni gotowej mogą odbiegać od przedstawionych w Raporcie z badań laboratoryjnych. Gotowa nawierzchnia może nie spełnić norm opracowanych przez FIFA dla 7*.”

Treść powyżej przedstawionej przesłanki odrzucenia oferty wskazuje wyraźnie na rażącą nietransparentność decyzji Zamawiającego dokonywanych w trakcie badania i oceny ofert. Zamawiający podnosi, iż w jego ocenie oferowany sposób wykonania nawierzchni może odbiegać od przedstawionych badań laboratoryjnych i może nie spełniać norm FIFA 1*. Zamawiający zatem nie kwestionuje zarówno zgodności oferty z SIWZ, ale i nie kwestionuje także prawdziwości informacji zawartych w przedłożonych przez wykonawcę dokumentach na potwierdzenie spełniania wymagań Zamawiającego

Zamawiający jedynie przypuszcza, iż sposób wykonania zamówienia może odbiegać od stawianych przez niego wymagań w tym zakresie. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za rażące naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący zaznaczył, iż oferowane przez niego produkty, a także technologie wykonania boisk gwarantują osiągnięcie nie tylko jakości certyfikatu FIFA 1 Star, ale i certyfikatu wyższej jakości FIFA 2 Star. Wykonane przez Odwołującego boisko sportowe w mieście Barlinek w województwie zachodniopomorskim, w ramach którego zainstalowano taką samą nawierzchnię jaka została złożona w ofercie Odwołującego, zostało na przełomie maja i czerwca bieżącego roku przebadane przez akredytowane laboratorium Sports Labs, zaś na podstawie osiągniętych wyników tych badań uzyskanie Certyfikatu FIFA 2 Star dla tego obiektu jest kwestią formalną zależną wyłącznie od FIFA. Kwestionowanie przedstawionych informacji w postaci hipotetycznej i bez odwołania się do niezgodności treści oferty z SIWZ jest rażącym naruszeniem obowiązków Zamawiającego.

Ponadto sama frakcja granulatu nie była przedmiotem jakichkolwiek wymagań ze strony Zamawiającego.

(3)

Zamawiający podnosił, iż oferowany przez Odwołującego „system nawierzchni jest bez podkładu masy elastyczne”. Informacja powyższa jest nieprawdziwa. Zgodnie z treścią zmodyfikowanego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące oferowanej sztucznej nawierzchni:

Technologia: trawa tkana, lub równoważna, układana na podkładzie elastycznym, rodzaj oraz grubość zgodne z wynikami badań LabTest.

W przedłożonej przez odwołującego Karcie Technicznej Produktu (pismo przedłożone w dniu 25 kwietnia 2012 roku w uzupełnieniu oferty) wskazano, iż oferowana nawierzchnia układana jest na podkładzie elastycznym (podkład elastyczny, polipropylen wielowarstwowy, główny składnik mieszanki: latex). Zamawiający zdaje się całkowicie odbiegać w swoich ocenach od treści zarówno opisu przedmiotu zamówienia, jak i treści badanych ofert. Zamawiający dokonuje wykluczenia wykonawców dokonując sobie tylko znanej interpretacji zarówno postawionych warunków, jak i treści oświadczeń wykonawców.

(4) oraz (5)

Zamawiający podnosił, iż oferta Odwołującego nie jest zgodna z wymaganiami SIWZ, gdyż „gęstość pęczków nie spełnia minimalnych wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, a także „gęstość włókien nie spełnia wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Zgodnie z treścią zmodyfikowanego opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił następujące wymagania dotyczące oferowanej sztucznej nawierzchni:

Gęstość (pęczków/m²): min 10.000/m²

Gęstość (włókien/m²): 120.000/m²

W przedłożonej przez odwołującego Karcie Technicznej Produktu (pismo przedłożone w dniu 25 kwietnia 2012 roku w uzupełnieniu oferty) wskazano, iż produkt oferowany posiada następujące cechy: Gęstość (pęczków/m²): 10.080/m², Gęstość (włókien/m²): 120.960/m². Biorąc pod uwagę powyższe, postawiony przez Zamawiającego zarzut należy uznać za całkowicie chybiony.

W przypadku zarzutu (4) oraz (5) Zamawiający być może (co wobec braku wezwania wykonawcy do wyjaśnień pozostaje jedynie przypuszczeniem odwołującego) kierował się treścią nie tyle Karty Technicznej Produktu, co wynikami przedłożonych

badań laboratoryjnych nawierzchni potwierdzających spełnianie wymogów Zamawiającego. W dokumencie tym gęstości pęczków oraz włókien zostały oznaczone na nieznacznie innym poziomie.

Odnosnie powyższego podniesiono, iż technologia produkcji i certyfikacji (badań laboratoryjnych) sztucznej trawy polega w pierwszej kolejności na wykreowaniu opisu technologicznego produktu, t.j. opracowaniu parametrów technicznych w karcie technicznej produktu. Mając do dyspozycji informacje o zastosowanym podkładzie, włóknie, pożądanej gęstości etc. produkt jest wdrażany do produkcji. Gotowa próbka wraz z kartą techniczną kierowana jest do laboratorium, które testuje produkt w dwóch kryteriach: parametrów czysto technicznych (zgodność grubości włókna, gęstości, wagi włókna/m² nawierzchni etc.) oraz parametrów użytkowych zgodnie z wymogami FIFA określonymi w wybranej metodologii (toczenie piłki, odbicie etc.).

Wskazać jednak należy, iż w każdym jednak przypadku stosowane metodologie badań zakładają pewną określoną zmienną charakterystykę techniczną produktów poddanych ocenie. Parametry podawane w karcie technicznej przez producenta są parametrami bazowymi, a samo badanie obejmuje produkty mieszczące się w przyjętej w wybranej metodologii zmiennej tolerancji. Zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia wyników badań laboratoryjnych nawierzchni potwierdzających spełnianie wymogów FIFA Quality Concept for Football Turf. W przypadku tej metodologii parametry techniczne były mierzone z założoną tolerancją 10% (większość parametrów, w tym gęstość) oraz 5% w przypadku długości włókna (tzw. dozwolona odchyłka pomiędzy próbką laboratoryjną a deklaracją producenta).

Dowód: wyciąg z opracowania FIFA Quality Concept for Football Turf

Zatem wyniki badań laboratoryjnych dotyczą każdego rodzaju nawierzchni spełniającej opisane przez producenta cechy technologiczne, przy wzięciu pod uwagę określonego marginesu zmienności parametrów. Takie podejście do problematyki badań pozwala producentom na zachowanie pewnej elastyczności w przygotowywaniu produktów finalnych, oferowanych pod konkretne wymagania instytucji zamawiających. Przedłożone przez odwołującego wyniki badań zgodne są z opisaną powyżej metodologią.

W ocenie Odwołującego, pozbawiona podstaw jest ocena spełniania przez oferowane przez Odwołującego rozwiązanie, bez uwzględnienia norm technicznych odnoszących się do materiału budowlanego, jakim jest sztuczna trawa.

Technologiczne odchyłki o których mowa powyżej, zawarte w wymogach FIFA jak i obowiązującej dla tego typu produktów normy PN-EN 15330-1:2008 - *Nawierzchnie terenów sportowych Darni syntetyczna i mechanicznie igłowane nawierzchnie przeznaczone głównie do użytkowania w terenie niekrytym, Część 1: Specyfikacja darni syntetycznej*, stanowią nieodłączny element procesu produkcji, nie zaś zamierzone działanie producenta. Odwołujący podniósł, iż nie jest mu znane aby tego typu stanowisko - t.j. niemożność stosowania branżowych norm budowlanych, było prezentowane wobec jakiegokolwiek innego materiału budowlanego mającego zastosowanie w budownictwie.

Ponadto powyżej prezentowane informacje były Zamawiającemu znane. Do dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia załączone zostało opracowanie sporządzone przez dra inż. Aleksandra Korycińskiego zawierające ocenę zgodności oferowanych przez wykonawców nawierzchni z wymaganiami SIWZ. Jak należy przypuszczać, dokument ten był podstawą do dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert. Na stronie 7 opracowania ocenie poddano cechy produktu oferowanego przez wykonawcę wybranego - Uni Centra Handlowe. W przypadku tego wykonawcy, w odróżnieniu przykładowo od oferty Odwołującego, przyjęta metodologia badania uwzględniała możliwość potwierdzania zgodności oferowanego produktu z wymaganiami SIWZ w ramach uwzględnienia określonego marginesu tolerancji (zwrot „zgodność z tolerancją”). Co więcej, przyjęta w przypadku tej oferty „zgodność z tolerancją” wykracza nawet poza 10% margines tolerancji określony we wskazanej przez Zamawiającego metodologii FIFA Quality Concept for Football Turf (gęstość włókien w dostarczonej próbce - 142.800, gęstość włókien badanych laboratoryjnie 122.112). W tym jednak przypadku w ocenie biegłego nie zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty złożonej przez Uni Centra Handlowe.

Ponadto nawet wobec oczywistej niezgodności oferty Uni Centra Handlowe z wymogami SIWZ (brak załączonych badań laboratoryjnych dla oferowanej nawierzchni - do oferty załączono wyłącznie tłumaczenie na język polski, wątpliwości natury formalnej - elementami oferty były trzy dokumenty autoryzacji producenta), Zamawiający jedynie wobec oferty Uni Centra Handlowe - w przeciwieństwie do pozostałych pięciu wykonawców, nie powziął wątpliwości skutkujących skorzystaniem z dyspozycji art. 26 ust. 3-4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Tak oczywista i rażąca różnica w sposobie oceniania ofert nie wzbudziła

jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego, ani nie skłoniła Zamawiającego do wezwania biegłego do przedłożenia wyjaśnień. W ocenie Odwołującego doszło w tym przypadku do rażącego naruszenia zawartej w art. 7 Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia uczestników postępowania złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W piśmie z dnia 5 czerwca 2012 r. zawierającym informację o rozstrzygnięciu postępowania, zamawiający wskazał następujące powody odrzucenia ofert odwołujących:

„2. Oferta nr 2 złożona przez SALTEX EUROPA Sp.z.o.o, ul. Sudecka 106A, 53-129 Wrocław odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Próbka trawy nie zachowuje zgodności parametrów z załączoną kartą techniczną i raportem z badań laboratoryjnych, w szczególności:

- 1) Trawa jest produkowana w technologii tuftingu, zaś w karcie technicznej wykazano błędnie, że trawa jest produkowana w technologii tkackiej, a ponadto nie wykazano nigdzie równoważności wartości użytkowej,
- 2) W karcie technicznej wykazano granulaty gumowy SBR o frakcji 0,5 - 2,5, w raporcie z badań SBR o frakcji 0,5 - 2,5, próbka SBR o frakcji 0,5 - 2,5, przez to w przypadku zasypania trawy granulatem jak w próbce, parametry jakościowe nawierzchni gotowej mogą odbiegać od przedstawionych w Raporcie z badań laboratoryjnych. Gotowa nawierzchnia może nie spełnić norm opracowanych przez FIFA dla 1*,
- 3) System nawierzchni jest bez podkładu maty elastycznej,
- 4) Gęstość pęczków nie spełnia minimalnych wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5) Gęstość włókien nie spełnia wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. Oferta nr 3 złożona przez NM GROUP Sp. Z o.o., ul. Ks. J.Meiera 20A/41, 31-236 Kraków odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Próbka trawy nie zachowuje zgodności parametrów z załączoną kartą techniczną i/lub raportem z badań laboratoryjnych, w szczególności:

- 1) Trawa jest produkowana w technologii tuftingu, zaś w karcie technicznej wykazano błędnie, że trawa jest produkowana w technologii tkackiej, a ponadto nie wykazano nigdzie równoważności wartości użytkowej,
- 2) W Karcie Technicznej wykazano granulaty gumowy SBR o frakcji 0,5-2,5, w raporcie z badań SBR o frakcji 0,5-2,5, próbka SBR o frakcji 0,5-2,5, przez to w przypadku zasypania trawy granulatem jak w próbce, parametry jakościowe nawierzchni gotowej mogą odbiegać od przedstawionych w raporcie z badań laboratoryjnych. Gotowa nawierzchnia może nie spełnić norm opracowanych przez FIFA dla 1*.”

W obowiązującym pierwotnie brzmieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w rozdz. II „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3, zamawiający określił następujące minimalne wymagania dotyczące trawy syntetycznej boiska do piłki nożnej:

„3.1 Wysokość trawy: min. 50mm, nie więcej niż 60 mm,

3.2 Detex: 12.000,

3.3 Technologia: trawa tkana, lub równoważna, układana na podkładzie elastycznym, rodzaj oraz grubość zgodne z wynikami badań LabTest,

3.4 Gęstość (pęczków/m²): min. 10.000/m²

3.5 Gęstość (włókien/m²): 120.000/m²,

3.6 Rodzaj włókna: Polietylenowe (PE), monofilowe,

3.7 Grubość włókna: min. 240 μ,

3.8 Masa runa: min. 1500g/m²

3.9 Ciężar całkowity: min 2.300 g/m²

3.10 Wypełnienie: SBR – jego rodzaj oraz grubość zgodnie z wynikami badań LabTest,

3.11 Kolor nawierzchni: zielony (2 odcienie),

3.12 Linie: białe

3.13 Siła wyrywania pęczka włókien: minimum 60N,

3.14 Przesiłekalność wodą: minimum 4000 mm/h.”

Modyfikacją SIWZ z dnia 3 kwietnia 2012 r. zamawiający wykreślił z rozdz. II SIWZ ww. punkty nr 3.13 i 3.14. Pozostałe postanowienia pkt 3 pozostały niezmienione.

Modyfikacją SIWZ z dnia 4 kwietnia 2012 r. zamawiający nadał następujące brzmienie rozdz. V pt. „Oświadczenia i dokumenty jakie powinni dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków określonych w punkcie IV” [pkt IV SIWZ zawiera warunki udziału w postępowaniu – przypis Izby], pkt 6:

„W zakresie potwierdzenia, że oferowana trawa syntetyczna boiska do piłki nożnej odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego należy przedłożyć:

6.1 autoryzację producenta nawierzchni wystawioną na wykonawcę z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wbudowania, nazwa inwestycji),

6.2 kartę techniczną nawierzchni z trawy syntetycznej poświadczoną przez producenta z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wbudowania, nazwa inwestycji),

6.3 Atest PZH,

6.4 badania laboratoryjne nawierzchni potwierdzające spełnianie wymogów FIFA Quality Concept for Football Turf z określeniem wszystkich elementów systemu nawierzchni wykonane przez autoryzowane laboratorium (np.: Labosport, ISA Sport, Sportslabs),

6.5 próbkę oferowanej nawierzchni o wymiarach 25x15cm z metryką producenta,

6.6 próbkę oferowanego wypełnienia z granulatu gumowego (min.100gr) z określeniem nazwy i rodzaju.

6.7. ważny certyfikat FIFA 1 Star dla obiektu z oferowanym systemem nawierzchni (trawa, mata, granulata) lub pisemne oświadczenie Wykonawcy, iż zainstalowany

przez Wykonawcę w ramach inwestycji system nawierzchni (trawa, mata, granulat) przed dokonaniem ostatecznego odbioru uzyskać certyfikat na normę FIFA 1 Star.”

W rozdz. XI SIWZ, „OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY” wskazano:

[...]

3. Oferta winna być sporządzona wg wzoru FORMULARZA OFERTY (załącznik nr 1) i podpisana przez osobę (osoby) uprawnioną do występowania w imieniu Wykonawcy (dalej „Osoby Uprawnione”).
4. Oferta powinna być sporządzona w języku polskim, na maszynie do pisania, komputerze lub inną trwałą, czytelną techniką, z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Wszystkie kartki oferty powinny być trwale spięte. Wszystkie zapisane stronicie oferty powinny być ponumerowane oraz zaparafowane lub podpisane przez Osoby Uprawnione. Ewentualne poprawki w tekście Oferty muszą być naniesione w czytelny sposób i parafowane przez Osoby Uprawnione.
5. Na ofertę składają się następujące dokumenty:
 - 5.1 „Formularz Oferty” przygotowany zgodnie ze wzorem podanym w Załączniku nr 1 SIWZ.
 - 5.2 „Kosztorys Ofertowy” przygotowany w oparciu o załączoną dokumentację techniczną (załącznik nr 2 SIWZ).
 - 5.3 Oświadczenia wskazane w punkcie V SIWZ
 - 5.4 Dokumenty wskazane w punkcie V SIWZ.
 - 5.5 Pełnomocnictwo do podpisania oferty, oświadczeń i dokumentów składających się na ofertę, o ile upoważnienie to nie wynika z innych dokumentów dołączonych do oferty.
 - 5.6 W przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (np. konsorcjum, spółka cywilna), do oferty powinno zostać załączone pełnomocnictwo dla Osoby Uprawnionej do reprezentowania ich w postępowaniu albo do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy.

Dokumenty wskazane w punktach: 5.1, 5.2, 5.3 należy przedstawić w formie oryginału.

Dokumenty wskazane w punktach: 5.4 należy przedstawić w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

Dokumenty wskazane w punktach: 5.5 i 5.6 należy przedstawić w formie oryginału lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza.

Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę.

Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę.

[...]"

W formularzu ofertowym nie żądano wskazania jaka nawierzchnia jest oferowana (model/produkt, producent, rodzaj, parametry... etc.).

W ramach odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące SIWZ, w piśmie z dnia 4 kwietnia 2012 r. zawarto m.in. następującą korespondencję pomiędzy zamawiającym, a wykonawcami:

- Wniosek nr 4:

„2. Zamawiający nie zmienił parametrów sztucznej trawy tym samym uniemożliwiając udział w przetargu właściwie wszystkim firmom na rynku polskim. Zamawiający wymaga zainstalowania sztucznej trawy na podkładzie elastycznym. Pragniemy zauważyć, iż na macie instaluje się trawy o wysokości włókna od 40 do 50 mm. Natomiast, trawy o wysokości 50-60 mm montuje się bez podkładu. Warto zaznaczyć, iż zamontowanie trawy wyższej niż 50 mm na podkładzie może spowodować urazy u użytkowników, zachodzi wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia kontuzji. Poza tym, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty certyfikatu FIFA a takie nie są wydawane na system typu trawa powyżej 50 mm na macie elastycznej. W interesie Zamawiającego jest, aby wykonawcy zaproponowali produkt wysokiej jakości w przystępnej cenie. Prosimy zatem o wyjaśnienie, czy Zamawiający zmieni wysokość włókna trawy na min.40, maksimum 50 mm na podkładzie? Czy Zamawiający nie zmieni wysokości trawy ale zrezygnuje z podkładu elastycznego?”

Odpowiedź zamawiającego:

„Ad 2. Zamawiający nie dokona zmian dotyczących włókna trawy oraz rodzaju podkładu”.

- Wniosek nr 7:

„1. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający podaje parametry trawy syntetycznej wykonanej metodą tkania. Zapisy SWIZ nie pozwalają zaoferować produktu równoważnego, gdyż żaden inny produkt nie posiada takich parametrów - większość traw jest produkowana w technologii taftowania. Wartości takie można uzyskać jedynie w przypadku trawy tkanej. Technologię tą stosuje tylko jedna firma w europie, która udziela autoryzacji na ten przetarg jednej firmie instalacyjnej. Sytuacja ta powoduje, że jakakolwiek konkurencja jest niemożliwa.

Pragniemy zwrócić uwagę, że prawdziwa różnica pomiędzy trawą tkaną i taftowaną jest taka, że trawę taftowaną łatwiej się układa (włókna nie wypadają podczas cięcia trawy), a trawa tkana ma lepiej wyglądające próbki. Jest to spowodowane tym, że sposób produkcji trawy tkanej utrzymuje niezasypane włókna w pionie. Po zainstalowaniu nawierzchni nie jest to już istotne, gdyż włókna są utrzymywane w pionie dzięki wypełnieniu trawy. Jesteśmy w stanie zrozumieć, że ktoś widząc próbkę woli trawę tkaną od taftowanej, ale zgodnie z ustawą o zamówieniach publicznych zamawiający nie może zażądać konkretnego produktu lub określić parametrów tak szczegółowo, że pasuje do nich tylko jeden produkt. W związku z powyższym prosimy o zmianę następujących zapisów:

- Trawa tkana na: tkana lub taftowana
- Wysokość trawy 50-60 na: wysokość włókna 50-60- sztuczna trawa posiada podkład o grubości 2mm, więc standardowa wysokość całkowita trawy piłkarskiej to 62mm, Jednocześnie ograniczenie maksymalnej długości trawy nie ma żadnego uzasadnienia.
- Dtex: 12.000 na 12.000 +/- 10%
- Gęstość pęczków/m² min. 10.000 na: 10.000 +/- 10%
- Grubość włókna 240 u na : min. 150 μ - wartość tego parametru na poziomie 240 stosuje się na boiskach do futbolu amerykańskiego. Na boiskach piłkarskich wymaganie takiej wartości nie ma żadnego uzasadnienia.

- Siła wyrwania pęczków 60N na: 40N - jest to wartość maksymalna dla traw taftowanych, jednocześnie przewyższa ona kilkakrotnie realne obciążenie występujące na boisku. Jeśli występuje wypadanie włókien trawy to jest to spowodowane błędem produkcyjnym.

Odpowiedź zamawiającego:

„Ad 1. Zamawiający nie określił parametrów trawy syntetycznej wskazując konkretny produkt jednego producenta. Zamawiający dokonał modyfikacji parametrów trawy syntetycznej w dniu 03.04.2012 r.”

Do oferty NMGROUP Sp. z o.o. załączono kartę techniczną HATKO Sports Technologies (tłumaczenie -str. 28 oferty) dotyczącą nawierzchni HST EXCELLENCE S FIFA 1/ 2 STAR.

Według informacji w karcie zawartych w nawierzchni stosowane jest wypełnienie gumowe SBR – frakcja granulatu 0,5/2 mm.

Ponadto do oferty załączono „Sprawozdanie z badań” (tłumaczenie – str. 42 oferty) z laboratorium ISA Sport gdzie w Opisie produktu, na str. 2 sprawozdania, w pkt 1 „Opis produktu”, wskazano SBR o rozmiarach 0.5-2.0.

Jak wynika z ustaleń poczynionych przez Izbę na rozprawie, które są między stronami bezsporne: do oferty NMGROUP Sp. z o.o. załączono próbkę SBR o rozmiarach 1.0 - 2.5 mm.

Pismem z dnia 30 maja 2012 r. skierowanym do NMGROUP Sp. z o.o., zamawiający wskazał, iż załączone do oferty próbki oferowanej nawierzchni oraz wypełnienia nie potwierdzają wymagań określonych w ramach opisu przedmiotu zamówienia (rozdz. II pkt 3.3 i 3.10). Zamawiający podał, iż w wyniku badań ww. próbek przeprowadzonych przez niezależnego biegłego, działającego na zlecenie zamawiającego stwierdzono, iż:

- 1) Trawa jest produkowana w technologii tuftingu, zaś w karcie technicznej wykazano błędnie, że trawa jest produkowana w technologii tkackiej, a ponadto nie wykazano nigdzie równoważności wartości użytkowej,
- 2) W Karcie Technicznej wykazano granulāt gumowy SBR o frakcji 0,5-2,5, w raporcie z badań SBR o frakcji 0,5-2,5 , próbka SBR o frakcji 0,5-2,5, przez to

w przypadku zasypania trawy granulatem jak w próbce, parametry jakościowe nawierzchni gotowej mogą odbiegać od przedstawionych w raporcie z badań laboratoryjnych. Gotowa nawierzchnia może nie spełnić norm opracowanych przez FIFA dla 1*.”

W związku z czym zamawiający wezwał NMGROUP Sp. z o.o. do uzupełnienia ww. dokumentów (próbki oferowanej nawierzchni oraz oferowanego wypełnienia z granulatu gumowego).

Pismem z dnia 1 czerwca 2012 r. NMGROUP Sp. z o.o. przekazała próbkę oferowanej trawy wraz z Kartą Techniczną (ta sama trawa, co wskazana w ofercie) i wyjaśniła, że jest to trawa wykonana w technologii tuftingu, zapewniającą te same parametry techniczne opisane przez zamawiającego i spełnia wszystkie wymagania jakościowe określone w SIWZ, a wobec braku opisu kryteriów równoważności przez zamawiającego, trawę taką należy uznać za równoważną opisanej przez zamawiającego. Ponadto wykonawca uzupełnił próbkę granulatu SBR o rozmiarach 0,5-2,5 mm.

Do oferty Konsorcjum Saltex nie załączono próbek i dokumentów wskazanych w rozdz. V pkt 6 SIWZ.

W związku z powyższym, pismem z dnia 24 kwietnia 2012 r. zamawiający zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do ww. wykonawcę o (uzupełnienie dokumentów):

autoryzację producenta nawierzchni wystawioną na wykonawcę z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wbudowania, nazwa inwestycji),

1. kartę techniczną nawierzchni z trawy syntetycznej poświadczoną przez producenta z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wbudowania, nazwa inwestycji),
2. Atest PZH,
3. badania laboratoryjne nawierzchni potwierdzające spełnianie wymogów FIFA Quality Concept for Football Turf z określeniem wszystkich elementów systemu nawierzchni wykonane przez autoryzowane laboratorium (np.: Labosport, ISA Sport, Sportslabs),

4. próbkę oferowanej nawierzchni o wymiarach 25x15cm z metryką producenta,
5. próbkę oferowanego wypełnienia z granulatu gumowego (min.100gr) z określeniem nazwy i rodzaju.
6. ważny certyfikat FIFA 1 Star dla obiektu z oferowanym systemem nawierzchni (trawa, mata, granulata) lub pisemne oświadczenie Wykonawcy, iż zainstalowany przez Wykonawcę w ramach inwestycji system nawierzchni (trawa, mata, granulata) przed dokonaniem ostatecznego odbioru uzyska certyfikat na normę FIFA 1 Star.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, przy piśmie z dnia 25 kwietnia 2012 r. Konsorcjum Saltex przedstawiło:

- Kartę techniczną nawierzchni DROP 6010. Wskazany w karcie granulata SBR o rozm. 0,5-2,5 mm. Metoda produkcji: tkane. Pęczki/m² – 10 080. Ilość włókien/m² – 120 960.
- Próbkę oferowanej nawierzchni DRO P6010.
- Próbkę granulatu SBR o rozm. 0,5-2,5 mm.
- Raport z badania laboratoryjnego ww. produktu, wystawiony przez Sports Lab Ltd., gdzie na stronie drugiej raportu (pkt 2.1) zaznaczono, iż badany produkt wypełniony został SBR o wymiarach 0,5 – 2,0 mm. Kępki na jednostkę powierzchni – 9 765/m² (str. 5 raportu).

Konsorcjum Saltex zaoferowało system nawierzchni bez odrębnego podkładu z maty elastycznej, na którym układana jest trawa (tzw. shockpad), natomiast włókna nawierzchni mocowane są na podkładzie elastycznym (okoliczność przyznana przez wykonawcę na rozprawie).

Ponadto uwzględniono jako dowód w sprawie, znajdującą się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, opinię biegłego powołanego przez zamawiającego, dr. inż. Aleksandra Korcińskiego, w zakresie odnoszącym się do oferty Konsorcjum Saltex, w której ustalono i wskazano (w tabeli) m.in:

- Gęstość pęczków (szt/m²): wymagana w SIWZ – min. 10 000/m²; wskazana w Karcie Technicznej – 10 080; podana w Raprocie z Badań Niezależnego

Laboratorium – 9 765; występująca w próbce – 9 500 (ustalona na podstawie bliżej nieokreślonych badań próbki przedstawionej przez wykonawcę dokonanych przez biegłego).

- Gęstość włókien (szt/m²): wymagana w SIWZ – 120 000/m²; wskazana w Karcie Technicznej – 120 960; podana w Raprocie z Badań Niezależnego Laboratorium – 117 180 (zamawiający nie był w stanie wskazać na rozprawie, w którym miejscu raportu Sports Lab załączonego do pisma Saltex z dnia 24 kwietnia 2012 podano tego typu parametr); występująca w próbce – 114 000 (ustalona na podstawie bliżej nieokreślonych badań próbki przedstawionej przez wykonawcę dokonanych przez biegłego).

Nie uwzględniono pozostałych dowodów i wniosków dowodowych zgłaszanych przez uczestników postępowania, jako zbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy, i jako takich zmierzających jedynie do przewlekłości postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej określonym w art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Według art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SIWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań w tym dokumencie zawartych.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to SIWZ należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie specyfikacji jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania

wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny, a przynajmniej ich znaczenie winno być możliwe do ustalenia na drodze dopuszczalnych zabiegów interpretacyjnych, a nie dające się usunąć w ten sposób wątpliwości, należy rozstrzygać na korzyść wykonawców.

Uwzględniając powyższe (w tym postulat ochrony interesów wykonawców), w ramach rozpatrywania przedmiotowych odwołań, należy przede wszystkim ustalić znaczenie odnośnych postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Uprzednio jednak należy powołać formalne ramy prawne i podstawy wyrokowania w danej sprawie. Otóż zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

Ponadto zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Według ust. 2 tego przepisu, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Tym samym, z uwagi na fakt, iż wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa niż tzw. progi unijne (określone w przepisach wykonawczych do art. 11 ust. 8), na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy poza zakresem orzekania w niniejszych sprawach pozostawiono wszelkie zarzuty odwołań dotyczące czynności i okoliczności innych niż mieszczące się w katalogu określonym w ww. przepisie. Rozpatrzono i

rozstrzygnięto więc jedynie podniesione przez odwołujących zarzuty kwestionujące podstawy odrzucenia ich ofert.

Dodatkowo należy tu wskazać, iż zakres orzekania w danej sprawie pośrednio wyznaczany jest również przez dyspozycję art. 92 ust. 1 Pzp, według której niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;

4) [...]

Podanie wyczerpującego uzasadnienia dla odrzucenia oferty wykonawcy, zarówno faktycznego, jak i prawnego, jest więc ustawowym obowiązkiem zamawiającego, dodatkowo warunkującym kształt środków ochrony prawnej, z których względem tak przeprowadzonej czynności zamawiającego wykonawcy mogą skorzystać. Zamawiający winien więc podać w informacji o odrzuceniu oferty, wszystkie podstawy, a zwłaszcza wszystkie okoliczności faktyczne, w związku z którymi odrzucenie oferty nastąpiło. Z oczywistych względów wykonawca może swoim odwołaniem objąć i zakwestionować tylko wskazane przez zamawiającego powody odrzucenia jego oferty. Wykonawcy nie mogą i nie powinni domyślać się innych podstaw faktycznych czynności zamawiającego, niż zostały im w pisemnej informacji o wyborze zakomunikowane. W szczególności dowiadywać się powyższego dopiero na rozprawie przed Izłą. Tym samym, nawet przy formalnym braku możliwości rozpatrzenia naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy (ze względu na dyspozycję art. 180 ust. 2) ewentualne podstawy faktyczne odrzucenia ofert odwołujących, których zamawiającemu nie udało się wyrazić i podać w informacji z dnia 5 czerwca 2012 r., a które zamawiający podnosił dopiero na rozprawie, nie zostały rozpatrzone przez

Izbę. W tym zakresie uznano, iż z tego typu powodów ofert odwołujących po prostu nie odrzucono. Bez znaczenia natomiast pozostaje okoliczność, iż odwołujący powyższego się domyślali (np. na podstawie znanej im opinii biegłego) i z tego typu okolicznościami podjęli polemikę w swoich odwołaniach.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. A contrario Izba oddala odwołanie nawet gdy stwierdzi zasadność podnoszonych zarzutów, a stwierdzone naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania. Np. odwołanie zostanie oddalone w przypadku, gdy zasadna okaże się tylko część zarzutów dotyczących wskazanych przez zamawiającego podstaw odrzucenia oferty odwołującego.

sygn. akt KIO 1226/12

Jako podstawę odrzucenia oferty NMGROUP Sp. z o.o. zamawiający podniósł ogólnie jej niezgodność z treścią SIWZ, a w szczególności ową niezgodność opisał w ten sposób, że wskazał, iż próbka trawy nie zachowuje zgodności parametrów z załączoną kartą techniczną i/lub raportem z badań laboratoryjnych, a następnie przykładowo wskazał tego typu sprzeczności (w pkt 1 i 2).

Ze względu na swoisty, przyjęty przez zamawiającego sposób wyspecyfikowania i opisanie niezgodności pomiędzy ofertą a wymaganiami SIWZ, interpretacja i rekonstrukcja podanych w informacji faktycznych podstaw odrzucenia oferty odwołującego nastręcza szereg trudności. Nie jest jasne czy zarzucana niezgodność z treścią SIWZ (jakimiś bliżej nieokreślonymi jej wymaganiami, co do zgodności pomiędzy załączonymi do oferty próbkami i dokumentami) polega na samej niezgodności pomiędzy próbką trawy a załączoną kartą techniczną i/lub raportem z badań laboratoryjnych, czy wskazane dalej (w punktach) parametry i cechy oferowanego produktu są same w sobie niezgodne z wymaganiami SIWZ, co do zamawianego przedmiotu zamówienia.

Dla nadania sensownej treści informacji zamawiającego, należało odejść od jej literalnej, *stricte* formalnej wykładni (co zdawał się postulować i odwołujący, domagając się orzeczenia o zgodności jego oferty z SIWZ we wskazywanym zakresie) i przyjąć, że zamawiający w poszczególnych punktach wskazał na niezgodności oferowanego produktu z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, a nie tylko na wskazaniu przez zamawiającego (przeważnie błędnie) niezgodności zachodzących pomiędzy załącznikami do oferty. Jednakże tylko w zakresie w jakim z cytowanych wyżej, lakonicznych „napomknięć” zamawiającego o wadach produktu powyższe da się wyprowadzić. Ponadto powyższe umożliwiło przynajmniej częściową, merytoryczną ocenę oferty odwołującego i czynności zamawiającego z nią związanej, bez konieczności formalnego cofania procedury przetargowej do etapu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w celu umożliwienia zamawiającemu pełniejszego i jaśniejszego wyrażenia powodów odrzucenia oferty. Za tego typu wykładnią przemawia również porównanie przedmiotowej informacji z informacjami o odrzuceniu ofert innych wykonawców, np. oferty Konsorcjum Saltex, gdzie zamawiający stosując tę samą kalkę językową odnośnie sprzeczności wewnętrznych elementów oferty, w ich przykładowym wymienieniu wskazywał już wyraźnie na elementy niezgodności oferty z SIWZ (np. co do braku podkładu, gęstości włókien... *etc.*)

I tak odnośnie okoliczności opisanych w punkcie 3 ppkt 1) informacji o odrzuceniu oferty NMGROUP Sp. z o.o. Izba przyjęła, iż zamawiający wskazał następujące niezgodności oferty z SIWZ: w ofercie odwołującego zaoferowano trawę wykonaną w technologii tuftingu oraz nie wykazano, iż oferowana trawa jest równoważna (w domyśle – równoważna trawie opisanej i wymaganej w SIWZ; co prawda nie wiadomo o jaki „użytkowy” wymiar tej równoważności zamawiającemu chodziło), a także, iż w karcie technicznej wskazano trawę wykonaną w technologii tkackiej. Ponadto zaznaczyć należy, iż z tak rozumianymi zarzutami zamawiającego podjęto polemikę w odwołaniu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do twierdzenia zamawiającego, że w karcie technicznej przedstawionej przez wykonawcę wskazano trawę wykonaną w technologii tkackiej, stwierdzić należy, iż jest ono niezgodne z ustalonym przez Izbę stanem faktycznym. W karcie HATKO Sports Technologies dotyczącej nawierzchni HST EXCELLENCE S FIFA 1/ 2 STAR, załączonej do oferty odwołującego,

jakakolwiek informacja o tym, iż jest to nawierzchnia wykonana w technologii tkackiej, się nie znalazła. Odwołujący konsekwentnie przyznawał i deklarował, iż oferowana przezeń nawierzchnia jest oparta o trawę wykonaną w technologii tuftingu. Tym samym powyższe wskazanie zamawiającego nie mogło zostać uznane przez Izbę za prawidłową faktyczną podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Przechodząc do rozpatrywania kwestii zgodności oferowanej nawierzchni wykonanej w technologii tuftingu z wymaganiami zamawiającego i wykazania równoważności takiej nawierzchni do tych wymagań, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający w rozdz. II pkt 3.3 SIWZ wskazał, iż wymaga trawy wykonanej w technologii tkanej lub równoważnej. W pozostałych punktach tego rozdziału opisał wymagane, konkretne parametry (jakościowe, ilościowe, użytkowe etc.), jakie winna spełniać zamawiana przezeń nawierzchnia.

Z literalnego brzmienia i systemowej konstrukcji opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż dopuszczona przez zamawiającego „równoważność” odnosi się li tylko do wskazanej technologii wykonania nawierzchni, a nie pozostałych parametrów, opisanych w innych jednostkach redakcyjnych SIWZ. Tym samym za nietrafną należy uznać argumentację odwołującego sprowadzającą równoważność oferowanego produktu do jego cech użytkowych czy spełniania wszystkich innych wymagań SIWZ. Zamawiający wymagał równoważności technologii wykonania trawy, a nie równoważności produktów pozyskanych przez zastosowanie danej technologii.

Sama charakterystyka technologii tkania wskazanej przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia oraz technologii tuftingu zastosowanej w ofercie odwołującego, wraz z porównaniem różnic pomiędzy tymi technologiami, nie jest pomiędzy uczestnikami postępowania odwoławczego sporna. Jak wynika z wyjaśnień uczestników postępowania wykonanie trawy metodą tkaną polega na przeplataniu włókien trawy jednocześnie z tworzeniem podłoża, na krosnach. Natomiast trawę tuftowaną (w niektórych spolszczeniach: „taftowaną”) uzyskuje się przez wklejenie pęczków trawy w gotowe podłoże elastyczne. Tym samym są to niewątpliwie dwa inne technologicznie procesy wykonywania sztucznej trawy, różniące się co do zakresu wykonywanych czynności i sposobu ich prowadzenia, stosowanych maszyn, ilości i rodzaju materiałów eksploatacyjnych... etc.. Wobec

powyższych, zasadniczych różnic przebiegu procesów technologicznych tkania i luftowania, trudno uznać, iż są to technologie równoważne, w znaczeniu równoważności sposobu ich stosowania i przebiegu. A jak już wskazywano równoważność technologii może się w tym przypadku odnosić do samej technologii, a nie parametrowej równoważności samych wytworów tych technologii, opisanych w innych miejscach SIWZ. Przy czym podkreślić należy, iż zamawiającemu z jakichś względów, zależało właśnie na równoważności technologii wykonania produktów, a nie samych produktów. Nie jest również jasne dla Izby w jakim celu zamawiający wprowadzał w tym przypadku jakiegokolwiek odesłanie do bliżej nieokreślonej równoważności, skoro jak sam twierdził, wystarczająca konkurencja na rynku producentów nawierzchni tkanych występuje, a żądanie nawierzchni wykonanej w ten sposób było uzasadnione.

Wobec braku dokładnych kryteriów równoważności, poza wskazanymi wyżej ogólnymi wytycznymi i założeniami, co do równoważności technologii, Izba nie podejmuje się zdefiniowania, jaka technologia wykonana sztucznej trawy byłaby równoważna technologii tkania, wymaganej przez zamawiającego. Jak wynika z wyjaśnień zamawiającego składanych na rozprawie, równoważne tkaniu, w jego rozumieniu, byłoby inne tkanie. Jednakże wady opisu przedmiotu zamówienia dokonane przez zamawiającego, nie są w tym postępowaniu objęte zakresem orzekania Izby, a ponadto w oparciu o tak dokonany opis wymagań zamawiającego, możliwe było stwierdzenie, iż technologia tuftingu nie jest równoważna wymaganej w SIWZ technologii tkanej. I tylko w tym aspekcie Izba stwierdziła, iż trawa wykonana w technologii tuftowania nie jest zgodna z wymaganiami SIWZ.

Ponadto przesądzając o stwierdzeniu, iż zamawiający w SIWZ trawy tuftowanej nie opisał i nie dopuścił, była analiza odpowiedzi zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2012 r. dotyczącej treści SIWZ, gdzie we wniosku nr 7 wyraźnie postulowano dopuszczenie trawy tkanej i tuftowanej, czemu zamawiający odmówił, wskazując przy tym tylko, iż sporządzony przezeń ostatecznie opis przedmiotu zamówienia wcale nie preferuje jednego producenta obecnego na rynku.

Podsumowując powyższe, Izba stwierdziła niezgodność zaoferowania trawy wykonanej w technologii tuftingu z wymaganiami SIWZ i tym samym uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, za niepotwierdzony. Odrzucenie oferty odwołującego było w tym

zakresie zasadne, a powyższe przesądza o konieczności oddalenia przedmiotowego odwołania.

Na marginesie Izba wskazuje, iż dyspozycja art. 29 ust. 3 Pzp, według której przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny"; a także norma art. 30 ust. 4, według której opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym – i względem których w orzecznictwie słusznie wyprowadza się obowiązek określenia kryteriów dopuszczanej równoważności – nie odnoszą się do rozpatrywanego przypadku. Zamawiający opisał tu przedmiot zamówienia m.in. przez wskazanie wymaganej technologii, która nie jest znakiem towarowym, normą ani specyfikacją techniczną... *etc.*, względem których dopuszczenie rozwiązań równoważnych byłoby konieczne. Natomiast ocena czy powyższe nadmiernie preferowało określonych wykonawców obecnych na rynku i w ten sposób naruszało dyspozycję art. 29 ust. 2 ustawy, albo czy sposób opisu wymaganej technologii i dopuszczenie jej równoważności były na tyle niejasne, aby stanowić naruszenie art. 29 ust. 1, pozostawała w tym postępowaniu poza zakresem oceny Izby, zarówno ze względu na dyspozycję art. 180 ust. 2, jak i upływ terminów określonych w art. 182 ust. 2 Pzp, przewidzianych na kwestionowania postanowień SIWZ w jakimkolwiek zakresie.

Izba obowiązana więc była zinterpretować i zastosować zastane postanowienia SIWZ do ofert, które jako złożone w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinny być z tymi postanowieniami zgodne. Natomiast dla uzyskania oceny samej zgodności powołanych postanowień SIWZ ze wskazanymi przepisami prawa, wykonawcy winni zwrócić się do stosownych instytucji kontrolnych.

Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania dotyczące podstaw odrzucenia oferty odwołującego opisane w punkcie 3 ppkt 2) ww. informacji (zasadne względem takich podstaw odrzucenia oferty, jak zostały w informacji podane, a nie w takim kształcie jaki usiłował nadać im zamawiający na rozprawie – czego Izba, z powodów opisanych wyżej, nie rozpatrywała).

Otóż według danych ustalonych i wskazanych przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty, frakcje granulatu były ze sobą jak najbardziej zgodne, a zamawiający nie wykazał w jaki sposób zasypanie trawy wskazanym przez niego granulem (a więc zgodnym z granulem przebadanym) miałyby spowodować, iż parametry jakościowe nawierzchni gotowej mogą odbiegać od przedstawionych w Raporcie z badań laboratoryjnych, a gotowa nawierzchnia może nie spełnić norm opracowanych przez FIFA dla 1*.

Przy czym zaznaczyć należy, iż opinia biegłego, która ustalała inne dane na temat rozmiarów próbki granulatu, a błąd w tym zakresie popełniała dopiero we wnioskach, nie była częścią informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Natomiast na podstawie samej treści pisma zamawiającego nie sposób było wywieść, że zamawiający się pomylił i że w rzeczywistości chodziło mu o inne rozmiary granulatu niż te które podał. Tym bardziej, iż zamawiający w swoim piśmie nie wskazał, o którą próbkę SBR mu chodziło (załączoną do oferty, czy uzupełnianą) oraz że traktuje uzupełnienie próbki, do którego sam wezwał, jako niedopuszczalną zmianę przedmiotu oferty. W związku z powyższym powołane okoliczności nie zostały rozpatrzone przez Izbę jako podstawa dokonanego odrzucenia oferty odwołującego.

Na marginesie powyższego Izba wskazuje, iż zamawiający w prowadzonych przez siebie w przyszłości postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, powinien jeszcze raz przemyśleć kształt postanowień SIWZ dotyczących wymaganej konstrukcji składanych ofert i podawanych w nich danych. Innymi słowy: w jaki sposób i z jakiego miejsca oferty zamawiający chce się dowiadywać jaki konkretnie produkt jest mu oferowany. Powyższe pozwala uniknąć wątpliwości typu: czy przedmiotem oferty jest np. produkt wskazany i opisany parametrowo w Karcie technicznej, czy może np. zaoferowano produkt, którego próbkę do oferty załączono. W konsekwencji łatwiejsze będzie stwierdzenie, które z przedstawionych dokumentów są jedynie tzw. dokumentami przedmiotowymi, potwierdzającymi spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego i jako takie mogą być w pełnym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełniane (również przez ich wymianę na zupełnie inne czy pełną zmianę danych w nich zawartych), a które określają przedmiot zobowiązania ofertowego i w związku z tym dane to zobowiązanie opisujące, na mocy art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy, nie mogą być

zmieniane. Np. w przedmiotowym postępowaniu, z oferty Konsorcjum Saltex zamawiający w ogóle nie dowiedział się jaka nawierzchnia jest mu oferowana. Jak można się domyślać, informacje tego typu wywiódł dopiero z uzupełnienia, którego zażądał.

Dokonana przez biegłego ocena parametru Detex nie została wskazana przez zamawiającego jako powód i podstawa faktyczna odrzucenia oferty odwołującego, w związku z powyższym nie była przedmiotem orzekania Izby.

sygn. akt KIO 1235/12

Zarzut dotyczący podstaw odrzucenia oferty Konsorcjum Saltex wskazanych w pkt 2 ppkt 1) pisma zamawiającego z dnia 5 czerwca 2012, został oddalony z uzasadnieniem tożsamym, jak w przypadku analogicznego zarzutu NMGROUP Sp. z o.o.. Z tą różnicą, iż w tym przypadku w karcie technicznej produktu DROP 6010 rzeczywiście wskazano, iż nawierzchnia ta jest wykonywana metodą tkania, a informacja tego typu nie odpowiada rzeczywistości. Oferowana nawierzchnia (wskazana w karcie technicznej, jak i zobrazowana próbką) nie jest nawierzchnią tkaną, ale tuftowaną, tzn. wykonaną metodą tuftingu, co przyznaje sam odwołujący. Natomiast jego rozważania w przedmiocie jakoby tufting był postacią tkania, są w istocie zabiegami, jak sam to określa, „czysto semantycznymi” i nie zasługują na podzielenie. Charakterystyka i różnice pomiędzy technologią tkania a tuftingu przy wykonywaniu nawierzchni zostały ustalone i wskazane przez Izbę w odniesieniu do sprawy KIO 1226/12.

Zarzut odwołania dotyczący pkt 2 ppkt 2) informacji z dnia 5 czerwca 2012 r. został uznany przez Izbę za zasadny – z uzasadnieniem analogicznym jak w przypadku oceny takiej samej podstawy odrzucenia oferty NMGROUP Sp. z o.o.

Natomiast za zasadną Izba uznała podstawę odrzucenia oferty odwołującego wskazaną w pkt 2 ppkt 3) ww. pisma.

Wymagania SIWZ w tym zakresie, określone w rozdz. II pkt 3.3, ustanawiały wyraźny wymóg, aby oferowana trawa była układana na podkładzie elastycznym. Chodziło więc o oddzielną od samej trawy matę, na której układana będzie trawa, wchodzącą

w skład całego systemu nawierzchni, a nie podkład elastyczny w rozumieniu podstawy (podłoża), do której pęczki trawy tuftowanej są przytwierdzone. Żadnych wątpliwości, co do znaczenia wymagań zamawiającego odnośnie układania trawy na oddzielnym podkładzie nie pozostawia odpowiedź zamawiającego z dnia 4 kwietnia br. na wniosek nr 4, z której to korespondencji wynika, iż wykonawcy mieli pełną świadomość i jasność co do wymagań zamawiającego w przedmiocie montażu nawierzchni na oddzielnych matach, a zamawiający odmówił dokonania zmian SIWZ dotyczących rodzaju wymaganego podkładu.

Odwołujący przyznał na rozprawie, iż oferowany przezeń system nawierzchni, oddzielnych mat stanowiących podkład pod trawę, nie zawiera, a wymagany przez zamawiającego elastyczny podkład, utożsamia ze spodnią, integralną częścią oferowanej przez niego trawy. Powyższe przesądza o niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ i konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz jako takie stanowiło podstawę oddalenia odwołania.

Odnośnie powodów odrzucenia oferty opisanych w pkt 2 ppkt 4) i 5) pisma zamawiającego z dnia 5 czerwca 2012 r., Izba stwierdza, iż w przeciwieństwie do wskazań, iż zaoferowano trawę tuftowaną lub że nie zaoferowano maty elastycznej, twierdzenia tam zawarte, w kontekście zastanego kształtu oferty, nie są wcale zrozumiałe same przez się. Jak wynika z ustaleń Izby wykonawca w przedłożonej zamawiającemu karcie technicznej produktu podał dane przenoszące minimalne wymagania zamawiającego, co do gęstości włókien i pęczków. Natomiast zamawiający nie wskazał w informacji o odrzuceniu oferty, iż niezgodność oferty z wymaganiami zamawiającego, co do tych parametrów, miałyby polegać na przebadaniu nawierzchni o niższej gęstości włókien i pęczków (wskazaniu innej gęstości w raporcie z badań niezależnego laboratorium). Ponadto, nawet w przypadku przyjęcia, iż zamawiający formułując swoje twierdzenia o niezgodności parametrowej przedmiotu oferty z SIWZ, przyjmował, iż o treści oferty w tym zakresie przesądza próbka trawy przedstawiona przez odwołującego, która według zamawiającego miałyby posiadać parametry niższe niż wymagane w SIWZ, to swoich twierdzeń w tym zakresie nie tylko w treści informacji o odrzuceniu nie wyartykułował, ale przede wszystkim ich faktycznej podstawy przed Izbą nie udowodnił. W szczególności dowodem takim nie jest opinia biegłego powołanego

przez zamawiającego, znajdująca się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Nie jest wykluczone, iż w związku ze stosunkiem zaufania, jaki niewątpliwie zachodził pomiędzy zamawiającym, a powołanym przez niego biegłym, zamawiający mógł uznać, iż przedłożona mu w tym kształcie opinia jest wiarygodna, a dane w niej ustalone odpowiadają rzeczywistości (abstrahując nawet od rozlicznych błędów pisarskich, zwłaszcza dotyczących liczb, w treści opinii zawartych). Jednakże Izba na podstawie oceny treści rzeczony opinii, nie znajduje podstaw aby przyjąć podawane tam dane, co do ustalonych w wyniku badań parametrów próbek trawy, za pewne – Izba nie posiada podstawowych informacji pozwalających na ocenę wiarygodności powyższego. Wskazana opinia jest raczej skrótem pełnej opinii, zawierającym rezultaty i wnioski z przeprowadzonych badań. Natomiast w szczególności nie opisano w jej treści przedmiotu badań (co dokładnie przebadano) oraz za pomocą jakiej metodologii (w jaki sposób przeprowadzono badania i osiągnięto podawane rezultaty).

W związku z powyższym zarzuty odwołania dotyczące tak sformułowanej podstawy faktycznej odrzucenia oferty, uznano za zasadne.

Na marginesie powyższego Izby wskazuje, iż kwestia znaczenia dopuszczalnych przez FIFA tolerancji parametrów nawierzchni w zestawieniu z wymaganiami zamawiającego, co do minimalnych parametrów nawierzchni, którą spodziewa się w ofertach uzyskać, była przedmiotem oceny Izby w wyroku dnia 15 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1871/11, zapadłego w sprawie, w której stroną był obecny odwołujący.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238).

.....