

**WYROK**

**z dnia 30 września 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2013 r. przez **SALTEX EUROPA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Żary o statusie miejskim w Żarach**

przy udziale wykonawcy **Exalo Driling Spółka Akcyjna w Pile**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **SALTEX EUROPA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SALTEX EUROPA Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Żary o statusie miejskim w Żarach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie zadania pod nazwą „Budowa boiska ze sztucznej trawy wraz z budynkiem zaplecza oraz infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Lubelskiej w Żarach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907).

W dniu 9 września 2013 roku wykonawca Saltex Europa Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w stosunku do oferty złożonej przez odwołującego i bezpodstawne wykluczenie go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia jego oferty oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o oddalenie odwołania i przyznanie na jego rzecz kosztów postępowania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w ust. 5a pkt 2 ppkt 3 Instrukcji dla wykonawców wymagał, aby wykonawcy przedłożyli dokument lub dokumenty w postaci certyfikatu, deklaracji zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, aprobaty technicznej ITB, rekomendacji technicznej ITB, wyników badań specjalistycznego laboratorium (np. Labosport lub ISA – Sport lub Sports Lab Ltd) albo inny równoważny dokument, który potwierdzałby parametry oferowanej nawierzchni. Wykonawcy obowiązani byli zatem przedłożyć zestaw dokumentów potwierdzających posiadanie przez oferowaną nawierzchnię następujących parametrów: wysokości trawy min. 60 mm, typ włókna: monofilowy, skład chemiczny włókna: polietylen 100%, ciężar włókna: min. 12.000 dtex, gęstość trawy: min. 110.000 włókien/m<sup>2</sup>, grubość włókna (żdzbła) min. 250 mikronów, włókna trawy (żdzbła) wzmocnione rdzeniem na całej

długości. Ponadto zamawiający w SIWZ w ust. 5a pkt 2 ppkt 4 Instrukcji dla wykonawców wymagał, aby oferent przedłożył atest PZH lub inny równoważny dokument dla oferowanej nawierzchni i jej wypełnienia.

Odwołujący wraz z ofertą złożył raport z badania laboratoryjnego Sport Labs produktu DROP 6010 oraz deklarację zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008. Dokumenty te potwierdzały parametry w zakresie wysokości trawy, składu chemicznego włókna, ciężaru włókna oraz gęstości włókna. Nie potwierdzały natomiast parametrów w zakresie grubości trawy, monofilowego typu włókna i wzmocnienia włókna na całej ich długości. Odwołujący ponadto załączył do oferty atesty PZH, które nie potwierdzały, że oferowany rodzaj wypełniacza nawierzchni w postaci piasku kwarcowego i granulatu SBR, jest przeznaczony do wypełniania nawierzchni sztucznej trawy.

Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w ust. 5a pkt 2 ppkt 3 Instrukcji dla wykonawców, potwierdzających wymagane parametry oraz atestu PZH, potwierdzającego możliwość zastosowania oferowanego piasku i granulatu do wypełnienia nawierzchni.

Odwołujący w odpowiedzi złożył wyjaśnienie, że załączone do oferty dokumenty spełniają wymagania SIWZ i potwierdzają parametry nawierzchni oraz możliwość zastosowania wypełnienia. Oświadczył, że wynika to również z załączonej do oferty próbki nawierzchni. Przedłożył również ponownie te same atesty PZH, do których dołączył oświadczenia producentów wypełnienia sztucznej trawy, potwierdzające, że wypełnienia te są przeznaczone do wypełnienia nawierzchni sztucznej trawy.

Pismem z dnia 4 września 2013 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że odwołujący nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego dla nawierzchni ze sztucznej trawy. Złożone do ofert dokumenty: raport z badania laboratoryjnego Sports Labs produktu DROP 6010 oraz deklaracja zgodności dotyczące oferowanej trawy nie potwierdzają wszystkich wymaganych przez zamawiającego parametrów sztucznej trawy. Ponadto zamawiający wskazał, że załączone do oferty atesty PZH dotyczące wypełnienia sztucznej trawy (granulat SBR oraz piasek kwarcowy) nie wskazują, że produkty objęte tymi atestami mogą być przeznaczone jako wypełnienie sztucznej trawy.

W przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego Exalo Drilling SA z siedzibą w Pile. Odwołujący w pismach z dnia 31 lipca

2013 roku i 9 września 2013 roku poinformował zamawiającego, iż oferta ta winna zostać odrzucona, ponieważ nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający sporządził odpowiedź, w której wskazał, że oferta przystępującego spełnia wszystkie wymagania. Pismo zostało odwołującemu wysłane faksem w dniu 27 września 2013 r.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący nie jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej, albowiem nie ma interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniesionym odwołaniem zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty w przedmiotowym postępowaniu, jednakże, z uwagi na treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, nie mógł zakwestionować wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Zgodnie ze wskazanym przepisem, 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.

Zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on obowiązany z mocy ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. W myśl art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uznania zasadności przekazanej informacji zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Na czynności, o których mowa w ust. 2 nie przysługuje odwołanie.

W związku z faktem, iż zamawiający nie uznał zasadności informacji uzyskanych przez odwołującego w stosunku do oferty przystępującego i wobec braku możliwości zaskarżenia wyboru najkorzystniejszej oferty w drodze odwołania, stwierdzić należy, iż czynność jej

wyboru stała się czynnością niewzruszalną i skuteczną. Tym samym odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ nawet ewentualne uwzględnienie odwołania nie spowoduje, że odwołującemu zostanie udzielone przedmiotowe zamówienie. Oferta przystępującego nadal pozostawałaby ofertą korzystniejszą w stosunku do oferty odwołującego.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, iż zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał bowiem, za pomocą dokumentów wskazanych w ust. 5a pkt 2 ppkt 3 Instrukcji dla wykonawców, że jego oferta spełnia wymagania w zakresie grubości trawy, monofilowego typu włókna i wzmocnienia włókien rdzeniem na całej ich długości. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że z załączonych do oferty dokumentów i z próbki nawierzchni sztucznej trawy wynika spełnienie wszystkich wyspecyfikowanych parametrów minimalnych. W szczególności informacja taka wynika z karty technicznej oraz złożonych badań Sports Labs, jak również może być wyinterpretowana z pozostałych dokumentów załączonych do oferty i złożonej próbki nawierzchni.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wskazał, w którym dokładnie miejscu zawarte są wymagane informacje, jak również, z jakich dokumentów można je wyinterpretować. Dane takie nie znalazły się ani w treści odwołania, ani też odwołujący nie podniósł ich podczas rozprawy.

Wymagań określonych w SIWZ w zakresie granulatu SBR i piasku kwarcowego nie potwierdziły złożone przez odwołującego atesty PZH. Zgodnie ze wskazanymi wyżej postanowieniami SIWZ atesty miały potwierdzać zastosowanie wskazanych substancji do wypełnienia sztucznej trawy. Informacje takie zostały zawarte w oświadczeniach producentów, jednakże zamawiający nie dopuszczał możliwości złożenia takich dokumentów jako równoważnych względem atestów PZH.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**