

Sygn. akt: KIO/UZP 801/09

WYROK
z dnia 10 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk
Członkowie: Lubomira Matczuk - Mazuś
Izabela Niedziałek - Bujak
Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polcourt S.A., ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska w Sokółce, Urząd Miejski w Sokółce, Plac Kościuszki 1, 16-100 Sokółka**, protestu z dnia 1 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Tamex Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Polcourt S.A., ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Polcourt S.A., ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa;**
 - 2) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Polcourt S.A., ul. Gen. Zajęczka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę kompleksu boisk sportowo - rekreacyjnych przy Ośrodku Sportu i Rekreacji w Sokółce”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Polcourt S.A., z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 113672). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Gmina Miejska w Sokółce, zwana dalej „Zamawiającym”.

W postępowaniu tym Zamawiający, pismem z dnia 26 maja 2009 r., doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie, poinformował o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Tamex”) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z tego powodu, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że opisują w SIWZ (załącznik nr 1 i 2) przedmiot zamówienia określił, że nawierzchnia z trawy syntetycznej zastosowana na boisku do piłki nożnej powinna posiadać minimum 85% wszystkich włókien nawierzchni o strukturze monofilowej przy czym 100% włókien monofilowych o grubości 160 mikronów i w 100% z polietylenu. Wskazał również, że wymagał on dołączenia do oferty próbki trawy o wymiarach 25 x 15 cm dla umożliwienia weryfikacji nawierzchni oraz karty technicznej w oryginale na potwierdzenie spełniania wszystkich wymaganych minimalnych parametrów. Tymczasem Odwołujący – w ocenie Zamawiającego – przedłożył próbkę i kartę techniczną nawierzchni, które nie potwierdzają spełniania warunków co do opisu przedmiotu zamówienia oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zaoferowano bowiem włókna w 100% monofilowe i o składzie chemicznym trawy THIOLON® polyolefin w 100% (zamiast w 100% polietylen). Zamawiający podniósł również, że do oferty nie dołączono żadnych dokumentów potwierdzających, że skład chemiczny oferowanej trawy Edal-Arena Grass wersja 2 jest równoważny wymaganemu składowi 100% polietylenu. Dołączona do oferty kopia atestu PZH wskazuje natomiast, że sztuczną trawę wykonano z polipropylenu, polietylenu i innych składników zamiast w 100% z polietylenu. Zgodnie natomiast z kartą techniczną jako wypełnienie trawy podano SBR zamiast EPDM, a do oferty nie dołączono żadnych dokumentów potwierdzających równoważność obu wypełnień. Zamawiający podniósł

również, że wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne w swojej ofercie powinien wykazać, że spełniają one wymagania określone w SIWZ. Podkreślił, że dokumenty te nie podlegają uzupełnieniu trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Poniósł również, że w ofercie Odwołującego występują braki kilku innych dokumentów, które nie podlegają uzupełnieniu z racji tego, że oferta Odwołującego polega odrzuceniu.

Odwołujący w piśmie z dnia 1 czerwca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) w związku ze wskazanymi czynnościami Zamawiającego złożył protest. W proteście wskazał na naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przestrzegania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 26 ust. 3 poprzez nie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i odrzucenie jego oferty;
- 4) art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert.

W związku z podniesionymi zarzutami wniósł on o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Tamex;
- 2) unieważnienie czynności polegających na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego i powtórzenie czynności oceny i badania ofert nieodrzuconych;
- 3) wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów;
- 4) wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu złożonego protestu Odwołujący podniósł, że jego oferta spełnia wymogi SIWZ. Wskazał, że z dokumentów załączonych do oferty wynika, że zaoferowana trawa, a w szczególności rodzaj włókien i skład chemiczny (THIOLON polyolefin) odpowiada wymogom określonym w SIWZ, podkreślając jednocześnie, że wskazane parametry nawet znacznie przekraczają minimalne wymogi SIWZ. Podkreślił, że nie jest prawdą, że w karcie technicznej trawy syntetycznej podane jest wypełnienie trawy SBR. W karcie tej podano wypełnienie Termo-plastyka (wypełnienie Thiolon), które – zdaniem Odwołującego – odpowiada wymogom SIWZ. Podkreślił także, że Zamawiający jeśli uznał, że załączone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają, że zaoferowana nawierzchnia spełnia wymogi SIWZ zobowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełniania dokumentów.

Powyższe dotyczy również – jego zdaniem – innych dokumentów, na których braki Zamawiający wskazywał.

Odwołujący w proteście wskazał również na naruszenie dyscypliny finansów publicznych przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 2 czerwca 2009 r. poinformował o złożonym proteście Tamex, wzywając go jednocześnie do wzięcia udziału w toczącym się postępowaniu protestacyjnym. Tamex w dniu 3 czerwca 2009 r. złożył przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, w którym to przystąpieniu wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego przystąpienia, powołując się na Wikipedię wskazał, że polietylen, z którego miała składać się trawa według SIWZ, jest jednym z kilkudziesięciu związków chemicznych należących do grupy poliolefin, z których zbudowana jest trawa oferowana przez Odwołującego. W jego zatem ocenie zaoferowana przez Odwołującego trawa nie jest produktem równoważnym do wymaganego w SIWZ, bowiem Zamawiający tak naprawdę nie wie, o jakim składzie chemicznym Odwołujący zaoferował trawę syntetyczną.

Tamex podniósł również, że w karcie technicznej załączonej do oferty Odwołującego wskazano na wypełnienie trawy syntetycznej produktem o nazwie termoplastyka (wypełnienie THIOLON) zamiast wymaganego wypełnienia EPDM, jak również do oferty tej nie dołączono dokumentów, które potwierdzałyby w tym zakresie równoważność zaoferowanego rozwiązania. Powyższe zdaniem Tamex nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął złożony protest poprzez jego oddalenie w całości, pismem z dnia 10 czerwca 2009 r., doręczonym w tej samej dacie Odwołującemu. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał analogiczne uzasadnienie faktyczne i prawne, co do podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, jak w piśmie informującym o wynikach postępowania. Dodatkowo wskazał konkretnie na braki innych dokumentów w ofercie Odwołującego, podkreślając, że niezpełnienie dokumentu na żądanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp skutkuje koniecznością zatrzymania mu wadium w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. I tak Zamawiający wskazał na następujące braki w ofercie Odwołującego:

- 1) sprawozdania finansowego za rok 2008,
- 2) brak autoryzacji producenta trawy syntetycznej boiska do piłki nożnej w oryginale wystawionej dla wykonawcy na konkretną nawierzchnię i przedmiotowy obiekt,
- 3) brak aprobaty lub rekomendacji technicznej ITB (lub równorzędnego dokumentu) potwierdzającego spełnianie wszelkich wymaganych minimalnych parametrów

- nawierzchni boiska (dołączono kopię raportu laboratoryjnego jakiejś budowy, a był to dokument nie wymagany),
- 4) brak karty technicznej wystawionej i potwierdzonej przez producenta w oryginale (dołączona karta techniczna jest wydrukiem komputerowym i nie pochodzi od producenta w oryginale),
 - 5) brak atestu higienicznego wypełnienia z granulatu gumowego EPDM wystawionego dla wykonawcy (dołączono kserokopię atestu, którym dysponuje inna firma i na jakiej podstawie wykonawca dokonał potwierdzenia zgodności z oryginałem skoro nie posiada oryginału),
 - 6) brak gwarancji na trawę syntetyczną na boisko piłkarskie potwierdzonej przez producenta nawierzchni trawy i dotyczącego przedmiotowego zadania w oryginale,
 - 7) złożona próbka trawy syntetycznej na boisko na metryce określającej nazwę producenta oraz typ oferowanej nawierzchni nie posiada podpisu wykonawcy i nazwy producenta,
 - 8) brak autoryzacji producenta trawy syntetycznej na korty tenisowe w oryginale wystawionej dla wykonawcy na konkretną nawierzchnię i przedmiotowy obiekt,
 - 9) brak karty technicznej wystawionej i potwierdzonej przez producenta nawierzchni na korty tenisowe oryginale,
 - 10) brak gwarancji na trawę syntetyczną na korty tenisowe potwierdzonej przez producenta nawierzchni trawy syntetycznej i dotyczącej przedmiotowego zadania w oryginale (dołączony dokument jest niewłaściwy i nie wskazuje jakiej nawierzchni dotyczy),
 - 11) złożona próbka trawy syntetycznej na korty tenisowe na metce określającej nazwę producenta oraz typ oferowanej nawierzchni nie posiada podpisu wykonawcy i nazwy producenta (próbki traktuje się jak dokumenty),
 - 12) brak autoryzacji producenta trawy syntetycznej na boisko wielofunkcyjne w oryginale wystawionej dla wykonawcy na konkretną nawierzchnię i przedmiotowy obiekt,
 - 13) brak aprobaty lub rekomendacji technicznej ITB (lub równorzędnego dokumentu) potwierdzającego spełnianie wszystkich wymaganych minimalnych parametrów nawierzchni na boisko wielofunkcyjne określonych w opisie i specyfikacjach technicznych,
 - 14) brak karty technicznej wystawionej i potwierdzonej przez producenta nawierzchni na boisko wielofunkcyjne w oryginale,
 - 15) brak gwarancji na trawę syntetyczną na boisko wielofunkcyjne potwierdzonej przez producenta nawierzchni trawy i dotyczącej przedmiotowego zadania w oryginale (dołączony dokument jest niewłaściwy i nie wskazuje jakiej nawierzchni dotyczy),

16) brak próbki trawy syntetycznej na boisko wielofunkcyjne wraz z metryką określającą nazwę producenta oraz typ oferowanej nawierzchni wraz z podpisem wykonawcy i nazwy producenta (próbki traktuje się jak dokumenty).

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 15 czerwca 2009 r. Odwołujący złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie (nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał te same zarzuty, żądania i argumentację co w swoim proteście.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w piśmie z dnia 18 czerwca 2009 r. – wpływ do UZP w dniu 19 czerwca 2009 r. – złożyła firma Tamex.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz Przystępującego Tamex, zawarte w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. W szczególności ustalono, że ze względu na treść podnoszonego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia jego oferty w postępowaniu, pomimo wartości przedmiotu zamówienia (1 045 401,88 euro, więc poniżej progów UE dla robót budowlanych), stosownie do treści art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp, odwołanie w niniejszej sprawie przysługuje.

Skład orzekający Izby stwierdził także, że Odwołujący – stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ jego oferta, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów w pierwszej kolejności, skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

- 1) Zamawiający w SIWZ wprowadził szczegółowe wymagania techniczne dotyczące wymaganych parametrów technicznych w zakresie przedmiotu zamówienia, w tym również co do spornej nawierzchni z trawy syntetycznej dla budowy boiska do piłki nożnej. W rozdz. 1 pkt 2.1 wskazał, że nawierzchnia z trawy syntetycznej, która ma być o wysokości minimum 52 mm, ma być zasypana piaskiem kwarcowym i granulatem gumowych EPDM. W pkt 2.1 szczegółowej specyfikacji technicznej dla tego zadania Zamawiający określił również wymagania techniczne co do materiałów, z których ma być wykonana nawierzchnia z trawy syntetycznej, w tym m. in. określił, kompozycję włókien: *„minimum 85% wszystkich włókien nawierzchni o strukturze monofilowej przy czym 100% włókien monofilowych o grubości 160 mikronów, 100% polietylen”*, a co do wypełnienia trawy wskazał: *„piasek kwarcowy, granulak gumowy EPDM”*. W dokumencie projektowym dotyczącym boiska do piłki nożnej, stanowiącym również załącznik do SIWZ, Zamawiający w pkt B.6.2.2. powielił przywołane powyżej wymogi co do nawierzchni z trawy syntetycznej. Jednocześnie też w tym samym punkcie określił swoje wymagania dotyczące wykonania prac nawierzchniowych, gdzie wskazano, że: *„Wykonawca powinien załączyć kartę techniczną oferowanej nawierzchni (potwierdzoną przez producenta nawierzchni) lub inne dokumenty określające jednoznacznie jej parametry techniczne (Aprobata lub Rekomendacja ITB) oraz dokumenty zaświadczające możliwość ich wykorzystania (Atest PZH)”*. Jednocześnie też w rozdz. 10 SIWZ Zamawiający określił wymóg załączenia do oferty szeregu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków jakościowych co do oferowanego przedmiotu zamówienia (autoryzacja producenta dla wykonawcy, dokumenty potwierdzające spełnianie minimalnych parametrów nawierzchni, takie jak np. Aprobata Techniczna, Rekomendacja Techniczna ITB, karta techniczna, jak również atesty co do nawierzchni i granulatu, gwarancja na wykonane roboty nawierzchniowe potwierdzona przez producenta nawierzchni, próbki trawy, oświadczenie i certyfikat potwierdzające spełnianie wymogów użytkowych zgodnych z warunkami określonymi przez FIFA Quality Konzept for Football Turf do poziomu minimum 1 Star).
- 2) Na stronie 118 oferty Odwołującego znajduje się atest higieniczny PZH nr HK/B/0698/01/2008 dotyczący czterech nawierzchni sportowych typu sztuczna trawa producenta, którym jest Edel Grass B.V z Holandii, w tym też oferowanej przez Odwołującego nawierzchni Edel Arena Grass Verion 2, ze wskazaniem składu tej nawierzchni: *„polipropylen, lateks, polietylen i inne składniki wg dokumentacji producenta”*.

- 3) Na str. 119 oferty Odwołującego znajduje się atest higieniczny PZH nr HK/B/1202/01/2007 dotyczący granulatu EPDM, którego producentem jest Wenmin z siedzibą w Chinach.
- 4) Na str. 15 oferty w kosztorysie ofertowym Odwołującego, dotyczącym branży: „Drogi 2” w poz. 1.10 wskazano w zakresie robót drogowych zapis: *„wykonanie nawierzchni z trawy syntetycznej wys. 52 mm (zasyпка: pisaek kwarcowy + granulac EPDM) (...)”*.
- 5) Na str. 121 oferty Odwołującego znajduje się tłumaczenie specyfikacji technicznej nawierzchni sportowej typu sztuczna trawa producenta Edel Arena Grass Wersja 2 oferowanej przez Odwołującego. W poz. C tego dokumentu wskazano na materiał, z którego wykonana jest przędza, tj.: *„100% Thiolon® polyolefin Xtreme przędza z włókien pojedynczych, utrwalonych U.V.”* W poz. D tego dokumentu wskazano na materiał, z którego wykonane jest podstawowe podłoże: *„Thiobac® C18 polipropylen, utwardzany UV-, z wzmocnieniami z poliestru, waga całkowita ± 215 gr/m²”* w poz. E tego dokumentu określono również wypełnienie dla oferowanej trawy, tj.: *„Termo-plastyka (wypełnienie Thilon)”*.
- 6) Na str. 107 i 111 oferty Odwołującego załączono wyniki badań laboratoryjnych dla nawierzchni Edel Arena V 2 ze wskazaniem przeprowadzonych badań przy użyciu wypełnienia podstawowego SBR. Na dokumentach tych znajduje się adnotacja o treści: *„Z uwagi na fakt, że niniejszy dokument nie jest oficjalnym testem laboratoryjnym FIFA, nie stanowi on zatwierdzenia produktu lub kompletnego systemu ze strony FIFA”*.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wykazywanej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymogu co do składu chemicznego oferowanej nawierzchni dla boiska do piłki nożnej, tj. w 100% polietylen, skład orzekający Izby stwierdził, że powyższy wymóg SIWZ faktycznie nie został wypełniony przez Odwołującego. Podstawą takiego ustalenia składu orzekającego Izby jest przede wszystkim, załączony do oferty atest higieniczny o nr HK/B/0698/01/2008. Z treści tego dokumentu, wymaganego postanowieniami SIWZ, wynika skład chemiczny oferowanej przez Odwołującego nawierzchni. Powyższe wskazuje na to, że nawierzchnia typu Edel Arena Grass Version 2 zawiera w swoim składzie zarówno polietylen, jak i polipropylen, lateks oraz inne składniki, zatem jest mieszanką związków chemicznych. Z powyższego zatem w żaden sposób nie

można wywodzić, że nawierzchnia oferowana przez Odwołującego składa się w 100% z polietylenu.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że wskazany atest dotyczy kilku nawierzchni, a nie tylko oferowanej przez Odwołującego, w związku z czym powyższego stwierdzenia o różnym składzie chemicznym nie można odnosić do wszystkich oferowanych nawierzchni jednocześnie, co – w ocenie Odwołującego - nie wskazuje wprost, że nawierzchnia Edel Arena Grass Verion 2 nie składa się wyłącznie z polietylenu. Odmienne od prezentowanego przez Odwołującego stanowisko skład orzekający Izby wywodzi z generalnej zasady, na podstawie której udzielane są atesty higieniczne, tj., że jeden atest higieniczny dotyczy jednego preparatu, materiału lub wyrobu. Jako wyjątek od tej zasady wskazuje się na dopuszczalność objęcia jednym atestem higienicznym jednego typoszeregu wyrobów, jednak wyłącznie w sytuacji, gdy nie różnią się one zasadniczo składem materiałowym (informacja dostępna na stronie internetowej Państwowego Zakładu Higieny: www.pzh.gov.pl). Gdyby przyjąć twierdzenie Odwołującego za słuszne, że skład chemiczny dla wskazywanych w atescie czterech rodzajów nawierzchni jest różny, w zależności od rodzaju nawierzchni, niemożliwym byłoby wydanie jednego atestu dla kilku wyrobów (nawierzchni trawy syntetycznej). Przy różnym składzie chemicznym nawierzchni wydane byłyby odrębne atesty dla każdej z nich.

Co prawda dokument - atest higieniczny ma na celu dopuszczenie do obrotu danego wyrobu, to jednak nie można pominąć faktu, że dane w nim zawarte dotyczące zawartości tego wyrobu (jego składu chemicznego) i dlatego też mogą być podstawą do porównania tego dokumentu z zasadniczym dokumentem technicznym wyrobu, tj. specyfikacją techniczną. Załączona do oferty Odwołującego specyfikacja techniczna oferowanej nawierzchni wskazuje wprost na materiał, z którego wykonana jest trawa (materiał przędzy lit. C, dokument na str. 121 oferty). Wskazano tam 100% związku chemicznego: polyolefin. Bezsporna pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem była okoliczność, że polyolefiny to polimery, a zasadniczo grupa tych polimerów, na którą składają się m.in.: polietylen, jak i polipropylen. Skoro w specyfikacji technicznej produktu producent wskazał na całą grupę związków chemicznych, a nie wyłącznie jeden składnik - tj. w tym przypadku polietylen - zasadnym jest przyjęcie, że skład chemiczny zaoferowanej nawierzchni to mieszanka różnych polimerów, a nie czysty - 100% polietylen. Gdyby faktycznie był to polietylen producent w specyfikacji technicznej wyrobu wskazałby na ten związek chemiczny. Powyższe jest spójne z przywoływanym atestem higienicznym nawierzchni, który także wskazuje na różny skład chemiczny nawierzchni.

Tak więc we wskazanym zakresie nie można zgodzić się z Odwołującym, że załączone przez niego do oferty dokumenty nie wskazują wprost na sprzeczność z SIWZ, ponieważ, w ocenie Izby, owa niezgodność została udokumentowana przez samego

Odwołującego. Z tego też względu – w ocenie składu orzekającego Izby – nie jest dopuszczalne w tym przypadku skorzystanie przez Zamawiającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. żądanie uzupełniania dokumentów, które będą potwierdzać, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymogom jakościowym SIWZ. Po pierwsze stwierdzić należy, że żądane przez Zamawiającego w tym przedmiocie dokumenty zostały bowiem przez Odwołującego załączone do oferty, nie można zatem wywodzić ich braku. Po drugie - jak wykazano – wprost dokumenty te wskazują na sprzeczność oferowanej nawierzchni trawy dla boiska do piłki nożnej z wymogiem składu materiałowego tej nawierzchni (100% polietylen). W takiej sytuacji, jeżeli dokument dotyczący opisu przedmiotu zamówienia i wymogów jakościowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia, wprost wskazuje na niezgodność z minimalnymi wymogami SIWZ, Zamawiający nie ma podstaw do żądania uzupełniania w tym zakresie kolejnego dokumentu.

Podkreślić również należy, że Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających, że oferowana przez niego nawierzchnia składa się w 100% z polietylenu, w tym nawet nie uprawdopodobnił, że podobny dokument potwierdzający tę okoliczność (specyfikacja techniczna, aprobaty techniczne, czy inny równoważny) w ogóle istnieje, a to na Odwołującym – stosownie do treści art. 6 kodeksu cywilnego – spoczywa ciężar udowodnienia faktów i okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne.

Odnosząc się w drugiej kolejności do wykazywanej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie wymogu co do wypełniania oferowanej nawierzchni dla boiska do piłki nożnej, tj. wymaganego wypełniania EPDM, skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący załączając do swojej oferty atest higieniczny nr HK/B/1202/01/2007 dotyczący granulatu EPDM, którego producentem jest Wenmin z siedzibą w Chinach oraz wskazując w kosztorysie ofertowym w poz. 1.10 (kosztorys; „Drogi 2” str. 15 oferty) uprawdopodobnił, że faktycznie zaoferuje przywołane wypełnienie. Faktem bezspornym jest również, że specyfikacja techniczna oferowanej przez Odwołującego nawierzchni wskazuje inny typ granulatu (wypełnienia), tj. Termo-plastyka, co potwierdził sam Odwołujący, wskazując jednocześnie, że do każdej nawierzchni, w tym oferowanej przez niego, mogą mieć zastosowanie różnego rodzaju wypełnienia, w tym Termo-plastyka, SBR, jak również oczekiwany przez Zamawiającego granulat EPDM. W tym zakresie zatem oferta Odwołującego nie jest spójna, a nawet możnaby stwierdzić, że jest ze sobą wewnętrznie sprzeczna.

W ocenie składu orzekającego Izby odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego na tej podstawie nie było w pełni uzasadnione. Zgodzić należy się bowiem z Odwołującym, że w tym przypadku wprost treść jego oferty nie wskazuje na sprzeczność z SIWZ. Przywoływane przez Zamawiającego wyniki badań laboratoryjnych nawierzchni

oferowanej przez Odwołującego dołączone do oferty i wskazujące na wypełnienie SBR, nie były wymagane postanowieniami SIWZ, zatem nie mogą stanowić podstawy oceny oferty wykonawcy, tym bardziej również, że z adnotacji na tych dokumentach wynika, że informacje te nie mogą stanowić wiążącego dokumentu. Niemniej skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do skierowania w tym zakresie przez Zamawiającego do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy też skierowania zapytania odnośnie treści dokumentu na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy też zapytania o wyjaśnienie treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Niedopuszczalnym w tym zakresie jest skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentu bowiem dokumenty te formalnie zostały złożone, a ponadto oferta Odwołującego – jak stwierdzono powyżej – podlega odrzuceniu z racji jej sprzeczności z treścią SIWZ. Niezasadnym byłoby również stosowanie wyjaśnień dotyczących treści załączonych dokumentów, czy też treści oferty, ponieważ w takiej sytuacji dokumenty, które złożono w ofercie (przede wszystkim specyfikacja techniczna oferowanego produktu) musiałyby być zastąpione oświadczeniem wykonawcy, co w postępowaniu jest niedopuszczalne.

Skład orzekający Izby zwrócił również uwagę na wymóg Zamawiającego przedłożenia ofercie wykonawcy gwarancji na wykonane roboty nawierzchniowe, potwierdzonej przez producenta nawierzchni (rozdz. 10 punkt 5 piąty, str. 8 SIWZ). Co prawda Zamawiający w postanowieniach SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia nie postawił wymogu tożsamości producenta nawierzchni trawy syntetycznej i producenta jej wypełniania. Niemniej, jak wynika z przywoływanego wymogu SIWZ, producent oferowanej nawierzchni będzie musiał potwierdzić gwarancję na wykonane roboty nawierzchniowe, czyli tym samym potwierdzić możliwość zastosowania granulatu EPDM do nawierzchni Edel Arena Grass Verion 2. Treść takiej gwarancji – jak wynika z analizy oferty Odwołującego – nie została dołączona. Odwołujący zatem w żaden sposób nie uprawdopodobnił w treści oferty, jak też w toku postępowania odwoławczego, że do zaoferowanej przez niego nawierzchni może mieć zastosowanie wypełnienie inne, aniżeli wskazywane przez niego w załączonej specyfikacji technicznej producenta nawierzchni, tj. Termo-plastyka.

Zwrócić również należy uwagę na okoliczność, że Odwołujący w treści protestu i odwołania wskazywał na pełną zgodność jego oferty z treścią SIWZ, podkreślając nawet, że oferowana przez niego nawierzchnia posiada lepsze parametry niż określone w SIWZ. Na rozprawie natomiast wywodził, że treść jego oferty (załączonych dokumentów) nie potwierdza spełniania kwestionowanych wymogów SIWZ i z tego względu Zamawiający powinien go wezwać do uzupełniania dokumentów. Powyższa zmiana stanowiska Odwołującego stanowi również dodatkowy argument, wskazujący na brak dowodów po stronie Odwołującego na potwierdzenie okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne skład orzekający Izby przy rozpatrywaniu złożonego odwołania nie stwierdził naruszenia przywołanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp, tj. art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Białymstoku.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....