

Sygn. akt KIO/UZP 1229/09

WYROK
z dnia 9 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Panorama II Sp. z o.o., ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Sieradz, pl. Wojewódzki 1, 98-200 Sieradz** protestu z dnia 3 sierpnia 2009 r.,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InterHall Sp. z o.o., ul. Józefowska 6, 40-144 Katowice, Artur Mucha prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EDAR”** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego się oraz wezwanie Odwołującego się, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów w zakresie wynikającym z uzasadnienia orzeczenia.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Sieradz, pl. Wojewódzki 1, 98-200 Sieradz i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Panorama II Sp. z o.o., ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Sieradz, pl. Wojewódzki 1, 98-200 Sieradz** na rzecz **Panorama II Sp. z o.o., ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Panorama II Sp. z o.o., ul. Słoneczna 73, 81-605 Gdynia.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Rozwój aktywnych form turystyki poprzez przebudowę bazy rekreacyjno-sportowej w Sieradzu – etap I: przebudowa boiska wielofunkcyjnego”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, w dniu 23 czerwca 2009 r., pod nr 96823-2009.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2009 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez uznanie, że zaoferowane przez Odwołującego się parametry techniczne zaoferowanej nawierzchni trawy syntetycznej nie odpowiadają wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, w szczególności zaś, że włókna nawierzchni ze sztucznej trawy nie są wzmocnione wtopionym rdzeniem,

2. art. 87 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego się do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, co do treści złożonej przez Odwołującego się oferty, w szczególności zaś odpowiedzi na pytanie, czy system Reflex+ i zastosowane w nim żeberka są równoznaczne z rdzeniem wtopionym,
3. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego się do uzupełnienia złożonego do oferty dokumentu w postaci formularza umowy poprzez złożenie na nim podpisu,
4. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 26 ust. 2 poprzez błędne zastosowanie i uznanie, że załączenie do formularza oferty nie podpisanej umowy stanowi podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego się.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie Odwołującego się do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w przedmiocie, czy system Reflex+ i zastosowane w nim żeberka są równoznaczne z rdzeniem wtopionym, dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący się wyjaśnił, iż w dniu 29 lipca 2009 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego się zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego się oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, podając jako przyczynę odrzucenia oferty Odwołującego się art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż na załączonym do oferty formularzu umowy brak jest podpisu osób upoważnionych do działania za Odwołującego się oraz, że parametry techniczne zaproponowanej nawierzchni trawy syntetycznej nie odpowiadają wymaganiom stawianym przez Zamawiającego, ponieważ zaoferowana nawierzchnia nie jest wzmocniona włóknem z wtopionym rdzeniem.

Odwołujący się podnosi, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego zaoferowana nawierzchnia ze sztucznej trawy zawierała wzmocnienie w postaci włókna z wtopionym rdzeniem. Odwołujący się podkreśla, że do oferty załączono dokumenty w postaci kart technicznych i certyfikatów oraz opisu nawierzchni sportowej typu Desso Challenge Pro² 60, sporządzonego przez przedstawiciela firmy Desso – p. Izabelę S. Z treści powołanych dokumentów wynika, że oferowana nawierzchnia ze sztucznej trawy jest wzmocniona wtopionym rdzeniem żeberkowym tzw. systemem Reflex+, który to system polega na wzmocnieniu włókna wtopionym rdzeniem i jest odpowiedzialny za tzw. "pamięć włosa". Innymi słowy, włókna wzmocnione tym systemem "pamiętają" swój kształt oraz pozycję, co oznacza, że powracają do stanu poprzedniego po uderzeniu piłki. Jedynie z ostrożności Odwołujący się wskazuje, powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1159/08), że „Desso Challenge Pro 2 jest inteligentnym włóknem, które dzięki systemowi Reflex+ pamięta swój kształt (...) i jest ono nie gorsze od

włókna o przekroju łukowatym wzmocnionym wtopionym rdzeniem”. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby Zamawiający miał wątpliwości co do tego, czy system Reflex+ i zastosowane w nim żeberka są równoznaczne z rdzeniem wtopionym, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego się, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia tych wątpliwości. Na dowód posiadania wskazanych parametrów, Odwołujący się przedłożył pismo p. Izabeli Szklarczuk, które zostało załączone również do oferty.

Odwołujący się nie podziela również stanowiska Zamawiającego, iż przyczyną odrzucenia oferty może być okoliczność nie załączenia do oferty umowy podpisanej przez Odwołującego się. Zdaniem Odwołującego się, brak podpisu na dołączonym przez Odwołującego się wzorze umowy stanowił brak, który Zamawiający mógł uzupełnić na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednocześnie, co podkreśla Odwołujący się, z orzecznictwa wynika, iż stosowanie przez Zamawiającego wskazanego trybu jest obligatoryjne (sygn. akt KIO/UZP 1509/08, KIO/UZP 1527/08).

Co do zasady zamawiający ma o obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie przez wykonawców zarówno dokumentów, jak i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego w każdym przypadku, gdy stwierdzi brak któregokolwiek z nich (Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych M. Stachowiak, J. Jerzykowski. W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). Należy przyjąć, że sytuacja ta dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń niezłożonych przez wykonawcę, jak i złożonych nieprawidłowo. Uzupełnianie powinno dotyczyć nie tylko dokumentów wystawianych przez odpowiednie organy (dokumenty urzędowe), ale także dokumentów sporządzanych samodzielnie przez wykonawcę - oświadczeń, wykazów, informacji (dokumenty prywatne).

Odwołujący się wskazuje również na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 16 stycznia 2006 r. (UZP/ZO/O-30/06), w którym dokonano rozróżnienia braków w wypełnieniu dokumentów ofertowych, na błędy dotyczące formy i treści. Błędy co do formy (jak w niniejszym przypadku), w opinii arbitrów, nie skutkują odrzuceniem oferty. Brak podpisu, na dołączonej do oferty umowie, w sytuacji, gdy Odwołujący się w treści oferty potwierdził, że wyraża zgodę na wszystkie warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), wskazuje, że brak podpisu pod treścią umowy jest jedynie formalną omyłką, która podlega uzupełnieniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 7 sierpnia 2009 r. Konsorcjum: InterHall Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EDAR” Artur Mucha zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, żądając oddalenia protestu. W uzasadnieniu wskazano, iż Zamawiający wymagał trawy o określonych minimalnych parametrach technicznych, podając

jako jeden z nich wymóg zaoferowania produktu posiadającego włókna wzmocnione wtopionym rdzeniem. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający zażądał dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających spełnianie warunków jakościowych na boisko do piłki nożnej. Katalog tych dokumentów ostatecznie otrzymał brzmienie: a) ważna aprobata lub rekomendacja Techniczna ITB lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium, potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni np. Labosport, ISA-Sport, Sports Labs lub dokument równoważny, potwierdzający, że oferowana przez wykonawcę nawierzchnia sportowa (trawa syntetyczna) posiada parametry techniczne nie gorsze od wymaganych oraz inne dokumenty wymienione przez Zamawiającego.

Odnosząc się do dokumentów określonych pkt "a", Przystępujący podnosi, że Zamawiający w celu weryfikacji oferowanej nawierzchni zażądał dokumentu wydanego przez podmioty uprawnione do kontroli jakości, potwierdzającego spełnianie wymogów postawionych przez Zamawiającego. Jedynym dołączonym przez Odwołującego się dokumentem wydanym przez niezależny podmiot uprawniony do kontroli jakości jest raport z badań wydany przez Labosport. Jednakże treść tego dokumentu w żadnym stopniu nie potwierdza, że nawierzchnia posiada włókna wzmocnione wtopionym rdzeniem. Zatem, uznać należy, iż Odwołujący się nie załączył do oferty dokumentu potwierdzającego spełnianie tego wymogu. Jedyna wzmianka o budowie włókna znajduje się w karcie technicznej wydanej przez producenta, której w żaden sposób nie można uznać jako dokumentu równoważnego do dokumentów wydanych przez niezależne podmioty uprawnione do kontroli jakości. Ponadto, wzmianka w karcie technicznej nie wskazuje na równoważność pomiędzy wymaganym przez Zamawiającego "włóknem z wtopionym rdzeniem" a opisywanym przez producenta "Reflexem+". Opisanie w ten sposób budowy włókna w karcie technicznej, czyli dokumencie wystawionym przez producenta nie jest w żadnym stopniu wiążące w przedmiotowej sprawie w zakresie potwierdzenia parametru, gdyż parametr ten nigdy i w żadnym dokumencie wydanym przez niezależną instytucję, taką jak: Instytut Techniki Budowlanej, Isa Sport, LaboSport czy Sports Labs nie został potwierdzony. Ponadto, katalog dokumentów wskazany w pkt "a", na etapie siwz, nie budził zastrzeżeń czy wątpliwości, gdyż nie był przedmiotem protestów. § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605 ze zm.), wyraźnie wskazuje, że Zamawiający ma prawo wymagać zaświadczeń podmiotów uprawnionych do kontroli jakości potwierdzających, że oferowane dostawy usługi lub roboty odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu braku wezwania Odwołującego się do wyjaśnień, Przystępujący podnosi, że dyspozycja art. 87 ust 1 ustawy Pzp daje możliwość

Zamawiającemu wzywania do wyjaśnień w zakresie złożonej oferty, jednakże jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu jest to uprawnienie Zamawiającego, a nie jego obowiązek. Tak więc wykonawca nie może domagać się, by Zamawiający zażądał konkretnych wyjaśnień. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie daje możliwości postawienia zarzutu Zamawiającemu w formie protestu na brak skorzystania z jego uprawnienia. Treść dokumentów złożonych przez Odwołującego się, w zakresie nawierzchni syntetycznej ze sztucznej trawy, najwyraźniej nie budziła wątpliwości interpretacyjnych, zatem nie było też podstaw, by żądać jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie.

Przystępujący podnosi ponadto, iż dokument w postaci umowy nie jest dokumentem, który można by było zaliczyć do dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie jakichkolwiek warunków. Zatem, nie jest możliwe uzupełnienie tego dokumentu, w trybie określonym art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Nie załączenie do oferty podpisanego wzoru umowy stanowi niezgodność treści oferty z pkt 21 pkt 5c treści siwz, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący się sugeruje, że załączył dokument do oferty, tylko brak w nim podpisu osób upoważnionych do działania w jego imieniu i błąd ten dotyczy formy a nie treści. Po sprawdzeniu zawartości złożonej oferty, wynika, że dokument w ogóle nie został dołączony, tak więc nie mamy do czynienia jedynie z formą (tj. brakiem podpisu) a z treścią oferty.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o oddaleniu protestu. W uzasadnieniu Zamawiający przedstawił argumentację zbieżną z argumentacją Przystępującego.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Odwołujący się dodatkowo wyjaśnia, że system Reflex+ jest nową odmianą polimeru wzbogaconego i uelastyczniającego włókno. Źdźbło trawy Desso jest włóknem monofilowym jednolitym, posiadającym podłużne żeberka rdzenie. Rdzeń jest wtopiony w postaci "zeberka". Na dowód powyższego, Odwołujący się zgłosił wniosek o przesłuchanie w charakterze świadka przedstawiciela producenta firmy Desso – p. Izabeli Szklarczyk.

Odwołujący się podkreśla również, że Zamawiający w pkt 4 siwz wskazał, że parametry techniczne dotyczące nawierzchni ze sztucznej trawy winny odpowiadać, ewentualnie być nie gorsze od opisanych w siwz. Zgodnie z powołanym zapisem siwz należy uznać, że Zamawiający dopuścił zaoferowanie przedmiotu zamówienia o cechach technicznych równoważnych parametrom wskazanym w siwz. Zamawiający nie wskazał na jakiej podstawie przyjął, że zaoferowana przez Odwołującego się sztuczna trawa jest, w jego

opinii, gorsza od wskazanych w siwz parametrów technicznych zastrzeżonych dla oferowanej nawierzchni, w szczególności zaś posiadania przez włókno w oferowanej nawierzchni "wzmocnienia z wtopionym rdzeniem".

Nie sposób twierdzić, jak chce tego Zamawiający, że brak w ofercie Odwołującego się dokumentu w postaci: aprobaty technicznej, rekomendacji ITB lub wyniku badań specjalistycznego laboratorium, potwierdzającej, że oferowane przez Odwołującego się włókno w nawierzchni ze sztucznej trawy wzmocnione było wtopionym rdzeniem, stanowiło podstawę do odrzucenia oferty. Zgodnie bowiem z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp i wydanym na jego podstawie § 3 powołanego rozporządzenia, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać m.in. zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym. Równocześnie w § 3 ust. 3 powołanego rozporządzenia wskazano, że wykonawca może zamiast zaświadczeń (...), złożyć inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawców równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem. W tym zakresie Odwołujący się powołuje się na orzeczenie KIO z dnia 18 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 546/08), gdzie stwierdzono, że pojęcie „zaświadczenia”, użyte w § 3 ust. 1 pkt 2 przedmiotowego rozporządzenia, odnosi się do każdego dokumentu, który potwierdza okoliczność, iż produkty czy usługi odpowiadają określonym wymogom jakościowym. Dokument taki może być wydany w dowolnej formie, o ile zawiera oświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości. W tym stanie prawnym Zamawiający nie może treścią siwz wyłączyć możliwości składania przez Wykonawcę dokumentów równoważnych dla wykazania spełnienia przez oferowany produkt określonych norm jakościowych. Równocześnie Odwołujący się wskazuje, iż w niniejszym postępowaniu wykazał za pomocą cytowanego powyżej wypisu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (a więc podmiotu niezależnego), że zaoferowana przez nią nawierzchnia ze sztucznej trawy jest nie gorsza od wymaganej.

W przedmiocie braku podpisu pod treścią wzoru umowy, Odwołujący się powołuje wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17 stycznia 2006 r. (UZP /ZO/0-23/06), w którym stwierdzono, że "sam fakt niezłożenia wymaganego dokumentu nie może prowadzić do automatycznego uznania, iż oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Do owego stwierdzenia niezbędne jest uznanie, iż oferta rozumiana jako oświadczenie woli realizacji przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w specyfikacji jest w jakiejś części niezgodna z owymi warunkami". W rozpatrywanym postępowaniu oczywistym jest, że oferta rozumiana jako oświadczenie woli nie jest sprzeczna z postanowieniami siwz. Wniosek taki wynika przede wszystkim z faktu, że Odwołujący się w pkt 8 załącznika nr 1 do

siwz złożył oświadczenie następującej treści: "oświadczamy, że zapoznaliśmy się z postanowieniami umowy i zobowiązujemy się w przypadku wybrania naszej oferty do zawarcia umowy w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego". Zważyć należy, iż oferta jest oświadczeniem woli, które zgodnie z art. 60 kodeksu cywilnego może być wyrażone przez każde zachowanie się osoby, które ujawni jej wolę w sposób dostateczny. Jedynie na marginesie Odwołujący się wskazuje, że z treści specyfikacji nie wynika, iżby wzór umowy stanowił dokument o takiej doniosłości, która uzasadniałaby odrzucenie oferty w przypadku uchybień w jego wypełnieniu w sytuacji, gdy zawarte w nim dane wynikają wprost z załączonych do oferty dokumentów. Dodatkowo, Odwołujący się powołuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2009 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 549/09, w którym wskazano, że „Nie dołączenie do oferty wzoru umowy nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., skoro w formularzu ofertowym wykonawca oświadcza, że akceptuje treść umowy. Równocześnie przytacza treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2009 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 591/09, w którym wskazano, że „Zamawiający badając wniosek lub ofertę musi brać pod uwagę pełną treść zawartą w tych dokumentach, a nie analizować je wybiórczo lub bez powiązania ze sobą”.

Jedynie na marginesie, Odwołujący się, powołując się na treść wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., wydanego w sprawie KIO/UZP 694/09, podkreśla, że „wzór umowy nie podlega negocjacji, ewentualne zmiany następują w sformalizowanym trybie wyjaśnień treści siwz lub w wyniku wniesienia środków ochrony prawnej. W tym kontekście umowa w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji w której zamawiający ustalił treść wzoru umowy, może być uznana za sui generis umowę adhezyjną, zawieraną przez przystąpienie, bez możliwości negocjacji jej treści po złożeniu oferty”. W tym stanie rzeczy, nie podpisanie przez Wykonawcę wzoru umowy załączonego do siwz nie tworzy dla Zamawiającego żadnego zagrożenia. Wykonawca, którego oferta zostaje wybrana nie tylko ma obowiązek zawarcia umowy z Zamawiającym, ale co więcej ma obowiązek zawarcia umowy o treści wynikającej z wzoru załączonego do siwz.

Podstawą odrzucenia oferty jest niezgodność jej treści z treścią siwz, a contrario za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy. Potwierdził to Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 15 lipca 2004 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1058/04) oraz Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 711/09).

W dniu 26 sierpnia Konsorcjum: InterHall Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EDAR” Artur Mucha zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, z żądaniem oddalenia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz treści oferty złożonej przez Odwołującego się, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż Zamawiający w pkt 4 siwz określił cechy przedmiotu zamówienia wskazując, że „nawierzchnia z trawy syntetycznej musi posiadać parametry techniczne nie gorsze niż: (...) włókna w oferowanej nawierzchni wzmocnione wtopionym rdzeniem (po uwzględnieniu modyfikacji siwz z dnia 3 lipca 2009 r.).” Jednocześnie Zamawiający sporządził wykaz oświadczeń lub dokumentów, które wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty, celem potwierdzenia spełniania warunków jakościowych materiałów na boisko do piłki nożnej z trawy syntetycznej, wśród których znajdowały się m.in.: ważna aprobat lub rekomendacja ITB lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni np. Labosport, ISA0-Sport, Sports Lab lub dokument równoważny, potwierdzający, że oferowana przez wykonawcę nawierzchnia sportowa (trawa syntetyczna) posiada parametry techniczne nie gorsze od wymaganych.

W ofercie Odwołującego się znajduje się Raport techniczny wydany przez Labosport, w przedmiocie nawierzchni Desso Challenge Pro² 60 + Twarde podłoże, w którym określono następujące cechy włókna: masa na jednostkę powierzchni, ilość pęczków na jednostkę powierzchni, długość włókna, ciężar włókna, charakterystyka włókna przędzy, przepuszczalność wodna nawierzchni.

W przedmiocie wzoru umowy Izba ustaliła, iż w pkt 21 ppkt 5c siwz Zamawiający postanowił, że na ofertę składają się ściśle określone dokumenty, m.in. „umowa podpisana jednostronnie wg załącznika nr 3”. Zaś, Odwołujący się do oferty nie dołączył przedmiotowego wzoru umowy.

W tych okolicznościach Zamawiający postanowił o odrzuceniu oferty Odwołującego się, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzając, iż „treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia: brak umowy podpisanej jednostronnie oraz parametry techniczne zaproponowanej nawierzchni trawy syntetycznej nie odpowiadają wymaganiom żądanym przez Zamawiającego (brak wzmocnienia włókien nawierzchni w postaci wtopionego rdzenia).”

W tym stanie faktycznym oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest m.in. okoliczność posiadania przez nawierzchnię zaoferowaną przez Odwołującego się parametru technicznego w postaci włókien z wtopionym rdzeniem. Zdaniem Zamawiającego, spornego parametru nie potwierdza raport z badań wydany przez Labosport, zaś karta techniczna, w której znajduje się wzmianka o budowie włókna nie może być uznana za dokument równoważny do

dokumentów wydanych przez niezależne podmioty, zajmujące się badaniem produktów. Powyższe stanowisko Zamawiającego należy uznać za trafne.

Zwrócić bowiem należy uwagę, iż Zamawiający wymagał, aby zaoferowane włókna były nie gorsze od tych z wtopionym rdzeniem. Parametr ten należało wykazać za pomocą dokumentów wskazanych przez Zamawiającego. Były to: aprobaty lub rekomendacje techniczne ITB lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium (Zamawiający wymienił przykładowe nazwy laboratoriów) lub dokument równoważny. Odwołujący się podjął decyzję o wykazaniu spornego parametru poprzez dokument sporządzony przez Labosport, dołączając go do oferty. Fakt przedstawienia określonego dokumentu celem potwierdzenia określonej okoliczności wiąże Zamawiającego. Zamawiający zobowiązany był zatem do zbadania przedmiotowego dokumentu pod kątem, czy z treści przedmiotowego dokumentu wynika, iż oferowana nawierzchnia posiada włókna nie gorsze od włókien z wtopionym rdzeniem.

Rację należy przyznać Zamawiającemu, który stwierdził, iż z treści Raportu technicznego sporządzonego przez Labosport nie wynika spełnianie spornego parametru. Z pewnością na podstawie takich danych, dotyczących włókna, jak: masa na jednostkę powierzchni, ilość pęczków na jednostkę powierzchni, długość i ciężar włókna oraz charakterystyka włókna przędzy, nie sposób stwierdzić, iż oferowana nawierzchnia posiada sporny parametr. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego się, iż dla oceny spornego parametru powinny być brane pod uwagę również karty techniczne, certyfikaty, czy też pismo sporządzone przez przedstawiciela firmy Desso (producenta oferowanej trawy). Wskazane przez Odwołującego się dokumenty nie są bowiem dokumentami równoważnymi w stosunku do dokumentów: aprobaty lub rekomendacji ITB lub wyników badań specjalistycznych laboratoriów. Za dokument równoważny, w okolicznościach niniejszej sprawy, należałoby uznać dokument wystawiony przez niezależny podmiot, powołany (którego przedmiotem działalności) i uprawniony do badania określonych produktów we wskazanym zakresie (parametry techniczne). Kara techniczna, czy też pismo przedstawiciela producenta, jak i autoryzacja, tych cech nie posiada. Zarówno bowiem wykonawca, jak i producent, czy też jego przedstawiciel nie są podmiotami niezależnymi i powołanymi do przeprowadzania tego rodzaju badań. Atest techniczny nie posiada cech równoważności, gdyż odnosi się do wymagań higienicznych, a nie konkretnych parametrów. Zaś, jakichkolwiek certyfikatów, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, brak w jego ofercie.

Katalog wskazanych przez Zamawiającego dokumentów mieści się w zakresie dokumentów określonych w § 3 ust. 1 pkt 2 cytowanego rozporządzenia, jak wskazuje sam Odwołujący się, jednakże wbrew twierdzeniom Odwołującego się, ani w zakresie powołanego postanowienia przedmiotowego rozporządzenia, ani w zakresie analizowanych postanowień siwz, nie mieści się wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. W żadnym razie

powoływany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 1159/08) nie może być uznany za równoważny do wskazanych przez Zamawiającego dokumentów. Nadużyciem jest twierdzenie, iż Krajowa Izba Odwoławcza jest podmiotem uprawnionym do kontroli jakości produktów. Należy przypomnieć Odwołującemu się, że zgodnie z przepisem art. 172 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań od rozstrzygnięć protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej są wiążące dla stron w danej sprawie, a nie dla wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych. Ponadto, zwrócić należy uwagę, że Odwołujący się nie może sanować wadliwości swojej oferty, przez uzupełnienie jej treści na etapie protestu. Abstrahując od rodzaju uzupełnianego dokumentu (wyrok), środki ochrony prawnej służą kontroli legalności decyzji Zamawiającego, a nie innym celom, jak chciałby Odwołujący się.

Powoływanie się w tym zakresie na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 546/08) jest nieuzasadnione. Izba w powoływanym orzeczeniu wyraźnie podkreśliła, iż w zakresie pojęcia „zaświadczenie” mieści się dokument podmiotu uprawnionego do kontroli jakości. Jak wyżej wskazano, tym podmiotem nie jest Krajowa Izba Odwoławcza. Ponadto, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że wyrok Izby należy traktować jak zaświadczenie.

Również odwołanie się do § 3 ust. 3 powoływanego rozporządzenia nie znajduje uzasadnienia. Przepis ten odnosi się do dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 i 4. Zaś, katalog dokumentów wskazanych przez Zamawiającego mieści się w zakresie dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 przedmiotowego rozporządzenia.

Mimo prawidłowych ustaleń Zamawiającego w przedmiotowym zakresie, uznać należy, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego się, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jest przedwczesna. Zamawiający zapomniał bowiem o dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub jeśli zawierają one błędy. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, w hipotezie normy wskazanego przepisu mieści się również okoliczność złożenia dokumentu, który nie potwierdza spełniania wymogów Zamawiającego. Odwołanie się do przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż chodzi tu zarówno o wymogi odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu, jak i do wymagań określonych przez Zamawiającego w odniesieniu do dostaw, usług lub robót budowlanych.

W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż Zamawiający zobowiązany jest, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do wezwania Odwołującego się do uzupełnienia dokumentu:

ważna aprobatą lub rekomendacją ITB lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium lub dokument równoważny potwierdzający, że oferowana nawierzchnia sportowa posiada parametry techniczne nie gorsze od wymaganych. Na marginesie zwrócić należy uwagę, iż ciężar udowodnienia równoważności produktu obciąża wykonawcę.

W tych okolicznościach uznać należy, iż zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest uzasadniony. Na tym etapie postępowania Zamawiający nie był uprawniony do podjęcia decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego się.

Zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony. Zamawiający spełnianie określonych parametrów, w świetle postanowień siwz, zobowiązany był oceniać na podstawie ściśle określonych dokumentów. Zastępowanie ich wyjaśnieniami Odwołującego się jest nieuzasadnione i sprzeczne z postanowieniami siwz, jak i powołanych przepisów ustawy Pzp.

W odniesieniu do braku podpisanego wzoru umowy w ofercie Odwołującego się, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż przedmiotowa wadliwość nie może być podstawą do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Stwierdzenie, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz jest możliwe jedynie w sytuacji, w której oświadczenie woli wykonawcy, co do istotnych postanowień umowy pozostaje w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, sformułowanymi w siwz. W niniejszym stanie faktycznym z sytuacją taką nie mamy do czynienia, Zamawiający nie wskazał na taką niezgodność. Co więcej, w ofercie Odwołujący się oświadczył, że zapoznał się z postanowieniami umowy i w przypadku wybrania jego oferty zobowiązuje się do jej zawarcia (pkt 8 formularza „Oferta wykonawcy”).

W opinii Izby, postanowienia siwz w pkt 21 ppkt 5c stanowią wymagania co do formy oferty. Uchybienie w tym zakresie nie może więc być podstawą do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak sankcji za przedmiotową wadę. Jakiegokolwiek uzupełnienia w tym zakresie są wobec powyższego bezprzedmiotowe i nieuzasadnione w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Brak podstaw do uznania, iż Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. W tym zakresie mowa może być jedynie o naruszeniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołanie się do przepisu art. 26 ust. 2 ustawy Pzp jest w niniejszym stanie faktycznym bezprzedmiotowe. Przepis art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy dokumentów składanych w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, a te nie były przedmiotem zarzutu Odwołującego się.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 i 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b 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.). Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego się w przedmiocie zasądzenia wynagrodzenia pełnomocnika, z powodu nie przedstawienia, w tym przedmiocie, rachunku do akt sprawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Sieradzu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....