

WYROK

z dnia 5 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Dagmara Gałczewska – Romek
Renata Tubisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania
wniesionego przez

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SOBET
S.A. ul. Starobrzaska 67, 49-305 Brzeg, OMICRON'S S.R.L. 75025 Policoro
(MT) Via Enrico Toti n. 6 Włochy oraz Ilona Stańczyk prowadząca
działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe
GRETASPORT Ilona Stańczyk ul. Jaworowa 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Gminę Miasto Brzeg Ul. Robotnicza 12, 9-300 Brzeg

protestu z dnia 28 grudnia 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia: Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa
Przemysłowego nr 2 WROBIS S.A. ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław,
Tamex Obiekty Sportowe S.A. ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa oraz
Energy Investors Sp. z o.o. ul. Wiejska 12, 00-490 Warszawa**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie
Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SOBET S.A. ul. Starobrzeska 67, 49-305 Brzeg, OMICRON'S S.R.L. 75025 Policoro (MT) Via Enrico Toti n. 6 Włochy oraz Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk ul. Jaworowa 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SOBET S.A. ul. Starobrzeska 67, 49-305 Brzeg, OMICRON'S S.R.L. 75025 Policoro (MT) Via Enrico Toti n. 6 Włochy oraz Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk ul. Jaworowa 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SOBET S.A. ul. Starobrzeska 67, 49-305 Brzeg, OMICRON'S S.R.L. 75025 Policoro (MT) Via Enrico Toti n. 6 Włochy oraz Ilona Stańczyk prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT Ilona Stańczyk ul. Jaworowa 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza.**

U z a s a d n i e n i e

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pod nazwą *Regionalne Centrum Sportowo – – Rekreacyjne w Brzegu – przebudowa boisk z zapleczem* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 24 czerwca 2009 r. pod numerem 2009/S 118-170759. Wartość zamówienia wraz z zamówieniami uzupełniającymi wynosi 27.906.040,58 złotych, tj. 7.197.658,19 euro, a więc przekracza tzw. progi unijne. Termin składania ofert upłynął 30 listopada 2009 r.

W postępowaniu złożono 3 oferty, w tym ofertę z najniższą ceną złożył Odwołujący, a kolejną Przystępujący.

Pismem z 8 grudnia 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dokonania uzupełnień złożonych dokumentów m.in. w zakresie dokumentu potwierdzającego, że nie orzeczono wobec OMICRON'S S.R.L. jako podmiotu zbiorowego zakazu ubiegania się o zamówienie, przetłumaczonego na język polski oraz wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert oraz wyjaśnień treści oferty dotyczącej ilości włókien na m² – żądane było min. 560.000 szt/m², z oferty wynika 471.240 szt/m² oraz rodzaju włókna – żądane było polietylenowo – poliamidowe lub poliamidowe 100% włókien monofilowych, włókna proste i skręcone, Dtex: min. 11.800, a w ofercie zaoferowano włókna polietylenowe odporne na UV, Dtex 12.000.

14 grudnia 2009 r. Odwołujący uzupełnił dokumenty (zaświadczenie sądu w Materze z 1 grudnia 2009 r.) i wyjaśnienia. W wyjaśnieniach Odwołujący oświadczył, iż zaoferowana trawa posiada 471.241 szt/m² włókien, przy bardzo dużej ilości splotów – 27.720 szt/m² wobec wymaganych 17.500 szt/m², co ma znacznie większy wpływ na właściwości techniczne niż ilość włókien. Poza tym stwierdził, iż firma DOMO ZELE NV w polskich warunkach rekomenduje nawierzchnie wykonane z włókien polietylenowych i opisał zalety takiej nawierzchni.

Z wewnętrznego pisma Zamawiającego z 15 grudnia 2009 r. dotyczącego oceny wyjaśnień i uzupełnień wynika, iż uznał on, że wykonawca proponuje trawę o ilości włókien mniejszej niż wymagana wskazując, iż oferowana trawa ma większą ilość pęczków na m², natomiast wykonawca proponuje włókno polietylenowe na podstawie rekomendacji firmy DOMO ZELE NV.

18 grudnia 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz o uznaniu za najkorzystniejszą oferty Przystępującego. Zgodnie z tą informacją przyczyną wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych było złożenie dokumentów potwierdzających udział w postępowaniu zawierających błędy, tj. do upływu terminu wyznaczonego na uzupełnienie Odwołujący uzupełnił dokument, jednak nieaktualny na dzień otwarcia ofert (30 listopada 2009 r.), gdyż został on wystawiony 1 grudnia 2009 r. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z tego względu, iż ze złożonych wyjaśnień wynika, że zaproponowana trawa syntetyczna DOMO GREEN DE LUXE 35M nie spełnia minimalnych wymogów stawianych przez Zamawiającego w zakresie ilości włókien i rodzaju włókna.

28 grudnia 2009 r. Odwołujący wniósł protest na tę czynność, który Zamawiający oddalił 7 stycznia 2010 r.

30 grudnia 2009 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Od tego rozstrzygnięcia 15 stycznia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 7, art. 22, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz wykluczenia go z postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uznania, iż najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu złożył Odwołujący.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający myli się twierdząc, że uzupełniając wymagany dokument Odwołujący dostarczył ten dokument nieaktualny na dzień otwarcia ofert, tj. na 30 listopada 2009 r., gdyż wystawiony 1 grudnia 2009 r. Decydująca dla oceny spełnienia przesłanki wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest data wystawienia przedmiotowego dokumentu, lecz, jak wynika to z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zatem wskazywana przez Zamawiającego okoliczność wystawienia dokumentu po upływie terminu składania ofert, stanowiąca podstawę do wykluczenia Odwołującego z postępowania, nie ma żadnego znaczenia dla oceny spełnienia warunku, skoro sama treść dokumentu potwierdza spełnienie warunku najpóźniej na dzień składania ofert, z czym zgadza się Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu. Skoro więc co do tej kwestii nie ma sporu, to decydująca powinna być treść samego dokumentu przedłożonego na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący złożył dokument dotyczący jednego z partnerów konsorcjum, firmy OMICRON'S S.R.L., zawierający oświadczenie sądu w Materze, iż „wobec ww. firmy, jako podmiotu zbiorowego, nie orzeczono zakazu ubiegania się o wszelkiego typu zamówienia publiczne”. W treści dokumentu zawarto także zapis o tym, że „brak wzmianek o tym, by wymienione procedury zostały wszczęte w ciągu ostatnich pięciu lat, jak też żaden wniosek o ich wszczęcie nie wpłynął w ciągu ostatnich dwóch lat”. Zapis ten odnosi się zarówno do postępowań upadłościowych (niewypłacalność, postępowanie układowe, zarząd komisaryczny), jak również do procedury zakazu ubiegania się o wszelkiego typu zamówienia publiczne. Sąd w Materze odnosi bowiem ten zapis do wszystkich procedur zawartych w treści dokumentu. Dlatego nie jest prawdą twierdzenie Zamawiającego zawarte w treści rozstrzygnięcia protestu iż: „w okresie ostatnich 5 lat licząc od dnia 01.12.2009 r. nie zostały wszczęte wobec OMICRON'S procedury dotyczące postępowania upadłościowego i układowego ani też żaden wniosek o ich wszczęcie nie wpłynął w ciągu

ostatnich 2 lat”. Zamawiający bezzasadnie ograniczył oświadczenie dotyczące procedur jedynie do postępowań upadłościowych i układowych. Gdyby teza ta była prawdziwa, w treści oświadczenia powinno znaleźć się określenie „powyższe procedury”, tymczasem w treści zawarto określenie: „wymienione procedury”, co jednoznacznie potwierdza, że chodzi o wszystkie procedury zawarte w treści dokumentu. Skoro więc procedura dotycząca zakazu ubiegania się podmiotu zbiorowego o zamówienia publiczne nie została wszczęta w ciągu ostatnich 5 lat od daty wystawienia dokumentu, jak też żaden z wniosków o jego wszczęcie nie wpłynął w ciągu ostatnich dwóch lat od daty wystawienia, to oznacza że wobec firmy OMRICON'S S.R.L nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia. Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił najbardziej aktualny dokument jaki posiadał, jednak Odwołujący dysponuje również dokumentem wystawionym 3 września 2009 r. potwierdzającym, że wobec firmy OMRICON'S S.R.L. nie orzeczono przedmiotowego zakazu.

Zamawiający stwierdził, iż zaproponowana trawa syntetyczna DOMO GREEN DE LUXE 35 M nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie ilości włókien i rodzaju włókna. Jednak Zamawiający nie zdefiniował pojęcia równoważności w odniesieniu do nawierzchni z trawy syntetycznej ani w treści ogłoszenia, ani w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w treści udzielonych wykonawcom wyjaśnień, a dopiero w rozstrzygnięciu protestu wskazując na minimalne wymagania dotyczące poszczególnych parametrów określone w piśmie z 6 listopada 2009 r. Zatem, zgodnie z opinią Odwołującego, mógł on zaoferować przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. 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.

Zamawiający może opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby zaoferowany produkt mógł zaoferować tylko jeden podmiot, jeśli jego

potrzeby w tym względzie muszą są zobiektywizowane, a takich zobiektywizowanych potrzeb Zamawiający nie uzasadnił. Odwołujący uzasadnił równowagę zaoferowanego przez siebie produktu z wymogami Zamawiającego podkreślając, że zaoferował nawierzchnię z trawy syntetycznej jakościowo lepszą od opisanej przez Zamawiającego w piśmie z 6 listopada 2009 r., charakteryzującą się najwyższymi dostępnymi standardami jakościowymi.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w modyfikacji pismem z 6 listopada 2009 r.), określił parametry dotyczące nawierzchni z trawy syntetycznej:

wysokość całkowita nawierzchni: min. 37 mm – max 42 mm,

gęstość: ilość splotów/m² min. 17.500, ilość włókien/m² min. 560.000,

kolor nawierzchni: zielony,

linie: wklejone w nawierzchnię – białe lub żółte.

ciężar całkowity: min. 3 400 gr/m²,

rodzaj włókna: polietylenowo – poliamidowe lub poliamidowe, 100% włókien monofilowych, włókna proste i skręcone lub skręcone, Dtex: min. 11.800,

osnowa: wzmocniona włókniną szklaną min. 140gr/m² lub tkaniną poliestrową o gramaturze min. 260 gr/m², pokrycie lateksem min 1000 gr/m²,

wypełnienie: nie wymagane.

Zamawiający dokonał więc opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy szeregu parametrów technicznych, dopuszczając równocześnie złożenie ofert równoważnych. Działanie to było w pełni uzasadnione i konieczne z uwagi na podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający, nie wskazując wprost nazwy handlowej trawy syntetycznej, *de facto* jednoznacznie wskazał na konkretną trawę. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą oraz dorobkiem doktryny art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zakazuje nie tylko bezpośredniego wskazywania produktu poprzez przywołanie jego nazwy, ale również takiego opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy cech technicznych i jakościowych, że mogą one zostać spełnione tylko przez konkretny produkt. Dlatego Zamawiający słusznie uzupełnił opis techniczny o jednoznaczną klauzulę dopuszczającą oferowanie produktów równoważnych.

Stanowisko Zamawiającego: Odwołujący wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dostarczył nieaktualny na dzień otwarcia ofert tj. na 30 listopada 2009 r., gdyż wystawiony 1 grudnia 2009 r. Zamawiający wyraźnie w pkt. 6 ppkt. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w wezwaniu do uzupełnienia oferty poinformował wykonawcę, że dokument winien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Termin ten wynika wprost z Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Określenie przez ustawodawcę jednolitego dla wszystkich wykonawców terminu, do którego upływu mają Wykonawcy potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu ma niebagatelne znaczenie dla zapewniania zasady równego traktowania wykonawców. W związku z takim określeniem okresu, z którym przepisy wiążą domniemanie prawdziwości dokumentu, Zamawiający uznał, że zaświadczenie z sądu w Matera jest nieprawidłowe. W ocenie Zamawiającego treść zaświadczenia z sądu w Materze nie jest jednoznaczna, wynika z niej bowiem, że w okresie ostatnich 5 lat licząc od 1 grudnia 2009 r., nie zostały wszczęte procedury dotyczące postępowania upadłościowego i układowego ani też żaden wniosek o ich wszczęcie nie wpłynął w ciągu ostatnich 2 lat. Z dalszej części dokumentu wynika dopiero, że nie orzeczono ponadto zakazu ubiegania się o udzielenie zamówień publicznych. Zdanie to jest niejako odrębne od reszty oświadczenia. Z treści tego zaświadczenia nie wynika zatem jednoznacznie, czy na dzień otwarcia ofert nie orzeczono wobec OMICRON'S jako podmiotu zbiorowego zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym dokument w ocenie Zamawiającego budzi wątpliwości, czy pomimo, iż został wystawiony po upływie terminu do składania ofert, potwierdza spełnianie przez Wykonawcę warunku na ten dzień, chociaż co do zasady Zamawiający zgadza się, iż uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty mogą być wystawione po upływie terminu składania ofert lub wniosków, ale ich treść powinna potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (wniosków).

Pomimo złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie parametrów zaproponowanej nawierzchni z trawy syntetycznej, dalej istnieją rozbieżności w zakresie ilości włókien i rodzaju włókna, w związku z powyższym oferta nie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka podlega odrzuceniu. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił minimalne parametry nawierzchni, skoro Odwołujący uznał, iż zaproponowane przez niego parametry nawierzchni są równoważne z wymogami określonymi przez Zamawiającego, winien na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień wykazać w sposób jednoznaczny, że przedstawiony produkt jest w pełni równoważny i spełniający wszystkie wymogi Zamawiającego. Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie zostały uznane przez Zamawiającego za wystarczające, gdyż nadal w zakresie ilości włókien i rodzaju włókna istniały rozbieżności. Stąd uzasadnione było odrzucenie przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie poparł swojego twierdzenia, iż tylko jeden produkt spełnia wymogi, jakimkolwiek dowodem. Ponadto przetarg ogłoszony został w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, a więc niezależnie od tego, ilu potencjalnych dystrybutorów nawierzchni trawy syntetycznej o minimalnych parametrach wskazanych przez Zamawiającego znajduje się na terenie Polski, istnieją potencjalni dostawcy na obszarze Unii Europejskiej.

Na podstawie ustalonego powyżej stanu faktycznego, dokumentacji postępowania i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszym postępowaniu złożono następujące dokumenty dotyczące podniesionego zarzutu dotyczącego niekaralności OMICRON'S S.R.L.:

1. Do oferty Odwołujący dołączył kopię dokumentu datowanego na 14 października 2009 r. wraz z kopią jego tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego wystawionego przez sąd w Materze Wydział ds. Upadłości – Protokołów – Egzekucyjny zaświadczający, że na podstawie danych zawartych w rejestrze tego sądu odnośnie spółki OMICRON'S S.R.L. „brak

adnotacji na temat toczących się postępowań upadłościowych (niewypłacalność, postępowanie układowe zarząd komisaryczny) i z tego względu spółka może swobodnie wykonywać swoje uprawnienia;

[od nowego wersu] brak wzmianek o tym, by wymienione procedury zostały wszczęte w ciągu ostatnich pięciu lat, jak też żaden wniosek o ich wszczęcie nie wpłynął w ciągu ostatnich dwóch lat.” (przytoczono treść według tłumaczenia)

Jednocześnie w ofercie brak było dokumentu odnoszącego się do niekaralności OMICRON'S S.R.L. jako podmiotu zbiorowego.

2. W ramach uzupełnienia dokumentów Odwołujący złożył kopię dokumentu datowanego na 1 grudnia 2009 r. wraz z kopią jego tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego wystawionego przez sąd w Materze Wydział ds. Upadłości – Protokołów – Egzekucyjny zaświadczający, że na podstawie danych zawartych w rejestrze tego sądu odnośnie spółki OMICRON'S S.R.L. „brak adnotacji na temat toczących się postępowań upadłościowych (niewypłacalność, postępowanie układowe zarząd komisaryczny) i z tego względu spółka może swobodnie wykonywać swoje uprawnienia;

[od nowego wersu] brak wzmianek o tym, by wymienione procedury zostały wszczęte w ciągu ostatnich pięciu lat, jak też żaden wniosek o ich wszczęcie nie wpłynął w ciągu ostatnich dwóch lat. Wobec Omicron's S.R.L. jako podmiotu zbiorowego nie orzeczono zakazu ubiegania się o wszelkiego typu zamówienia publiczne.” (Przytoczono treść według tłumaczenia z zachowaniem podziału na wersy). W oryginalnym piśmie ostatnie zdanie zapisano od nowego wersu, po średniku i odstępnie (akapit typu angielskiego).

3. Do odwołania Odwołujący załączył kopię dokumentu datowanego na 3 września 2009 r. wraz z kopią jego tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego wystawionego przez sąd w Materze Wydział ds. Upadłości – Protokołów – Egzekucyjny zaświadczający, że na podstawie danych zawartych w rejestrze tego sądu odnośnie spółki OMICRON'S S.R.L. „brak adnotacji na temat toczących się postępowań upadłościowych (niewypłacalność, postępowanie układowe, zarząd komisaryczny) i z tego względu spółka może swobodnie wykonywać swoje uprawnienia;

brak wzmianek o tym, by wymienione procedury zostały wszczęte w ciągu ostatnich pięciu lat, jak też żaden wniosek o ich wszczęcie nie wpłynął w ciągu ostatnich dwóch lat.

Wobec OMICRON'S S.R.L. jako podmiotu zbiorowego nie orzeczono zakazu ubiegania się o wszelkiego typu zamówienia publiczne."

Do odwołania Odwołujący dołączył też kopię oświadczenia złożonego przed notariuszem i jego uwierzytelnionego tłumaczenia, w którym prawny przedstawiciel spółki OMICRON'S S.R.L. oświadczył, iż wobec tej spółki nie toczą się żadne postępowania ani procedury upadłościowe i firma może uczestniczyć w przetargach o zamówienia publiczne oraz nie zalega z płatnościami przewidzianymi przez przepisy prawa.

Jednak dokumenty przedstawione wraz z odwołaniem nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie zostały w odpowiednim czasie przedstawione Zamawiającemu.

Z opisaney powyżej treści i układu dokumentów wynika, iż Zamawiający prawidłowo wywnioskował, że informacja o braku procedur w ciągu ostatnich 2/5 lat dotyczy pierwszej części zaświadczenia, czyli postępowania upadłościowego, a nie niekaralności. Potwierdza to zwłaszcza porównanie dokumentu z 3 września i 1 grudnia 2009 r. z dokumentem z 14 października 2009 r., w którym znajdują się dwie pierwsze informacje, a brak informacji o zakazie ubiegania się o zamówienie.

Jednak sama treść „nie orzeczono zakazu ubiegania się” odnosi się do przeszłości, a więc w tym przypadku można uznać, że treść potwierdza brak przesłanki wykluczenia odnoszącej się do art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia po modyfikacji pismem z 6 listopada 2009 r. wynika, iż Zamawiający postawił następujące „wymagania minimalne parametry” dotyczące nawierzchni z trawy syntetycznej: gęstość:

ilość splotów/m² min. 17.500, ilość włókien/m² min. 560.000 oraz rodzaj włókna: polietylenowo – poliamidowe lub poliamidowe, 100% włókien monofilowych, włókna proste i skręcone, Dtex: min. 11.800.

Z treści oferty Odwołującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień z 14 grudnia 2009 r. wynika, iż zaoferował on trawę o parametrach niższych niż wymagane przez Zamawiającego. Tym samym treść jego oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi podstawę do jej odrzucenia. Nie ma przy tym znaczenia, iż inny z parametrów (ilość splotów) jest lepszy niż wymagany przez Zamawiającego ani opinia Odwołującego lub też producenta/dystrybutora trawy na temat jakości i przydatności włókna polietylenowego.

Biorąc pod uwagę brzmienie powyższego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym Zamawiający podał konkretne parametry minimalne, Odwołujący nie może powoływać się na równoważność produktu. Przy takim sformułowaniu wymagań Zamawiającego wykonawcy muszą zaoferować produkt charakteryzujący się wszystkimi wymaganymi parametrami, a nie produkt według nich „równoważny”. Zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych równoważność produktu odnosi się do sytuacji, w której zamawiający opisz przedmiot zamówienia nie za pomocą jego cech technicznych, funkcjonalnych, użytkowych itd., lecz przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, co nie ma miejsca w niniejszej sytuacji. Natomiast art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych ma zastosowanie, gdy zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1 – 3 art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc także nie odnosi się do niniejszej sytuacji.

Również wszelkie zastrzeżenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny być zgłaszane przed upływem terminu składania ofert, w terminach przewidzianych w art. 183 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Po złożeniu ofert Zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, inne jego zachowanie byłoby naruszeniem zasad udzielania zamówień

publicznych, w tym przejrzystości postępowania i zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 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, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122). Izba nie przyznała Zamawiającemu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, gdyż nie przedłożył on wymaganych przywołanym przepisem rachunków.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....