

**WYROK**  
**z dnia 2 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 lipca 2010 r. przez **INTERHALL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-144 Katowice, ul. Józefowska 6** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Gmina Miejska Żory, Urząd Miasta Żory, 44-240 Żory, Al. Wojska Polskiego 25**

przy udziale **POLCOURT Spółka Akcyjna, ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7, 01-510 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty INTERHALL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-144 Katowice, ul. Józefowska 6 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem tej oferty oraz dokumentów złożonych przez tego wykonawcę w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów.**
2. **Kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Żory, Urząd Miasta Żory, 44-240 Żory, Al. Wojska Polskiego 25 i nakazuje:**
  - 1) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczzonego przez INTERHALL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-144 Katowice, ul. Józefowska 6,**
  - 2) **dokonać wpłaty kwoty 13807 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset siedem złotych zero groszy) przez Gminę Miejską Żory, Urząd Miasta Żory, 44-240 Żory,**

**Sygn. akt KIO 1527/10**

**Al. Wojska Polskiego 25** na rzecz **INTERHALL spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 40-144 Katowice, ul. Józefowska 6**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Żory, Urząd Miasta Żory – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na robotę budowlaną pn. „Budowa pełnowymiarowego boiska piłkarskiego w Dzielnicy Pawlikowskiego w Żorach”.

15 lipca 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował Odwołującego – INTERHALL spółka z o.o. z Katowic o wynikach postępowania – odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez POLCOURT S.A. z Warszawy. W tym samym dniu Zamawiający odrębnym pismem zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu na podstawie przepisu art. 46 ust. 4a pzp wniesionego wadium.

20 lipca 2010 r. (pismem z 19 lipca 2010 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu w tym samym dniu przekazał kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż przez podjęte czynności Zamawiający naruszył następujące przepisy Prawa zamówień publicznych:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez bezprawne odrzucenie Odwołującego.
3. Art. 46 ust. 4a poprzez bezprawne zatrzymanie wadium Odwołującemu.
4. Art. 91 ust. 1 poprzez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty POLCOURT S.A. oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Nakazanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
4. Unieważnienia czynności zatrzymania wadium Odwołującemu.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty gdyż Odwołujący 9 lipca 2010 r. uzupełnił wszystkie wymagane w wezwaniu Zamawiającego z 7 lipca 2010 r. dokumenty. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów w pkt B zostało tak sformułowane, że dało możliwość dołączenia przez

## Sygn. akt KIO 1527/10

Odwołującego alternatywnie jednego z żądanych w nim dokumentów poprzez wstawianie spójnika „lub”. Według zasad gramatyki języka polskiego spójnik „lub” jest spójnikiem rozłącznym łączącym dwie części zdania, wskazując, że przynajmniej jedna część jest wymagana. Dla uzyskania innego efektu należałoby użyć spójnika łącznego „i”.

Rozkładając na części pierwsze zdanie określone w pkt. 10 zmodyfikowanej w dniu 23 czerwca 2010 s.i.w.z. w brzmieniu literalnym Zamawiający żądał: a) Raportu z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd), potwierdzający zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009, Certyfikatu lub deklaracji zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, lub b) aprobaty technicznej ITB lub c) rekomendacji technicznej ITB, lub d) wyników badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni np. Labosport, lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd. Ponadto w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości Zamawiający w tym punkcie dopisał po myślniku – „dokument ten będzie stanowić załącznik nr 10 do oferty”. Sformułowanie „dokument” wskazuje jednoznacznie na liczbę pojedynczą. Gdyby Zamawiający wymagał więcej niż jednego dokumentu określonego w pkt 10 z pewnością napisałby „-dokumenty te będą stanowić załącznik nr 10 do oferty”.

Zamawiający wymagał dołączenia do oferty kilku dokumentów dotyczących nawierzchni sportowej i w tym celu dla każdego z tych dokumentów przewidział odrębny punkt. W przypadku, gdyby Zamawiający wymagał obowiązkowo dokumentu raportu z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd) potwierdzającego zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009 a reszty dokumentów alternatywnie winien był wówczas użyć średnika pomiędzy słowami „... edycja 2009; certyfikat...”

Ponadto, zdaniem Odwołującego, dokument będący przedmiotem sporu nie ma znaczenia dla jakości oferowanego przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu nie zaszła żadna z przesłanek umożliwiająca Zamawiającemu skorzystanie z dyspozycji artykułu 46 ust. 4a pzp, gdyż na wezwanie Zamawiającego Odwołujący we wskazanym terminie i miejscu złożył wszystkie dokumenty, których Zamawiający żądał w wezwaniu do uzupełnienia. Odwołujący nie ma wpływu na, jak się okazuje, nieprecyzyjne zapisy s.i.w.z. oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zgodnie z ukształtowaną linią orzecniczą Krajowej Izby odwoławczej i opinią prawną UZP w sprawie zatrzymywania wadium czytamy: „...zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP może nastąpić wyłącznie w sytuacji wcześniejszego prawidłowego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 16 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1530/08). W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż

## Sygn. akt KIO 1527/10

precyzyjne określenie żądania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp obciąża zamawiającego. Brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy, a w konsekwencji nie może stanowić podstawy do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy pzp.

27 lipca 2010 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, której odpisy zostały przekazane Odwołującemu i Przystępującemu na rozprawie 29 lipca 2010 r. – w której wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska podał, iż niedołączenie do oferty „raportu z badań...” jest następstwem pobieżnego i niedokładnego zapoznania się przez Odwołującego ze s.i.w.z. oraz odpowiedziami na pytania innych wykonawców, a nie wynikiem nieprecyzyjnych zapisów s.i.w.z. Istnieje kilka dowodów na to, iż Zamawiający dokładnie opisał wymagane dokumenty, które należało załączyć do oferty.

Wobec brzmienia ppkt 10 pkt 6 s.i.w.z. (po ostatecznej modyfikacji), przytoczonego w sposób tożsamy w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z 7 lipca 2010 r., nie można przyjąć rozumienia Odwołującego, iż wystarczającym do spełnienia wymagań Zamawiającego było dołączenie alternatywnie jednego z wymienionych tam dokumentów. Jak zauważył Odwołujący spójnik „lub” oznacza, że wystarczającym jest dołączenie jednego z kilku dokumentów, jednakże po fragmencie zdania wymieniającym raport użyto przecinka, a nie spójnika „lub”. W języku polskim składniki wyliczenia podaje w ciągu używając przy tym przecinka i nie ma żadnych podstaw do tego by pod znakiem interpunkcyjnym jakim jest przecinek doszukiwać się znaczenia spójnika „lub”.

Prezentowana przez Odwołującego interpretacja jest tym bardziej zaskakująca, że raport z badań określa parametry nawierzchni z wykorzystaniem metod opisanych Podręczniku Metod Badawczych dla nawierzchni piłkarskich, które to parametry w pozostałych dokumentach wymienionych po przecinku nie są określone i wymienione, a zatem nie mogą one w żaden sposób stanowić dokumentu alternatywnego w stosunku do niego.

O słuszności przyjętego przez Zamawiającego rozumienia postanowienia ppkt 10 pkt 6 s.i.w.z. świadczy również bezspornie jeszcze inny jej fragment, zawarty w pkt 3 zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w ppkt. A (pod tytułem „Dokumenty dotyczące nawierzchni syntetycznej”). Wykonawca już na samym początku s.i.w.z. został zapoznany z tym jakie dokumenty będzie musiał załączyć do oferty, a ponieważ za raportem z badań postawiono kropkę, to oznacza, iż bez posiadania takiego dokumentu wykonawca nie może uzyskać przedmiotowego zamówienia.

## Sygn. akt KIO 1527/10

Niezasadne jest tłumaczenie przez Odwołującego swojego zaniechania tym, iż w s.i.w.z. za dokumentami wymienionymi w pkt. 6A ppkt 10 napisano „dokument ten będzie stanowić załącznik nr 10 do oferty”. Zapis taki jest standardem, pewnym wzorem Zamawiającego, co Odwołujący powinien zauważyć, ponieważ nie pierwszy raz uczestniczy w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Żory. Poza tym choćby w pkt. 6A ppkt 9, tj. „Certyfikaty lub atesty bezpieczeństwa wydane przez jednostki certyfikujące. akredytowane przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji dla wyposażenia boiska - dokument ten będzie stanowić załącznik nr 9 do oferty” również użyta została liczba pojedyncza, a wiadomym jest iż pod tym punktem mieści się kilka dokumentów.

Gdyby Odwołujący dołożył należytej staranności i zapoznał się z zapisami s.i.w.z. nie miałby wątpliwości co do tego jakie są wymagania Zamawiającego i w związku z tym jakie dokumenty należy złożyć wraz z ofertą. Odwołujący nie zapoznał się w wystarczający sposób z opisem przedmiotu zamówienia. W przeciwnym wypadku wątpliwości będące przedmiotem sporu w ogóle by nie wystąpiły albo co najmniej Odwołujący wystąpiłby w trybie art. 38 ustawy pzp o wyjaśnienie zapisów s.i.w.z. Zaniechanie Odwołującego w tym zakresie spowodowało, iż nie znając rzeczywistych potrzeb Zamawiającego zaryzykował i złożył ofertę. Obecnie Odwołujący próbuje podważyć prawidłowość przeprowadzonego postępowania starając się przenieść na Zamawiającego skutki swojej nierzetelności w zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia.

O nierzetelności i niestaranności Odwołującego świadczy m.in. to, że nie załączył do oferty żadnego z wymaganych przez Zamawiającego dokumentów dotyczących trawy syntetycznej. Badając ofertę Odwołującego Zamawiający nie mógł więc zbadać najważniejszej dla niego kwestii tj. tego, czy oferowana trawa syntetyczna spełnia jego wymagania. Odwołujący mając na uwadze art. 26 ust. 3 ustawy pzp nakazujący Zamawiającemu wzywać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy usługi czy roboty budowlane potwierdzają jego wymagania, postanowił wykorzystać go niezgodnie ze swoim przeznaczeniem. Uczynił to nie dołączając do oferty żadnego dokumentu z zamiarem załączenia ich po otwarciu ofert poznawszy swoją pozycję w przetargu oraz rodzaje traw jakie zastosowali inni wykonawcy. Podejrzanie, iż Odwołujący działał właśnie z takim zamiarem dodatkowo świadczy o nieznanym przedmiotu zamówienia. W dalszym ciągu Zamawiający nie może ocenić tego, czy oferowana trawa spełnia jego wymagania, ponieważ nie dołączono wymaganego bezwzględnie dokumentu. a bez tego wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej jest niemożliwy. Odwołujący miał 2 razy szansę na załączenie raportu z badań, pierwszy raz w kompletnej ofercie, drugi w prawidłowo sformułowanym piśmie wzywającym do uzupełnienia dokumentów. Pozostałych 4 wykonawców nie miało wątpliwości w interpretacji zapisów s.i.w.z., gdyż przy identycznie

## Sygn. akt KIO 1527/10

sformułowanych pismach trzech uzupełniło wymagane dokumenty, a jeden załączył je wprost do oferty.

Kolejny argument na to, iż Odwołujący nie ma racji, stanowi pismo zamieszczone na stronie internetowej 28 czerwca 2010 r. W ostatnim akapicie pisma Zamawiający wskazuje, że: „Zamawiający będąc świadomy, iż żądanie certyfikatu FIFA 2 Star dla obiektu, na którym zainstalowano oferowaną nawierzchnię może wykluczyć zastosowanie traw syntetycznych produkowanych przy zastosowaniu najnowszej technologii. W przedłożonej Wykonawcom w dniu 23.06.2010 r. modyfikacji wprowadził następujący zapis oferowana nawierzchnia winna posiadać raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sporis Labs Ltd) potwierdzający zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009” Z zapisu tego znowu wynika bezsprzecznie, że w celu potwierdzenia warunków określonych w pkt 5 s.i.w.z. bezwzględnie należy dołączyć raport z badań.

Obowiązek aby oferowana nawierzchnia posiadała ten raport tym bardziej wynika z tego, że Zamawiający 23 czerwca 2010 r. zmienił ten warunek dopisując, na końcu słówko „edycja 2009”. Jeżeli raport ten nie miałby znaczenia dla Zamawiającego to przecież nie dokonywałby jego zmiany. Zamawiający nie znajduje żadnych podstaw do tego, żeby na podstawie ww. sformułowania SIWZ za wystarczające uznać dołączenie do oferty certyfikatu z z normą PN-EN 15330-1:2008 czy wyników badań specjalistycznego laboratorium potwierdzających parametry oferowanej nawierzchni Labosport, jak uczynił Odwołujący, które to dokumenty owszem potwierdzają jakość oferowanej trawy ale nie potwierdzają spełnienia najważniejszego wymogu postawionego przez Zamawiającego.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia przepisu art. 46 ust. 4a ustawy polegającego na bezprawnym zatrzymaniu Odwołującemu wadium. Z przepisu tego wynika, że obowiązkiem Zamawiającego było zatrzymanie wadium jeśli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. W niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, że Odwołujący nie uzupełnił wszystkich brakujących dokumentów. W konsekwencji Zamawiający zmuszony był wadium zatrzymać.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty (w domyśle oferty Odwołującego) także nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować i nie ma pewności, czy Odwołujący zaoferował trawę syntetyczną spełniającą wszystkie wymagania postawione przez Zamawiającego.

## Sygn. akt KIO 1527/10

Zarzut naruszenia art. 7 ustawy nie został szerzej rozwinięty w odwołaniu i nie jest on zrozumiały dla Zamawiającego, gdyż nawet gdyby zapisy s.i.w.z. budziły wątpliwości, to i tak nie powodowałyby to naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

23 lipca 2010 r. (data wpływu na elektroniczną skrzynkę podawczą Izby) wykonawca POLCOURT S.A. z Warszawy zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wykonawca podniósł w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia następujące okoliczności.

Zamawiający w s.i.w.z. wymagał, aby wykonawca załączył do oferty „Raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd) potwierdzający zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009, Certyfikat lub deklarację zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, lub aprobatę techniczną ITB, lub Rekomendacja Techniczna ITB, lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni np. Labosport, lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd” Z powyższego zapisu jednoznacznie wynika, iż Zamawiający żądał w tym punkcie 2 dokumentów: po pierwsze – dokumentu potwierdzającego zgodność parametrów nawierzchni z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009, po drugie – dokumentu potwierdzającego zgodność z normą PN-EN 15330-1:2008. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie załączył do oferty dokumentów dotyczących nawierzchni syntetycznej i wyposażenia sportowego, Zamawiający 7 lipca 2010 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wymaganych w s.i.w.z. Tym samym wypełnił obowiązek, który nakłada na niego art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Odwołujący w uzupełnieniu z 9 lipca 2010 r. nie załączył dokumentu potwierdzającego zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009.

Zamawiający nie ma prawa wzywać drugi raz do uzupełnienia tego samego dokumentu. Powyższe potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 27/09) w którym czytamy: „Wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest traktowane jako czynność jednokrotna, niepowtarzalna. Przepis ten ma charakter wyjątkowy i nie może być nadużywany, gdyż wielokrotne skorzystanie przez zamawiającego z możliwości przedłużania terminu uzupełniania dokumentów, których brak skutkować może: wykluczeniem z przetargu, może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców”.



## Sygn. akt KIO 1527/10

Odwołujący próbuje bronić swojej oferty powołując się na fakt użycia przez Zamawiającego spójnika „lub”, jednakże warto zauważyć, iż spójnik ten pojawia się tylko i wyłącznie w części zdania dotyczącej wymagania złożenia drugiego dokumentu wymienionego w spornym punkcie tj. Certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, lub aprobatą techniczną ITB, lub rekomendacja techniczna ITB, lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni np. Labosport, lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd”. Twierdzenia Odwołującego nie mają jednak poparcia w literalnym brzmieniu spornego zapisu s.i.w.z. Ponadto wskazać należy, iż wszyscy inni wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu poprawnie rozumieli postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (oprócz Odwołującego w postępowaniu złożyło oferty 4 wykonawców). Odwołujący wcześniej nie podnosił, że postanowienia s.i.w.z. są dla niego niejasne, miał przecież prawo zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia jej treści.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów dokonane było w sposób prawidłowy, Odwołujący nie uzupełnił dokumentu wymaganego w s.i.w.z w związku z powyższym Zamawiający zobowiązany był do zatrzymania Odwołującemu wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy pzp.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, jednak wobec złożenia na posiedzeniu przez Przystępującego wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, popartego przez Zamawiającego, w pierwszej kolejności Izba zajęła się ustaleniem czy zaszła przesłanka określona w tym przepisie.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, gdyż nie stwierdziła wniesienia odwołania po upływie 5-dniowego terminu od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia, określonego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 2 pzp. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, iż w związku z tym, że podstawą odrzucenia oferty był w istocie brak uzupełnienia dokumentu, którym Odwołujący nie dysponował i nadal nie dysponuje oraz biorąc pod uwagę, iż Odwołujący nie zakwestionował tej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów – termin 5 dniowy należy liczyć od daty wezwania do uzupełnienia dokumentów z 7 lipca 2010 r. W ocenie Izby, z treści odwołania wynika, iż Odwołujący zakwestionował zasadność odrzucenia swojej oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., a nie zasadność wezwania, gdyż uważa, że w wymaganym terminie uzupełnił wszystkie dokumenty, do których uzupełnienia został wezwany przez Zamawiającego. Zdaniem Izby w takiej sytuacji, nie można liczyć 5-dniowego terminu na wniesienie odwołania inaczej niż od

## **Sygn. akt KIO 1527/10**

15 lipca 2010 r. to jest od daty zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, który wnosząc odwołanie 20 lipca 2010r. dochował tego terminu zawitego na wniesienie środka ochrony prawnej.

W drugiej kolejności Izba ustaliła z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnik podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 28 maja 2010 r. pod nr 149324-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.bip.zory.pl](http://www.bip.zory.pl)), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 2.002.459,00 zł, co stanowi równowartość 521.609,54 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, która zgodnie postanowieniami pkt. 13 s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia po modyfikacji z 23 czerwca 2010 r. Zamawiający zawarł między innymi następujące postanowienia:

W pkt. 3 *Opis przedmiotu zamówienia* pkt. B *Dokumenty dotyczące nawierzchni syntetycznej*:

„Raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd), dotyczący oferowanej nawierzchni, potwierdzający zgodność jej parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009 (dostępny na FIFA.com).

Certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 15330- 1:2008, *lub*

aprobata techniczna ITB, *lub*

rekomendacja techniczna ITB, *lub*

## **Sygn. akt KIO 1527/10**

wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni np. Labosport, ISA-Sport , Sports Labs Ltd lub dokument równoważny. Certyfikat FIFA 2 Star dla zrealizowanego przez siebie obiektu.

### **Karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta.**

**Atest PZH** dla oferowanej nawierzchni.

**Autoryzacja producenta trawy syntetycznej**, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta.

### **WW. wymagane dokumenty należy dołączyć do oferty."**

W pkt. 5 *Warunki udziału w postępowaniu* pkt B *Wymagania zamawiającego*:

„1) Wyposażenie boiska winno posiadać certyfikat lub atest bezpieczeństwa wydany przez jednostki certyfikujące, akredytowane przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji.

2) Oferowana nawierzchnia winna posiadać raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd), dotyczący oferowanej nawierzchni, potwierdzający zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009, Certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, *lub* aprobatę techniczną ITB, *lub* rekomendację techniczną ITB, *lub* wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni np. Labosport, lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd

3) Karta techniczna oferowanej nawierzchni winna zostać potwierdzona przez jej producenta.

4) Oferowana nawierzchnia winna posiadać Atest PZH.

5) Oferowana trawa syntetyczna winna posiadać autoryzację producenta wystawioną dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta karta techniczna oferowanej.

6) Wykonawca winien posiadać certyfikat FIFA 2 Star dla zrealizowanego przez siebie obiektu”.

W pkt. 6 *Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* w pkt. 6 A:

„Zgodnie z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy pzp w celu potwierdzenia spełniania warunków określonych w pkt. 5 należy złożyć:

(...)

9) Certyfikaty lub atesty bezpieczeństwa wydane przez jednostki certyfikujące, akredytowane przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji dla wyposażenia boiska – dokument ten będzie stanowić **załącznik nr 9** do oferty,

### **Dla oferowanej nawierzchni:**

**10)** raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd) potwierdzający zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for

## Sygn. akt KIO 1527/10

Football Turf edycja 2009, Certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, lub aprobatę techniczną ITB, *lub* rekomendacja techniczna ITB, *lub* wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni np. Labosport, lub ISA-Sport , lub Sports Labs Ltd – dokument ten będzie stanowić **załącznik nr 10** do oferty,

**11)** Karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta – dokument ten będzie stanowić **załącznik nr 11** do oferty,

**12)** Atest PZH dla oferowanej nawierzchni. – dokument ten będzie stanowić **załącznik nr 12** do oferty

**13)** Autoryzacja producenta nawierzchni wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta – dokument ten będzie stanowić **załącznik nr 13** do oferty.

**14)** Certyfikat FIFA 2 Star dla zrealizowanego przez siebie obiektu.

**Uwaga: Dokumenty winny być aktualne na dzień składania ofert.”**

Przed zmianą s.i.w.z. z 23 lipca 2010 r. w piśmie z 11 czerwca 2010 r. Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na dwa z zadanych pytań oraz dokonał zmiany wskazanych poniżej postanowień s.i.w.z.:

„**Pytanie 3:** W SIWZ Zamawiający wymienia dokumenty dotyczące nawierzchni, które na potwierdzenie parametrów oferowanej nawierzchni należy dołączyć do oferty, w tym m.in. :

- Raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd), dotyczący oferowanej nawierzchni, potwierdzający zgodność jej parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf (dostępny na FIFA.com)

Wymieniony wyżej raport z badań jest jednak zaledwie wstępną weryfikacją nawierzchni dopuszczającą trawy syntetyczne do zasadniczych testów, dopiero w oparciu o które obiekt z zainstalowaną sztuczną trawą otrzymuje Certyfikat FIFA. Dopiero wspomniany Certyfikat FIFA a nie raport z badań świadczy o klasie produktu i daje absolutną pewność, że nawierzchnia jest odpowiednia i bezpieczna dla uprawiania futbolu. Czy zatem do oferty należy dołączyć certyfikat FIFA 2 Star dla obiektu na którym zainstalowano oferowany system nawierzchni?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wymaga dołączenia do oferty Certyfikatu FIFA dla oferowanej nawierzchni, jednakże wymaga przedłożenia aktualnego certyfikatu min. FIFA 2 Star dla obiektu, na którym zainstalowano oferowaną nawierzchnię”.

W związku z udzieloną odpowiedzią Zamawiający między innymi:

- zmodyfikował pkt. 5B przez dodanie ppkt 6 w brzmieniu „Wykonawca winien posiadać certyfikat min. FIFA 2 Star dla obiektu, na którym zainstalowano oferowaną nawierzchnię”;

## Sygn. akt KIO 1527/10

- zmodyfikował pkt. 6 przez dodanie ppkt 14 w brzmieniu „Certyfikat min. FIFA 2 Star dla obiektu, na którym zainstalowano oferowaną nawierzchnię”.

„**Pytanie 6:** Czy Zamawiający będzie wymagał dołączenia do oferty Certyfikatu FIFA 2 oraz raportu z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd) potwierdzającego zgodność jej parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf?

**Odpowiedź:** Zamawiający nie wymaga dołączenia do oferty Certyfikatu FIFA dla oferowanej nawierzchni, jednakże wymaga przedłożenia aktualnego certyfikatu min. FIFA 2 dla obiektu, na którym zainstalowano oferowaną nawierzchnię.

Dokonano modyfikacji zapisów SIWZ w niniejszym zakresie”.

W wyjaśnieniach s.i.w.z. z 28 czerwca 2010 r. w odpowiedzi na pytanie 1. o treści kończącej się sformułowaniem: „Proszę o dopuszczenie nawierzchni, która posiada raport z badań np. Labosport potwierdzający wymogi FIFA 2 Star”, Zamawiający udzielił w szczególności następującej odpowiedzi: „W żadnym z zapisów SIWZ Zamawiający nie obliguje Wykonawców do przedłożenia Certyfikatu FIFA 2 Star dla obiektu na którym zainstalowano oferowaną nawierzchnię. Zamawiający będąc świadomy, iż żądanie certyfikatu FIFA 2 Star dla obiektu, na którym zainstalowano oferowaną nawierzchnię może wykluczyć zastosowanie traw syntetycznych produkowanych przy zastosowaniu najnowszej technologii. W przedłożonej Wykonawcom w dniu 23.06.2010 r. modyfikacji wprowadził następujący zapis oferowana nawierzchnia winna posiadać raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd) potwierdzający zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009”.

Odwołujący spośród dokumentów opisanych w pkt. 6A *Dokumenty dla oferowanej nawierzchni* w ppkt. od 10 do 14 załączył do oferty certyfikaty na bramki do piłki nożnej ważne do 4 maja 2010 r. oraz Certyfikat FIFA 2 Star dla zrealizowanego boiska w Miejskim Ośrodku Sportu i Rekreacji w Sieradzu.

7 lipca 2010 r. (pismem z 6 lipca 2010 r.) Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, powołując się na postanowienia pkt 6A ppkt 9 do 13 w zw. z pkt 5B ppkt 1 do 5, pod rygorem wykluczenia z postępowania i utraty wadium w następujący sposób precyzując wezwanie: „W związku z powyższym **wzywam do uzupełnienia oferty o:**

## Sygn. akt KIO 1527/10

- **certyfikaty lub atesty bezpieczeństwa wydane przez jednostki certyfikujące akredytowane przez Polskie Centrum Badań i Certyfikacji dla wyposażenia boiska (bramki do piłki nożnej o wymiarach 5,00 x 2,00 m oraz 7,32 x 2,44 m, siatka do bramek),**
- **raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd) potwierdzający zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009, certyfikat lub deklarację zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, lub aprobatę techniczną ITB, lub rekomendację techniczną ITB, lub wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni np. Labosport, lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd,**
- **kartę techniczną oferowanej nawierzchni potwierdzoną przez jej producenta,**
- **atest PZH dla oferowanej nawierzchni,**
- **autoryzację producenta nawierzchni wystawioną dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta.**

9 lipca 2010 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył następujące dokumenty:

- 1) Certyfikat na bramkę do piłki nożnej o wymiarach 5,00 x 2,00,
- 2) Certyfikat na bramkę do piłki nożnej o wymiarach 7,32 x 2,44,
- 3) Certyfikat na siatki do bramek;
- 4) Wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni Labosport oraz Certyfikat na zgodność z normą PN-EN 15330-1;
- 5) Dokumenty dotyczące jakości zaoferowanego materiału do wypełnienia nawierzchni;
- 6) Kartę techniczną oferowanej nawierzchni potwierdzoną przez jej producenta;
- 7) Atest PZH dla oferowanej nawierzchni;
- 8) Autoryzację producenta nawierzchni wystawioną dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta.

15 lipca 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiada treści s.i.w.z., gdyż Odwołujący „pomimo wezwania go do uzupełnienia oferty nie uzupełnił jednego z obowiązkowych dokumentów dotyczących nawierzchni syntetycznej, tj. Raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd) potwierdzający zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009. Niewykazanie przez Wykonawcę, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty”.

## **Sygn. akt KIO 1527/10**

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., zmian s.i.w.z., odpowiedzi na pytania do treści s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów i udzielonej odpowiedzi oraz na podstawie innych przywołanych pism i dokumentów.

**Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 28 maja 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem, gdyż złożył najkorzystniejszą ofertę pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, zatem uwzględnienie odwołania otworzyłoby mu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie. Natomiast bezpodstawne odrzucenie jego oferty naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Żadna ze stron nie kwestionowała interesu POLCOURT S.A. w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego wykonawca ten zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i zachowując wymóg przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

## Sygn. akt KIO 1527/10

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, potwierdził się zarzut, iż odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 2 pkt 2 pzp z uwagi na niezgodność tej oferty z treścią s.i.w.z. polegającą na niezłożeniu raportu z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sport Labs Ltd.) potwierdzającego zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009, było bezzasadne.

Na wstępie Izba zważyła, iż ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym również tzw. warunków przedmiotowych dotyczących wymagań związanych z przedmiotem zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasady „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób również tzw. warunki przedmiotowe ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty na potwierdzenie, iż oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają te wymagania, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez wymóg niezbędności tych dokumentów dla przeprowadzenia postępowania. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by warunki przedmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności każdy z tzw. warunków przedmiotowych i dokument żądany na potwierdzenie jego spełnienia musi zostać w wyczerpujący, jasny i precyzyjny sposób zostać opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy kierować się literalnym brzmieniem odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Literalne brzmienie oznacza kierowanie się zwykłym znaczeniem słów, wyrażen i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego.



## Sygn. akt KIO 1527/10

Uwzględniając powyższe, po pierwsze, w ocenie Izby, nie trzeba opinii językoznawcy (złożonej przez Odwołującego w toku rozprawy), by stwierdzić, iż z postanowień ppkt. 10 pkt. 6A oraz ppkt. 2 pkt 5B s.i.w.z. w brzmieniu nadanym modyfikacją z 23 czerwca 2010 r. nie wynika jednoznacznie, iż Zamawiający wymagał obligatoryjnie złożenia w ofercie raportu z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sport Labs Ltd.) potwierdzającego zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009 oraz postawił wymóg obligatoryjnego posiadania przez oferowaną nawierzchnię takiego raportu. Literalne brzmienie postanowień tych punktów wskazuje przede wszystkim na możliwość ich odczytania w ten sposób, iż raport ten jest jednym z sześciu dokumentów (obok: certyfikatu zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, deklaracji zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, aprobaty technicznej ITB, rekomendacji technicznej ITB, wyników badań specjalistycznego laboratorium potwierdzającego parametry oferowanej nawierzchni, np. Labosport lub ISA-Sport lub Sport Labs Ltd.), spośród których wymagane jest złożenie jednego na potwierdzenie wymogu posiadania przez oferowaną nawierzchnię danego dokumentu. W języku polskim konstrukcja o schemacie: „wymagam elementu *a*, elementu *b* lub elementu *c*” należy odczytywać jako „wymagam jednego, któregośkolwiek z tych elementów (*a*, *b* lub *c*)”. Natomiast odczytywanie takiego złożonego wyrażenia w następujący sposób: „wymagam elementu *a* oraz jednego, któregośkolwiek z pozostałych elementów (*b* lub *c*)”, wcale nie jest uprawnione na gruncie reguł składniowych języka polskiego, gdyż przecinek nie może pełnić funkcji spójnika łącznego „i” czy „oraz”. Izba zważyła nadto, iż wyrażenie zawarte we wskazanych postanowieniach s.i.w.z. jest dużo bardziej złożone, gdyż składa się z wymienienia 6 elementów, z użyciem 4 razy spójnika „lub”, w tym tylko 2 razy (zamiast 3 razy), kursywą (nie licząc czterokrotnego użycia spójnika „lub” w nawiasach), co tym bardziej nie wskazuje na możliwość odczytania, iż Zamawiającemu chodziło wyłącznie o wskazaną powyżej drugą możliwość odczytania. Przede wszystkim jednak, Izba zważyła, iż postanowienie ppkt. 10 pkt. 6A s.i.w.z. kończy się sformułowaniem, po myślniku zamieszczonym po wymienieniu owych sześciu typów dokumentów, iż „dokument ten będzie stanowić załącznik nr 10 do oferty” – użyta liczba pojedyncza prowadzi do jednoznacznego wniosku, że chodzi wyłącznie o pierwszą, zgodną w pełni z regułami składniowymi języka polskiego, możliwość odczytania. Zatem z literalnego brzmienia tego postanowienia s.i.w.z. wynika, iż w celu potwierdzenia spełniania warunku określonego w ppkt. 2 pkt 5B s.i.w.z. należało złożyć jeden spośród następujących sześciu typów dokumentów: 1) raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sport Labs Ltd.) potwierdzający zgodność parametrów z Handbook of Test Methods for Football Turf edycja 2009, 2) certyfikat zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, 3) deklarację zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, 4) aprobatę techniczną ITB,

## Sygn. akt KIO 1527/10

5) rekomendację techniczną ITB, 6) wyniki badań specjalistycznego laboratorium potwierdzające parametry oferowanej nawierzchni, np. Labosport lub ISA-Sport lub Sport Labs Ltd.

Po drugie, w ocenie Izby, na powyżej opisane rozumienie postanowienia ppkt. 10 pkt. 6A (oraz ppkt. 2 pkt 5 s.i.w.z.) nie mają wpływu postanowienia zawarte w innych miejscach s.i.w.z., w szczególności w pkt. 3 dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, gdzie pod literą B z opisem „Dokumenty dotyczące nawierzchni z trawy syntetycznej” wymieniono w pierwszym akapicie raport, w następnym akapicie pozostałe 5 typów dokumentów (z ppkt. 10 pkt. 6A), w kolejnym akapicie wymieniono Certyfikat FIFA 2 Star, po czym po odstępnie wymieniono pogrubioną czcionką w kolejnych 3 akapitach kolejne 3 typy dokumentów, pod którymi, również pogrubioną czcionką znajduje się sformułowanie „WW. wymagane dokumenty należy dołączyć do oferty”. Postanowienie to, zgodnie z opisem pkt. 3B dotyczy wyłącznie opisu przedmiotu zamówienia, a nie jak pkt. 6A dokumentów, które należy złożyć na potwierdzenie warunków określonych w pkt. 5B. Faktem jest, że w pkt. 3B w sposób wyraźny sporny raport z badań został oddzielony od pozostałych 5 typów dokumentów, odmiennie niż to zredagowano w ppkt. 10 pkt. 6A i ppkt. 2 pkt. 5B, gdzie są one razem ujęte w jednym zdaniu. Z porównania tych postanowień można jednak wysnuć uprawniony wniosek, iż Zamawiający ograniczył swoje wymagania w zakresie żądanych dokumentów na etapie składania ofert w stosunku do najszerszego możliwego zakresu dokumentów przedmiotowych, których oczekuje w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. W szczególności sformułowanie „WW. wymagane dokumenty należy dołączyć do oferty”, z uwagi na to iż zostało zamieszczone bezpośrednio pod wymienieniem innych dokumentów, o których w pkt. 6A mowa jest w dalszych ppkt. 11-13 (Karta techniczna oferowanej nawierzchni, Atest PZH dla oferowanej nawierzchni, Autoryzacja producenta trawy syntetycznej), i tak jak ich nazwa zostało pogrubione – można odczytywać jako odnoszące się tylko do tych dokumentów, a nie do wcześniej wymienionych i oddzielonych pustym wierszem (wprowadzonym dopiero modyfikacją z 23 czerwca 2010 r.) dokumentów, które w pkt. 6A wymieniono w ppkt. 10. Przede wszystkim jednak, decydujące znaczenie ma literalne brzmienie, skorelowanych w sposób zgodny ze sobą postanowień ppkt 2 pkt 5B i ppkt 10 pkt 6A, dotyczących odpowiednio warunków przedmiotowych wymaganych przez Zamawiającego i wymaganych dokumentów, które należy złożyć na ich potwierdzenie. Również użycie w przytoczonym sformułowaniu zamieszczonym w pkt. 3 przymiotnika „wymagane” wskazuje, iż do oferty nie ma obowiązku załączenia wszystkich wymienionych powyżej w tym punkcie dokumentów, lecz wyłącznie tych, które są wymagane, co odsyła do postanowień ppkt 9 – 14 pkt. 6A s.i.w.z. Ponadto, modyfikacja z 23 lipca 2010 r. pozostawiła wśród dokumentów pkt 6A zatytułowanych „Dla oferowanej nawierzchni” w ppkt. 14

## Sygn. akt KIO 1527/10

Certyfikat FIFA 2 Star dla zrealizowanego przez wykonawcę obiektu. Usunięcie obligatoryjnego wymagania, by certyfikat obejmował oferowaną nawierzchnię, nie zmieniło tego, że nadal może on obejmować zastosowanie w ramach zrealizowanego już obiektu takiej samej nawierzchni z trawy syntetycznej jak oferowana w niniejszym postępowaniu.

Po trzecie, Izba zważyła, iż ani odpowiedź Zamawiającego na pytania oraz modyfikacja s.i.w.z. z 11 czerwca 2010 r., ani odpowiedź Zamawiającego na pytania do s.i.w.z. z 28 czerwca 2010 r. nie przyczyniły się do wyrażenia w sposób jednoznaczny jego intencji obligatoryjnego złożenia przez wykonawców spornego raportu z badań. W modyfikacji z 11 czerwca 2010 r. pytanie nr 3 dotyczyło relacji spornego raportu z badań do certyfikatu FIFA 2 Star i spowodowało wprowadzenie przez Zamawiającego do pkt 5B ppkt. 6, a do pkt 6A ppkt. 14 – dotyczących wymagania posiadania certyfikatu FIFA 2 star dla obiektu, na którym zainstalowano oferowaną nawierzchnię i załączenia tego dokumentu do oferty – co później zostało jeszcze raz zmienione modyfikacją z 23 czerwca 2010 r. na wymóg posiadania certyfikatu FIFA 2 Star dla zrealizowanego przez wykonawcę obiektu i załączenia dokumentu potwierdzającego do oferty. Skoro Zamawiający na skutek pytania nr 3 wprowadził 11 czerwca 2010 r. wymóg żądania certyfikatu FIFA 2 Star dla obiektu, obejmującego również oferowaną nawierzchnię, to z faktu późniejszego złagodzenia modyfikacją z 23 czerwca 2010 r. tego wymogu przez zaniechanie wymagania by złożony certyfikat FIFA 2 Star obejmował oferowaną nawierzchnię, wprost nie wynika w żaden sposób wniosek, iż uczyniło to złożenie spornego raportu z badań wymaganiem obligatoryjnym. Wręcz przeciwnie, wskazuje to na chwiejność stanowiska Zamawiającego, który przez ciągłą zmianę wymagań, uwzględniającą wnioski niektórych wykonawców, doprowadził do niezamierzonej, ale ewidentnej rozbieżności postanowień zawartych w pkt. 3 i w pkt. 5B i 6A s.i.w.z. Z kolei odpowiedź na pytanie z 28 czerwca 2010 r. do treści s.i.w.z. przede wszystkim świadczy o tym, że pomimo zmiany dokonanej 23 czerwca 2010 r. wykonawcy nadal mieli wątpliwości co do wymagania związanego z certyfikatem FIFA 3 Star. Ponieważ z treści pytania wprost wynika, iż dotyczy one postanowienia pkt. 3B dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, to przyjęć należy, wobec braku odmiennego wskazania w treści udzielonej odpowiedzi, iż również ona dotyczy wprowadzenia w tym właśnie pkt. wymagania dotyczącego posiadania przez oferowaną nawierzchnię spornego raportu z badań. Zresztą z treści pytania i odpowiedzi wynika, iż modyfikacja z 23 czerwca 2010 r. miała na celu dopuszczenie traw syntetycznych wykonanych według najnowszych technologii, na których zastosowanie w zrealizowanych boiskach obiektywnie nie można było wymagać posiadania Certyfikatu FIFA 2 Star z powodu długotrwałości procedury jego uzyskania. Natomiast z treści odpowiedzi Zamawiającego w żaden sposób nie wynika, iż modyfikacja ta zmierzała to wyeliminowania nawierzchni z traw syntetycznych, które zostały

## Sygn. akt KIO 1527/10

już zainstalowane w zrealizowanych obiektach, na które uzyskano Certyfikatu FIFA 2 Star. Również i ta odpowiedź nie wyjaśnia zatem intencji Zamawiającego związanych z postanowieniami, które wprowadził w ppkt. 2 pkt. 5B i ppkt. 10 pkt. 6A s.i.w.z. w brzmieniu, które, wbrew stanowisku Zamawiającego, zdaniem Izby, ich nie oddają.

Po czwarte, zdaniem Izby, odwoływanie się przez Zamawiającego i Przystępującego (złożone na rozprawie porównawcze zestawienie wymagań raportu z badań według Handbook edycja 2009 z wymaganiami PN-EN 15330:2008), do porównywania zawartości merytorycznej poszczególnych dokumentów wymienionych w ppkt. 2 pkt. 5B i ppkt. 10 pkt. 6A s.i.w.z. dla wykazania, czy sporny raport z badań był lub nie obligatoryjnie wymagany, jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Z przepisu § 5 obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) wynika, iż katalog wymienionych w nim dokumentów przedmiotowych nie ma charakteru zamkniętego, wobec tego zamawiający mogą domagać się ich według swojego uznania, ograniczonego wymogiem ich niezbędności dla prowadzonego postępowania. Zważając na wartość przedmiotowego postępowania, która jest poniżej tzw. progów unijnych, tym bardziej nie ma podstaw do rozszerzającej interpretacji żądanych przez Zamawiającego dokumentów. Tym niemniej, zdaniem Izby, właściwym sposobem postępowania w przypadku stawiania tzw. wymagań przedmiotowych jest żądanie konkretnych dokumentów na potwierdzenie spełniania określonych i wskazanych konkretnie w s.i.w.z. parametrów przedmiotu zamówienia, a nie wskazywanie wymaganych parametrów przedmiotu zamówienia wyłącznie przez wymaganie „posiadania” przez oferowany przedmiot zamówienia określonych dokumentów przedmiotowych, jak to uczynił w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający. Nie ma bowiem podstaw, by wymagać od potencjalnych wykonawców by analizowali i porównywali zakres treści wymaganych dokumentów przedmiotowych opisanych w danym punkcie s.i.w.z. i na tej podstawie wyciągnęli „odpowiednie” wnioski, co do tego, które dokumenty w intencji Zamawiającego były obligatoryjnie wymagane, a które były żądane alternatywnie, gdyż dotyczą innych wymagań i parametrów. Izba zauważa również, iż podnoszona przez Przystępującego na rozprawie wadliwość złożonego przez Odwołującego certyfikatu zgodności z Polską Normą PN-EN 15330:2008 jest poza granicami zarzutów objętych kognicją Izby, gdyż Zamawiający wskazał jako wyłączną podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego brak złożenia raportu z badań.

Po piąte, w ocenie Izby, złym standardem jest używanie liczby pojedynczej tam gdzie ewidentnie powinna być użyta liczba mnoga, a jeszcze gorszym standardem domaganie się respektowania takiego standardu wprowadzania w błąd przez powoływanie się na to, iż

## Sygn. akt KIO 1527/10

podobny błąd w innym miejscu s.i.w.z. nie wprowadził w błąd Odwołującego. Zdaniem Izby błąd w ppkt 9 jest widoczny na pierwszy rzut oka, gdyż konieczność złożenia kilku dokumentów wynika z tego, iż podpunkt ten (odmiennie niż ppkt 10) mówi o dwóch zamiennych typach dokumentów (certyfikat lub atest) dotyczących różnych elementów wyposażenia boiska – oczywistym jest zatem, że dokumentów musi być tyle, ile jest elementów wyposażenia boiska, chyba że całe wyposażenie mogłoby być objęte jednym atestem lub certyfikatem. Z kolei, w sytuacji gdy tylko 3 spośród 5 wykonawców, którzy złożyli ofertę, załączyło do niej jakiegokolwiek dokumenty przedmiotowe, z czego jeden z nich załączył tylko 1 z dokumentów, niestosowne jest stawianie Odwołującemu przez Zamawiającego zarzutu, iż jest nierzetelnym i niestarannym wykonawcą działającym z zamiarem uprzedniego poznania rodzajów traw zastosowanych przez konkurentów, zanim ujawni trawę oferowaną przez siebie.

Po szóste, zdaniem Izby, bez znaczenia jest powoływanie się przez Zamawiającego i Odwołującego na to, iż pozostali wykonawcy odczytali postanowienia Zamawiającego, zgodnie z jego intencjami, gdyż istotny jest punkt widzenia potencjalnego wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu przed otwarciem ofert, a nie sposób postępowania zidentyfikowanych już wykonawców, którzy złożyli oferty i konkurują ze sobą o uzyskanie zamówienia. Przy czym w przedmiotowym postępowaniu tylko 1 na 5 wykonawców załączył do oferty komplet wymaganych dokumentów przedmiotowych. W ocenie Izby, oznacza to co najwyżej, iż co najmniej 20% wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu mogło zostać wprowadzonych w błąd przez niestaranny sposób redagowania postanowień s.i.w.z., co zagroziło uczciwej konkurencji i równemu traktowaniu wykonawców, gdy Zamawiający zaczął egzekwować od wszystkich wykonawców swoje intencje co do warunków przedmiotowych zamiast kierować się ich literalnym wyrażeniem w postanowieniach ppkt. 2 pkt. 5B i ppkt. 10 pkt. 6A s.i.w.z.

Po siódme, Izba zważyła, iż w dokonany wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, które w zacytowanej w ustaleniach faktycznych części stanowiło wypunktowanie dokumentów, których brakuje w złożonej ofercie, Zamawiający użył jednego myślnika dla wszystkich dokumentów ppkt. 10 pkt. 6A s.i.w.z. Redagując w ten sposób wezwanie, pomimo świadomości istnienia w ppkt. 10 pkt. 6A s.i.w.z. sformułowania „dokument ten będzie stanowić załącznik nr 10 do oferty”, Zamawiający w istocie potwierdził, iż wystarczające jest złożenie jednego spośród razem wymienionych dokumentów.

Z uwagi na zasadność zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego, doszło w ten sposób również do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp).

Izba pozostawiła natomiast bez rozpoznania zarzut dotyczący wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego (naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 pzp), jak również zarzut dotyczący bezpodstawnego zatrzymania wadium Odwołującego (naruszenie przepisu art. 46 ust. 4a pzp), z uwagi na przepis art. 180 ust. 2 ustawy pzp, z którego wynika, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp (poniżej tzw. progów unijnych), Odwołujący nie ma uprawnienia do ich podnoszenia, gdyż nie są to czynności podlegające zaskarżeniu w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych.

Również z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jednak czynności tej winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok. Izba wskazuje przy tym, iż unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oznacza konieczność dokonania ponownego badania i oceny ofert w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy nie zostali skutecznie wykluczeni lub których oferty nie zostały skutecznie odrzucone, z uwzględnieniem Odwołującego i złożonej przez niego oferty. Nie oznacza to jednak konieczności wyboru oferty Odwołującego, w przypadku, gdy w wyniku powtórzonych czynności, z uwzględnieniem treści złożonych w wyniku uzupełnienia dokumentów, które Izba oceniła za dokonane prawidłowo przez Odwołującego co do zakresu złożonych dokumentów, okaże się, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie innych okoliczności faktycznych niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym, na co z kolei ponownie będą przysługiwały temu wykonawcy środki ochrony prawnej.

Jednocześnie, wobec odpadnięcia podstawy zatrzymania wadium, Zamawiający winien anulować swoją decyzję o jego zatrzymaniu, natomiast w razie podejmowania w przyszłości decyzji o zatrzymaniu wadium Izba poddaje pod rozwagę Zamawiającego fragment opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej zatrzymania wadium (zamieszczonej na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)): *Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych z sytuacją, w której niezłożenie dokumentów żądanych przez zamawiającego wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, mamy do czynienia - w świetle art. 46 ust. 4a ustawy PZP - w przypadku, gdy niemożność przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, wynika z faktu, iż obiektywnie wykonawca ten, jak i oferowane przez niego usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie spełniają tych warunków lub wymagań. Tym*

**Sygn. akt KIO 1527/10**

*samym, obowiązek zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy PZP nie będzie dotyczył tych wykonawców, którzy złożyli oferty, pomimo że niespełniali warunków udziału w postępowaniu (np. nie legitymowali się określonym doświadczeniem), jak też, pomimo że oferowane przez nich usługi, dostawy lub roboty budowlane nie spełniały wymagań określonych przez zamawiającego./przedostatni akapit opinii zamieszczonej pod pkt. 45 wykazu aktualnych opinii/*

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 2 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) uwzględniając w kosztach postępowania jako uzasadnione koszty strony na podstawie przedłożonych do akt sprawy rachunków, koszty związane z dojazdem pełnomocników koleją na trasie Katowice-Warszawa na wyznaczone posiedzenie i rozprawę Izby oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3600 zł – zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b przywołanego rozporządzenia

**Przewodniczący:**

.....