

Sygn. akt: KIO 1898/13

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2013 r. przez **Odwołującego** – Celmar sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz,

przy udziale **Wykonawcy** - FREE-KIDS s.c. A. G....., Z. A....., Trzęsowice 32, 55-106 Zawonia, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu **powtórzenie badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego w częściach I, II, III, VII;**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Celmar sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz, na rzecz **Odwołującego** – Celmar sp. z o.o., ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom, kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero

groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Miasto Bydgoszcz (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie robót budowlanych polegających na budowie szkolnych placów zabaw w ramach programu „Radosna szkoła”, zlokalizowanych na terenie:

- 1) Szkoły Podstawowej nr 40, ul. Puszczykowa 11 w Bydgoszczy (pakiet nr 1),
- 2) Szkoły Podstawowej nr 61, ul. Krucza 5a w Bydgoszczy (pakiet nr 2),
- 3) Szkoły Podstawowej nr 62, ul. Stawowa 53 w Bydgoszczy (pakiet nr 3),
- 4) Szkoły Podstawowej nr 19, ul. Kapliczna 7 w Bydgoszczy (pakiet nr 4),
- 5) Szkoły Podstawowej nr 28, ul. Baczyńskiego 1 w Bydgoszczy (pakiet nr 5),
- 6) Szkoły Podstawowej nr 1, ul. Jesionowa 3a w Bydgoszczy (pakiet nr 6),
- 7) Szkoły Podstawowej nr 38, ul. Węgierska 11 w Bydgoszczy (pakiet nr 7),
- 8) Szkoły Podstawowej nr 47, ul. Czartoryskiego 18 w Bydgoszczy (pakiet nr 8).

W dniu 5 sierpnia 2013 r. CELMAR sp. z o.o. w Bytomiu (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała odrzucenie własnej oferty w częściach I, II, III, VII zamówienia i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych z uwagi na odrzucenie oferty, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. oferty złożonej przez CELMAR sp. z o.o.;
- art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez niezastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania,
- unieważnienie czynności badania i oceny ofert dla pakietu I, II, III, VII,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla pakietu I, II, III, VII,
- wybór oferty najkorzystniejszej tj. oferty CELMAR sp. z o.o. dla pakietu I, II, III, VII.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W odniesieniu do zarzutu niespełniania przez nawierzchnię bezpieczną zaproponowaną przez Odwołującego warunków amortyzacji, wskazywał, że ocena warunku amortyzacji może tylko nastąpić na podstawie wyników badań próbki nawierzchni bezpiecznej. Zamawiający w SIWZ nie żądał od Wykonawców dołączenia do oferty wyników badań dla

nawierzchni bezpiecznej potwierdzających właściwości amortyzujące. Również Odwołujący nie dołączył do oferty dodatkowych dokumentów dotyczących właściwości amortyzujących nawierzchni (nie były one wymagane przez SIWZ), na podstawie których Zamawiający mógłby powziąć informację o niespełnieniu przez oferowaną przez Odwołującego nawierzchnię bezpieczną warunków amortyzacji. Sposób przeprowadzania badań maksymalnej: wysokości upadku (amortyzacji) nawierzchni bezpiecznej określa norma PN-EN 1177 - Nawierzchnie placów zabaw amortyzujące upadki wyznaczanie krytycznej wysokości upadku. Zgodnie z w/w normą „Do badania płytek należy użyć co najmniej czterech płytek o minimalnej łącznej powierzchni 1 m * 1 m”. Odwołujący do oferty dołączył dwie próbki nawierzchni, których łączna powierzchnia nie wynosi 1mx1m. Wobec powyższego, Zamawiający nie mógł powziąć na podstawie próbki informacji, że zaoferowana nawierzchnia nie spełnia warunków amortyzacji. Zamawiający nie jest w posiadaniu wyników badań nawierzchni bezpiecznej, a wymiary dołączonej przez Odwołującego próbki nawierzchni nie pozwalają na przeprowadzenie przez Zamawiającego badania zaoferowana próbki.

W zakresie zarzutu złej kolorystyki wierzchniej warstwy nawierzchni bezpiecznej należy podkreślić, że zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 października 2010 r. „zmieniające rozporządzenie w sprawie form i zakresu finansowego wspierania organów prowadzących w zapewnieniu bezpiecznych warunków nauki, wychowania i opieki w klasach I-III szkół podstawowych ogólnokształcących szkół muzycznych I stopnia” nawierzchnia bezpieczna placu zabaw powinna być “nawierzchnią, na której zostanie zainstalowany sprzęt rekreacyjny, amortyzującą upadek dziecka z wysokości, piankową albo gumową, w kolorze pomarańczowym w odcieniu zbliżonym do PANTONE: 152 C. RAL: 201.1” Kolor nawierzchni zaoferowanej przez Odwołującego spełnia w jego ocenie wyżej przytoczone wymogi i jest powszechnie stosowany przy budowach placów zabaw w ramach programu Radosna szkoła”. Zaoferowana przez Odwołującego nawierzchnia jest koloru pomarańczowego w odcieniu zbliżonym do PANTONE: 152 C, RAL: 2011.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wskazywał, iż w celu spełnienia wymogów przewidzianych przez przepisy prawa dla programu Radosna Szkoła, w opisie technicznym projektu załączonego do SIWZ podano, iż może to być „nawierzchnia Childsplay firmy Hemet”. Zamawiający podkreślał, że jest to specjalistyczny podkład elastyczny zapewniający odpowiednie tłumienie energii uderzeniowej zmniejszającej ryzyko urazów przy upadku dziecka. Płyty ze spienionego polipropylenu mają wierzch płaski, spód natomiast ukształtowany jest w formie półkul lub innych form geometrycznych poprzedzielanych rowkami. Dzięki temu energia uderzeniowa jest amortyzowana, inaczej mówiąc rozpraszana na boki. Naprężenia wewnętrzne materiału

posiadającego nieregularny spód nie przenoszą się w całości na podłoże kamienne, lecz redukują się (amortyzują) poprzez odkształcenie się podłoża sprężystego w kierunku poziomym. Siły działające na podłoże rozkładają się zatem na większą powierzchnię, w związku z czym siła reakcji (oddziałująca na ciało spadającego dziecka) jest mniejsza, gdyż znaczna jej część zostanie pochłonięta przez materiał amortyzujący o nieregularnym spodzie. Tym samym w odniesieniu do nawierzchni zaproponowanej przez Odwołującego brak jest podstaw do uznania jej za „nawierzchnię amortyzującą”. Stąd, też zaproponowana przez Odwołującego w ofercie nawierzchnia nie spełnia warunków amortyzacji upadku dziecka.

Zamawiający wskazywał również, że zgodnie z pkt 3 załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 lipca 2009r. „koszty zagospodarowania terenu szkolnego placu zabaw obejmują w szczególności pokrycie powierzchni szkolnego placu zabaw nawierzchnią na której zostanie zainstalowany sprzęt rekreacyjny, amortyzującą upadek dziecka z wysokości, piankową albo gumową, w kolorze pomarańczowym w odcieniu zbliżonym do PANTONE: 152 C, RAL: 2011 - Tieforange”. Tymczasem próbka podłoża zaproponowanego przez Odwołującego nie spełnia zdaniem Zamawiającego powyższego warunku. Jest wprawdzie pomarańczowa, niemniej nie jest to kolor zbliżony do koloru PANTONE: 152 C, RAL : 2011 - Tieforange. Jest błada i wyblakła oraz zdecydowanie odbiega od koloru przyjętego w projekcie, ze względu na zbyt małe nasycenie kolorów.

Reasumując, Zamawiający twierdził, iż Odwołujący złożył ofertę wadliwą, tj. niezgodną z wymogami SIWZ. Podkreślał, że treść SIWZ, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia poprzez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego, a treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego. Zatem, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia i wymaganiom postawionym przez zamawiającego i w przypadku wadliwości oferty, polegającej na ww. niezgodności, jedynym prawnie dopuszczalnym, rozwiązaniem jest jej odrzucenie na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Odrzucenie wadliwej oferty, jeżeli zaistniał przynajmniej jeden z przypadków wskazanych w art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie jego uprawnieniem.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy FREE-KIDS s.c. A. G....., Z. A..... w Zawoni, których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert dla zadania I, II, III, VII.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W pkt 2.2.2. projektu budowlanego, stanowiącego załącznik do SIWZ Zamawiający wskazał, że „można zastosować na przykład nawierzchnię Childsplay firmy Hemet (...) System powinien spełniać wymagania bezpieczeństwa wysokości upadkowej HIC dla nawierzchni placów zabaw zgodnie z normą PN-EN 1177”. W pkt. 2.2.3 projektu budowlanego natomiast Zamawiający określił, że nawierzchnia bezpieczna ma być koloru pomarańczowego. Do projektu załączono rysunek zatytułowany „szczegół mocowania nawierzchni bezpiecznej”, kolor nawierzchni na rysunku był zielony.
2. Nie było sporne, że oferowana nawierzchnia ma być również zgodna z warunkami programu Radosna szkoła.
3. Zgodnie z pkt. 10.4 SIWZ w celu potwierdzenia, że roboty budowlane i dostawy zostaną wykonane zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego należało wraz z ofertą przedłożyć próbkę oferowanej nawierzchni bezpiecznej, przy czym Zamawiający nie określił, jakie parametry nawierzchni i w jaki sposób będzie oceniać za pomocą próbki.
4. W dniu 31.07.2013r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ na podstawie art. 89 pkt. ust. 1 pkt 2. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający poinformował, że Odwołujący „zapropozował nawierzchnię bezpieczną igłowaną, ale

niezgodną z programem „Radosna Szkoła“ bowiem: podbudowa nawierzchni nie spełnia warunków amortyzacji z wysokości 1,5 m, natomiast warstwa wierzchnia nie posiada odpowiedniej kolorystyki RAL“. W konsekwencji Odwołujący wniósł odwołanie.

5. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że próbka Odwołującego zdecydowanie odbiega od próbek innych wykonawców, bo jest „błada i wyblakła“. Na rozprawie stwierdził, że nawierzchnia Odwołującego nie ma odpowiedniej amortyzacji, ponieważ jej spód nie jest perforowany.
6. Na rozprawie Zamawiający zademonstrował Izbie próbki złożone w postępowaniu. Trzy próbki takiej samej – oceniając po wyglądzie - nawierzchni (z dołem z wytłoczeniami w kształcie półkul), różniące się jedynie wymiarami, i próbkę Odwołującego (z dołem gładkim, bez perforacji, lecz grubszym). Odwołujący okazał próbnik RAL, z którym porównano oba rodzaje próbek, obie miały kolor zbliżony do wzorca, lecz nie identyczny.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego – Zamawiający powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego kierując się przesłankami faktycznymi, opisanymi w informacji o odrzuceniu oferty.

Odnosnie podstawy faktycznej odrzucenia oferty określonej następująco: „podbudowa nawierzchni nie spełnia warunków amortyzacji z wysokości 1,5 m” Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał podstaw, na podstawie próbki, która nie umożliwiała przeprowadzenia badań zgodnie ze stosowną normą (próbka była zbyt mała, a Zamawiający nie wymagał przedłożenia większej), na podstawie samego kształtu spodniej warstwy nawierzchni uznać, że nie spełnia ona wymogów co do amortyzacji. Warunek amortyzacji upadku z wysokości 1,5 m jest skonkretyzowanym parametrem nawierzchni, niewątpliwie możliwym do opisania za pomocą jednostek matematycznych czy fizycznych. Jeżeli natomiast przedstawienie modelu matematycznego byłoby z jakiś względów niemożliwe – oferowane produkty zwykle mają specyfikacje techniczne, z których można wywieść oczekiwane przez nie cechy. Zamawiający nie zażądał w SIWZ nawierzchni z częścią spodnią „w formie półkul lub innych form geometrycznych poprzedzielanych rowkami” – wówczas na podstawie samego oglądu próbki miałby prawo odrzucić ofertę. Wydaje się, że sam ogląd próbki o niewielkim rozmiarze to zbyt mało, aby przesądzić o właściwościach fizycznych nawierzchni. Metoda wzrokowego badania jest – w wielu wypadkach - dalece niedoskonała; gdyby można było wiarygodnie oceniać właściwości amortyzacyjne nawierzchni jedynie za pomocą oglądu próbki, nie byłyby konieczne szczegółowe zalecenia

normy odnośnie sposobu badania próbki. Zamawiający zresztą nie przeprowadził w ocenie Izby przekonującego wyводу, że odpowiedni stopień amortyzacji zapewnią jedynie nawierzchnie perforowane na dole, a nie mogą tego samego parametru zapewnić nawierzchnie gładkie, lecz grubsze (próbka nawierzchni Odwołującego była znacząco grubsza od pozostałych próbek okazanych przez Zamawiającego). Należy zauważyć, że próbka nawierzchni jest elementem całego systemu, którego parametry powinny być ocenione w sposób profesjonalny. Powoływanie się przez Zamawiającego jedynie na dotychczasowe doświadczenie nie jest w ocenie Izby miarodajne (nie poparte zresztą żadnymi dowodami), nie może również zostać uznane za miarodajne porównywanie próbek Odwołującego z rysunkiem nawierzchni wskazanej w SIWZ jako przykładowa, zarówno co do kształtu, jak i koloru (rysunek ten był zatytułowany „szczegół mocowania nawierzchni bezpiecznej”, a nie wskazywał na obowiązkowość kształtu, kolor nawierzchni na rysunku był zielony). Oczywiście nie jest wykluczone, że kształt nawierzchni determinuje również jej właściwości fizyczne, niemniej jednak powoływanie się na kształt próbki w związku z podstawami odrzucenia oferty musi wynikać nie z subiektywnego przekonania Zamawiającego, ale powinno być – szczególnie w razie sporu – udokumentowane za pomocą odpowiednich dowodów. Zamawiający jedynie przedstawił fragmenty opisów technicznych (wydruki ze stron internetowych) nawierzchni, które jego zdaniem można byłoby zaoferować w postępowaniu, wskazując, że mają one perforowaną dolną warstwę. Jednak przykładowo z rysunku nawierzchni producenta PW TEAM wynika, że dolna warstwa ma kształt zbliżony do nawierzchni Odwołującego (formy geometryczne w kształcie kwadratów są niemal płaskie).

Podobnie odnośnie kolorystyki nawierzchni – wydaje się, że Zamawiający porównywał próbkę Odwołującego nie z wzornikiem próbek, ale z nawierzchnią Childsplay, podaną w SIWZ jako przykładowa, zaoferowaną przez trzech innych, niż Odwołujący, wykonawców (tak twierdził Odwołujący na rozprawie, a Zamawiający temu nie zaprzeczył). W ocenie Izby nie ma żadnych podstaw, aby uznać, że nawierzchnia Odwołującego nie jest koloru zbliżonego do koloru PANTONE: 152 C, RAL : 2011 - Tieforange. Zamawiający nie określił parametrów „zbliżenia” do pożądanego przez niego koloru, nie użył żadnych określeń ujednoznaczniających odcień (żywy, blade, intensywny, nasycony) ani żadnych określeń technicznych, charakteryzujących barwę (np. RGB), a skoro tak, musiał się liczyć z pewnymi różnicami w zaproponowanych odcieniach koloru pomarańczowego (czy też zbliżonego do wskazanego wzorca). Izba w trakcie rozprawy porównała próbki nawierzchni z próbnikiem kolorów RAL (który Odwołujący okazał do wglądu, a którego adekwatności czy prawidłowości Zamawiający nie kwestionował) z próbkami nawierzchni Odwołującego, i próbkami nawierzchni Childsplay, złożonymi przez innych wykonawców (według Odwołującego była to właśnie nawierzchnia Childsplay, czego również Zamawiający nie

kwestionował) i mogła stwierdzić, że niewątpliwie wszystkie zaprezentowane próbki były koloru pomarańczowego. Z tym, że oba rodzaje próbek (próbki nawierzchni Childsplay i próbki Odwołującego) mają kolor nieznacznie odbiegający od koloru PANTONE: 152 C, RAL : 2011 – Tieforange, mianowicie próbka Childsplay jest bardziej jaskrawa, a Odwołującego – bardziej rozbielona. Wobec powyższego można wysnuć wniosek, że Zamawiający jako punkt odniesienia do badania nawierzchni nie tyle przyjął obiektywne parametry, ale porównywał złożone próbki z przykładową nawierzchnią, wskazaną w SIWZ.

Należy podkreślić, że Zamawiający ma prawo i obowiązek badać zgodność oferty pod kątem zgodności z SIWZ jako punkt odniesienia przyjmując tylko bezwzględne parametry, określone w SIWZ jako minimalne. Określenie parametrów w sposób niedokładny, czy niejednoznaczny nie może działać na niekorzyść wykonawcy. Żądając próbek, Zamawiający powinien określić jakie parametry i w taki sposób za pomocą próbek będzie badał. Brak zastosowania się do powyższego doprowadzi do naruszenia podstawowej zasady zamówień publicznych, wskazanej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Sposób oceny ofert i opis podstaw faktycznych odrzucenia ofert nie może budzić żadnych wątpliwości. W niniejszym postępowaniu wydaje się bardzo mało prawdopodobne, aby spełnienie warunku amortyzacji nawierzchni Zamawiający mógł wywieść z samego oglądu niewielkiej próbki nawierzchni, a dowodu na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający nie złożył. Dlatego Izba musiała uznać, że wskazane przez Zamawiającego podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego były nieprawidłowe, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....