

WYROK

z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2020 r. przez wykonawcę - K. P.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. P.-G. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "GRUMIX", ul. Szkolna 8A, 42-512 Preczów, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Komorniki, ul. Stawna 1; 62-052 Komorniki, przy udziale wykonawcy ANMED sp. z o.o., Dzierżysław, ul. Sobieskiego 32; 48-130 Kietrz, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę - K. P.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. P.-G. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "GRUMIX", ul. Szkolna 8A, 42-512 Preczów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - K. P.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. P.-G. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "GRUMIX", ul. Szkolna 8A, 42-512 Preczów, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy - K. P.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. P.-G. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "GRUMIX", ul. Szkolna 8A, 42-512 Preczów na rzecz zamawiającego Gmina Komorniki, ul. Stawna 1; 62-052 Komorniki kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Komorniki, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa boiska piłkarskiego wraz z budynkiem pomocniczym w Szreniawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 marca 2020 r., pod nr 524144-N-2020.

Dnia 18 maja 2020 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 22 maja 2020 roku wykonawca K. P.-G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K. P.-G. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "GRUMIX" (dalej Odwołujący) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego i uznanie, iż oferta odwołującego nie odpowiada treści s.i.w.z., co wynika z błędnej oceny przez zamawiającego dokumentów złożonych przez odwołującego, poprzez niezasadne przyjęcie, że odwołujący

zaoferował dwa różne produkty.

2.art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania podstaw faktycznych odrzucenia oferty korespondujących z podstawą prawną odrzucenia oferty, tj. w szczególności niewskazanie elementu s.i.w.z., z którym treść oferty odwołującego jest spreczna, a dokonanie jedynie stwierdzenia, że zaoferowanie dwóch różnych produktów jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego, określonymi w s.i.w.z.,

3. zarzut ewentualny - art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez zamawiającego wezwania odwołującego do szczegółowych wyjaśnień w zakresie rozbieżności w zakresie nazewnictwa zaoferowanego produktu, a w konsekwencji tego przedwczesne i błędne uznanie, iż oferta odwołującego jest spreczna z s.i.w.z., w sytuacji w której winno stanowić podstawę do wezwania odwołującego do szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1)uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2)ewentualne nakazanie zamawiającemu wystosowania wezwania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w toku ponownej oceny odwołującego o udzielenie wyjaśnień wobec wątpliwości co do oznaczeń nazw produktu,
- 3)nakazanie zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności podlegających badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i dokonanie oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert,

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- a)pismo producenta Lano Sport z 18 maja 2020 r. wraz z tłumaczeniem przysięgłym- producenta trawy wraz z tłumaczeniem przysięgłym na okoliczność identyczności produktu PROFIL MXSI TLT 60 PRO oraz PROFIL MXSI TLT 60 ONE,
- b)pismo Anmed Sp. z o.o. z dnia 18 maja 2020 r. na okoliczność rodzaju zastrzeżeń przekazanych zamawiającemu dotyczących oferty odwołującego,
- c)raportu z badań laboratoryjnych FIFA wraz z tłumaczeniem na okoliczność treści deklarowanych parametrów oraz wyników,
- d)protokołu z badań 13-1045Cwz z tłumaczeniem na okoliczność treści deklarowanych parametrów oraz wyników,
- 4)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa przez radcę prawnego.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia jako podmiot składający ofertę, którą odrzucono, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niej szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

W ocenie odwołującego, zamawiający błędnie przyjął jakoby produkt oznaczony w przedłożonych raportach z badań pod nazwą PROFIL MXSI TLT 60 PRO oraz PROFIL MXSI TLT 60 ONE były różnymi produktami. Dopisek „PRO” i „ONE” nie wskazuje na fakt, że są to różne produkty, jest to wyłącznie oznaczenie własne producenta, który w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 18 maja 2020 r. wskazuje, że oznaczenie „PRO” i „ONE” dotyczy wyłącznie sposobu wypełnienia zastosowanego podczas określonego badania, a produkt wskazany pod tymi nazwami poddany badaniom załączonym do oferty odwołującego był i jest identyczny. Każda trawa syntetyczna jest wypełniania piaskiem kwarcem i granulatem (gumą), natomiast z Raportu z badań laboratoryjnych FIFA (dalej: Raport) wynika, że przy badaniu był użyty wypełniacz w postaci 15 kg/m² piasku oraz 15 kg/m² granulatu (gumy), a w Protokole z badań 13-1045C (dalej: Protokół) wskazano na użyty wypełniacz w postaci 14 kg/m² piasku oraz 15kg/m² granulatu (gumy). Aby odróżnić te dwie sytuacje Producent zastosował dodatkowe oznaczenie „one/pro”. Przy czym należy wskazać, że ilość wypełnienia nie ma żadnego znaczenia dla parametrów zaoferowanego produktu PROFIL MXSI TLT 60. Bardzo istotną kwestią jest, że w związku z tym, że w niniejszym zamówieniu wypełnienie nawierzchni ma nastąpić poprzez piasek i EPDM, tj. inne wypełnienie niż zastosowane w przedłożonych badaniach, konieczna będzie certyfikacji FIFA, które nastąpi po zamontowaniu produktu, co zamawiający dopuścił i potwierdził w odpowiedziach na zadane pytania przed datą złożenia

ofert (dowody: Pismo Lano Sport z dnia 18 maja 2020 r. wraz z tłumaczeniem przysięgłym, Raport z badań laboratoryjnych FIFA wraz z tłumaczeniem przysięgłym, Protokół z badań 13-1045C wraz z tłumaczeniem przysięgłym). Ponadto, nie ma zresztą żadnych przeciwwskazań by nazwa produktu ewoluowała w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej zwłaszcza, że niezgodność dotyczy zaledwie ostatniego członu czterowyrzowej nazwy, w tym należy wskazać na fakt, że daty Raportu oraz Protokołu różni prawie 2 lata, tj. Protokół datowany jest na 20 sierpnia 2015 r., a Raport na 24 kwiecień 2017 r. stąd z oznaczenia „pro”, „one” na końcu nazwy produktu nie można wywodzić zaoferowania dwóch produktów przez odwołującego, w szczególności wobec jasnej deklaracji producenta Lano Sport, że produkt badany pod wyżej wskazanymi nazwami jest identyczny.

W ocenie odwołującego, zamawiający błędnie dokonał również ocen parametrów tego produktu zawartych w Raporcie oraz Protokole mających stanowić dowód, że odwołujący zaoferował dwa różne produkty, co stanowiło podstawę do odrzucenia jej oferty. Na przykładzie analizy dot. ilości pęczków, należy wskazać, że istotnie deklarowana przez producenta ilości pęczków są różne w Raporcie i Protokole, jednakże należy wziąć pod uwagę, że ilości pęczków $8.505/m^2$ (4.2 Raportu) i $9.135/m^2$ (Wyniki identyfikacji Produkty str. 5 Protokołu) są tylko i wyłącznie ilościami deklarowanymi przez producenta przed przystąpieniem do badań, mającymi być właśnie przedmiotem sprawdzenia i oceny w trakcie badań, bo to wynik tych badań, a nie wstępna deklaracja producenta wskazuje na fakt spełnienia danego parametru przez produkt. Gdyby podstawą uznania za spełniony parametr określony w s.i.w.z., miała być deklaracja producenta, to bezzasadnym byłaby konieczność przedkładania odpowiednich raportów z badań. Mając na uwadze powyższe nie ma przeciwwskazań, by Producent zadeklarował pod konkretne badanie różną wartość pęczków. Nie znajduje wobec tego uzasadnienia twierdzenie zamawiającego zawarte w piśmie

Odrzuceniu oferty, że „producent określa w deklaracji tę samą wartość danego parametru dla konkretnego produktu”. Ten sam błąd w rozumowaniu dotyczący nieprawidłowego przyjęcia, że nie jest możliwa różna deklaracja w zakresie parametrów produktu przez producenta w Raporcie i Badaniach pojawiają się także w odniesieniu do parametrów wskazanych przez zamawiającego jako wagi całkowitej, wagi włókna, liczby przesyć

1rozstaw szwów. Na marginesie odwołujący wskazał, że zgodnie odpowiedzią nr 1 na pytanie zawarte w piśmie zamawiającego z dnia 26 lutego 2020 r., określono minimalne parametry w zakresie sztucznej trawy, gdzie nie wskazano parametru wskazanego w piśmie zamawiającego o odrzuceniu oferty: ilość przesyć, rozstaw szwów.

Zamawiający również wskazał, że produkt PROFOOT MXSi TLT 60 PRO opisany w Raporcie posiada wskaźnik dte: 15.000, wskazując że wobec powyższego nie spełnia wymagań zamawiającego, który wzmaga wskaźnika dtex na poziomie 15.500, z tym, że ponownie zamawiający przyjął wartość wskaźnika dtex określoną w tabeli 4.2 Raportu (str. 6 tłumaczenia) tj. zadeklarowaną przez Producenta wartość. W tym miejscu należy wskazać, że w Raporcie wynik dotyczący wartość dtex nie jest ujawniony, albowiem w tego typu rodzaju sprawdzeń, ta wartość nie jest badana, stąd nie znajduje się w sekcji 5 Raportu opisującej szczegółowe wyniki. Natomiast na spełnienie tego parametru wykazuje właśnie Protokół.

Wyniki badań zaoferowanego Produktu opisane w Raporcie albo Protokole wskazują, że parametry dotyczące ilości pęczków, wagi całkowitej i wagi włókna, w zakresie ilości przesyć i rozstaw szwów oraz wskaźnik dtex zadeklarowanego produktu są na poziomie wymaganym przez zamawiającego w s.i.w.z.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający w piśmie z dnia 18 maja 2020 r., w którym poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że zaoferowana trawa jest niezgodna z wymogami s.i.w.z., nie wskazując na konkretne zapisy s.i.w.z., z którymi oferta odwołującego miałaby być niezgodna. W dalszej części pisma zamawiający na podstawie analizy parametrów zaoferowanego produktu - sztucznej trawy, dochodzi do wniosku, że zaoferowano dwa różne produkty, co jest w jego opinii niezgodne z wymaganiami zamawiającego, nie wskazując na konkretne postanowienie s.i.w.z., w którym miałyby znajdować się powołana przez zamawiającego informacja o niemożliwości zaoferowania dwóch różnych produktów.

Ponadto odwołujący wskazał, że zamawiający posiadając jakiegokolwiek wątpliwości związane z zaoferowanym produktem, których nabył prawdopodobnie wobec treści pisma z dnia 18 maja 2020 r. złożonego przez podmiot również ubiegający się o zamówienie Anmed Sp. z o.o., miał możliwość na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dokonać dokładnej analizy dokumentów przedłożonych w postępowaniu oraz ewentualnie wezwać odwołującego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie rozbieżności w zakresie nazewnictwa zaoferowanego produktu, czego zaniechał.

W konsekwencji tego odwołujący uznał, że przedwcześnie i błędnie uznano, iż oferta odwołującego jest sprzeczna z s.i.w.z., w sytuacji, w której winno stanowić to podstawę do wezwania odwołującego do szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pozwala na dokonania wyjaśnienie treści oferty w przyjętym kształcie i często jest sposobem na uzyskanie dodatkowych informacji, rozwianie wątpliwości co do rzeczywistej treści oferty.

Mając na uwadze charakter wątpliwości jakie powziął zamawiający, nie było przeciwwskazań do zastosowania trybu z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem kwestia wyjaśnień w tym zakresie nie wpłynęłaby na niezmiennosc treści oferty, ani nie prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty, nie zmierzałby do prowadzenia negocjacji między wykonawcą a zamawiającym. W stanie faktycznym niniejszej sprawy charakter zauważonych sprzeczności, rozbieżności winien być wyjaśnionym przez zamawiającego, a uchybienie w tym zakresie traktować należy jako niedochowanie należytej staranności przez zamawiającego zwłaszcza, że po pierwsze na poprzednich etapach postępowania zamawiający zwracał się o udzielenie wyjaśnień wnikliwie analizując dokumentację i wyjaśniając wszelkie rozbieżności, a ponadto mimo przedłożonych dokumentów nie analizował raportów z badań odwołującego jak i innych podmiotów, pod kątem wskazanym w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego (przystępującego), złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, dodatkowo wskazując, co następuje.

1. Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba uznała za niezasadny.

Zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakie minimalne parametry musi spełniać zaofiarowana trawa. W załączniku nr 13 do s.i.w.z. wskazał, iż należy zastosować trawę syntetyczną o parametrach nie gorszych niż:

1. typ trawy: monofil.

2. rodzaj trawy: polietylen.

3. rodzaj włókna: np. diament lub spirala lub „S” lub „X”.

4. trawa tuftowana.

5. wysokość włókna min 60 mm max 62 mm.

6. ilość pęczków min 8900/m².

7. ilość włókien min 106.000/m².

8. waga całkowita min 3000 g/m².

9. waga włókna min 1700 g/m².

10. grubość włókna min 350 mikronów.

11. dtex min 15.500.

12. wytrzymałość łączenia klejonego po starzeniu min. 75N/100mm.

13. wyrywanie pęczka po starzeniu min 40N.

14. przepuszczalność wody przez kompletny system min 890 mm/h.

15. podkład lateksowy.

16. wypełnienie: piasek kwarcowy i granulat gumowy EPDM w ilości zgodnej z badaniem laboratoryjnym.

Ponadto, zamawiający w pkt VI ust. 13 s.i.w.z. i w ogłoszeniu o zamówieniu wskazał, do złożenia jakich dokumentów wykonawca będzie wzywany w celu potwierdzenia, że zaoferowana trawa syntetyczna, odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia:

a) raportu z badań przeprowadzonych przez specjalistyczne laboratorium (np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Lab Ltd), dotyczącego oferowanej nawierzchni i wypełnienia, potwierdzającego zgodność jej parametrów z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015) dla poziomu Quality PRO i Quality oraz potwierdzającego minimalne parametry oferowanej trawy syntetycznej określone przez zamawiającego (dostępny na).

b) raportu z badań laboratoryjnych dla oferowanej nawierzchni i wypełnienia potwierdzającego zgodność z normą PN-EN 15330-1:2014 oraz potwierdzającego wymagane przez zamawiającego minimalne parametry dla nawierzchni w zakresie który nie został objęty raportem z badań.

c) karty technicznej oferowanej nawierzchni, poświadczonej przez jej producenta.

d) atestu PZH lub równoważnego dla oferowanej nawierzchni i wypełnienia.

e) autoryzacji producenta trawy syntetycznej, wystawionej dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię

f) raportu z badań testu Lisport XL na min. 18.000 cykli zgodnie z FIFA Quality Programme for Football Turf (edycja 2015).

g) Certyfikatu Quality PRO dla nawierzchni.

Odwołujący zaoferował produkt o nazwie handlowej Profoot MXSi TLT 60. Jak wynika z dokumentów złożonych przez odwołującego, tj. Raportu badań laboratoryjnych FIFA dla produktu Profoot MXSi TLT 60 PRO (24.04.2017 r.) oraz Protokołu badań 13-1045C wydanego przez Wydział Tkanin Technologię park 907, 9052 Ghent, Belgium na zgodność z normą: EN 15330-1 (2013) dla produktu Profoot MXSi TLT 60 one (20.08.2015 r.), odwołujący zaoferował dwa różne produkty, tj. dwa różne rodzaje trawy, z których każda ma swoją nazwę handlową.

Zdaniem Izby, rację należy przyznać odwołującemu w jednej kwestii, tj. że oceniając zgodność oferowanego produktu z wymaganiami zamawiającego należy wziąć pod uwagę nie deklarację producenta, który zgłaszając produkt do badania podaje własne parametry, ale wynik przeprowadzonych badań. To wyniki badań potwierdzają lub też nie zgodność parametrów oferowanych z wymaganymi. Tym samym analiza oferty odwołującego musi dawać jednoznaczny obraz produktu, który wykonawca oferuje w danym postępowaniu.

Tak też uczynił przystępujący, a okoliczność powyższą potwierdzają dowody złożone przez przystępującego, tj. Karta techniczna, Raport z badania FIFA oraz Raport z badania zgodności z normą, które to dokumenty odwołują się w swojej treści do jednego skonkretyzowanego produktu.

Z dokumentów przedłożonych przez odwołującego nie wynika, w sposób jednoznaczny, jaki oferuje zamawiającemu produkt. Zgodnie natomiast z rozdziałem III ust. 8 s.i.w.z., zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych i wariantowych.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż przedmiot jego oferty dotyczy jednego i tego samego produktu, a oznaczenia producenta „pro” i „one” dotyczą wyłącznie sposobu wypełnienia zastosowanego podczas określonego badania. Nawet jeżeli dotyczą sposobu zastosowanego wypełnienia, to w ocenie Izby, dotyczą dwóch różnych produktów, albowiem w odniesieniu do każdego z nich rozróżniono właśnie sposób zastosowanego wypełnienia. Powyższe twierdzenie potwierdził sam odwołujący w treści odwołania wskazując, iż przy badaniu FIFA użyto innego wypełniacza niż przy badaniu na zgodność z normą.

Powyższe potwierdza tym samym, że przedmiot oferty odwołującego odnosi się do dwóch różnych typów produktów, co przesądza o wariantowości złożonej oferty, niedopuszczonej przez zamawiającego, co z kolei stanowi sprzeczność treści oferty z s.i.w.z., czyli została wypełniona przesłanka do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skoro bowiem sam producent rozróżnia przynajmniej dwa typy produktów „pro” i „one” przyjmując dla nich różne sposoby wypełniania oraz zakłada osiągnięcie różnych wyników badań, podając właściwe dla każdego z typów inne parametry „wejściowe”, to jasnym jest, że każdy z typów produktów jest odrębnym przedmiotem sprzedaży. Potwierdzeniem powyższej tezy są wyniki badań uzyskane dla każdego z tych typów produktów, które są różne. Jeżeli zaś, przyjmując stanowisko odwołującego za poprawne, z czym Izba się nie zgadza, byłby to jeden i ten sam produkt (tak jak np. jest to w ofercie przystępującego), to zarówno parametry podane przez producenta, jak i wyniki badań byłyby takie same w odniesieniu do uzyskanych wyników badań FIFA oraz zgodności z normą.

Zdaniem Izby, odwołujący zaoferował produkt, który nie spełnia wszystkich wymaganych przez zamawiającego parametrów, dlatego też przedstawił dokumenty (raporty z badań), które wzajemnie się uzupełniają ale dotyczą dwóch różnych produktów, a takie działanie należy ocenić negatywnie. Potwierdzeniem okoliczności, iż producent różnicuje swoje produkty w ramach posiadanego systemu Profoot MXSi TLT 60 (wniosek ze strony 5 tłumaczenia raportu na zgodność z normą) są dowody złożone przez przystępującego, tj. Certyfikaty FIFA dla różnych obiektów, w których rozróżniono różne typy zaoferowanych produktów: 1) Profoot MXSi TLT 60 ONE - White Line Product, 2) Profoot MXS TLT 60 SBR (1 i 2 - Wielka Brytania), 3) Profoot MXSi TLT 60 SBR (Portugalia).

Odnosząc się do dowodu złożonego przez odwołującego, tj. oświadczenia przedstawiciela producenta, Izba wskazuje, iż trudno przyjąć za przekonującą argumentację producenta o deklarowaniu niższych wartości liczby ściągów i włókien w raporcie badań laboratoryjnych „Z przyczyn biznesowych oraz aby móc brać udział w pewnych przetargach”. Ponadto producent powołuje się na najnowszy raport z badań laboratoryjnych FIFA wydany 6 maja 2020 roku, który ma potwierdzać zgodność produktu z żądanymi parametrami, jednakże odwołujący tego raportu nie przedłożył, co również może świadczyć o bezzasadności twierdzeń odwołującego.

Liczne różnice pomiędzy syntetycznymi trawami Profoot MXSi TLT 60 PRO a Profoot MXSi TLT 60 ONE świadczą o tym, że są to odrębne produkty. Odrębność tę potwierdzają także różnice w wynikach obu badań (ujawnionych w Raporcie i Protokole) w zakresie określonych parametrów, które winny być brane pod uwagę przez zamawiającego zamiast parametrów deklarowanych. Zwróć należy uwagę, że dopiero kompilacja tych dwóch dokumentów, wydanych dla dwóch różnych produktów, potwierdza zgodność wszystkich parametrów wymaganych przez zamawiającego.

2. Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała za bezzasadny.

Zdaniem Izby, zamawiający w sposób bezpośredni wskazał wszystkie okoliczności faktyczne, skutkujące podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, w szczególności wskazał, iż odwołujący złożył dokumenty (protokoły z badań) dla dwóch różnych produktów, co świadczyło o wariantowości złożonej oferty (opcja niedopuszczona przez zamawiającego) oraz enumeratywnie wymienił parametry, w których stwierdził niezgodność z wymaganiami zamawiającego, opisując na czym ta niezgodność polega.

3. Zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Izba stoi na stanowisku, przyjmując za utrwalony już pogląd, iż przepis ten nie nakłada na zamawiającego obowiązku, a jedynie daje mu uprawnienie do podjęcia czynności wyjaśniania treści oferty. Za właściwą w tym zakresie należy przytoczyć tezę z wyroku z dnia 6 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2359/19, w którym Izba stwierdziła, że „Z przepisu art. 87 ust. 1 p.z.p. nie wynika, aby zamawiający w każdej sytuacji wskazującej na wątpliwości, co do zgodności oferty z siwz był zobowiązany do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Ustawodawca takiego wymogu nie zawarł, nie określił również katalogu spraw, o których wyjaśnienie zamawiający winien zwracać się do wykonawcy. Tym samym pozostawił zamawiającemu swobodę w ustaleniu, kiedy ma wątpliwości, co do treści złożonej oferty.”. W związku z powyższym, za bezzasadny należy uznać zarzut, odnoszący się do fakultatywnej możliwości skorzystania przez zamawiającego z omawianego przepisu.

Izba oddaliła dowody zgłoszone przez przystępującego: 1) (tabela - zestawienie parametrów, sporządzona przez odwołującego) stwierdzając, iż przedmiotowa tabela prezentuje jedynie stanowisko przystępującego, 2) cennik produktów - dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o powołanie dowodu z opinii biegłego stwierdzając, iż do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania nie są wymagane wiadomości specjalne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: