Sygn. akt KIO 1504/20

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAD-BUD W. R. z siedzibą w Radomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jasieniec

przy udziale wykonawcy D. G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą G. Roboty Drogowe i Brukarskie Budowa Kortów Tenisowych z siedzibą w Odrzywole, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAD-BUD W. R. z siedzibą w Radomiu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Jasieniec i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAD-BUD W. R. z siedzibą w Radomiu, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Jasieniec na rzecz wykonawcy W. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą RAD-BUD W. R. z siedzibą w Radomiu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 10 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

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 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 Radomiu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1504/20

Gmina Jasieniec, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa boiska piłkarskiego przy Publicznej Szkole Podstawowej w Jasieńcu. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 maja 2020 r. pod numerem 538473-N-2020.

W dniu 6 lipca 2020 r. wykonawca W. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą RAD-BUD W. R. z siedzibą w Radomiu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub przedłożenia dokumentów w zakresie niezgodności danych wynikających z raportu sporządzonego przez Sports Labs Ltd. dotyczącego oferowanej przez Odwołującego trawy syntetycznej do wykonania nawierzchni boiska;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że zgodnie ze złożonymi dokumentami i wyjaśnieniami, spełnia on wymogi określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”;

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub przedłożenia dokumentu, tj. raportu potwierdzającego zgodność oferowanej przez Odwołującego trawy syntetycznej do wykonania nawierzchni boiska z wymaganiami SIWZ w zakresie wymaganych minimalnych parametów — grubości włókna oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że skoro według twierdzeń Zamawiającego dokumenty załączone do oferty mające potwierdzać zgodność parametrów grubości włókna trawy z wymaganiami SIWZ, nie potwierdziły wskazywanych okoliczności, obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Jednocześnie, nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że przedłożone dokumenty nie budzą wątpliwości. Skoro grubość włókna 1 Thickness (grubość) oznaczona jako L wynosi 0,402 mm, to nie sposób przyjąć za prawidłowe, że przekrój włókna wynosi, więcej niż jego grubość, czyli 0,406 mmm (symbol d).

Gdyby Zamawiający uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca miałby możliwość przedłożenia raportu w wersji poprawionej (raport nr 16545/9958 z dnia 18 czerwca 2020 r.). z którego wynika, że w stosunku do włókna 1 grubość (Thickness) wynosi d=0,414 mm, natomiast w stosunku do włókna 2 wynosi d=0,404 mm. Zatem oferowana przez Odwołującego trawa syntetyczna do wykonania boiska spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Choć należy wskazać, że mając na uwadze sposób sformułowania treści SIWZ przedłożony pierwotnie raport również potwierdza spełnienie wymagań.

Uzupełnienie przez Odwołującego dokumentów we wskazywanym trybie nie stanowiłoby również naruszenia zasady niezmienności treści oferty. Odrzucenie oferty Odwołującego bez uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z „Zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty” było, zdaniem Zamawiającego, nie spełnienie wymagań SIWZ w zakresie wymaganych minimalnych parametrów — grubość włókna. Zgodnie z pkt 5 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, stanowiącej załącznik nr 8 do SIWZ — po modyfikacji dokonanej w dniu 19 maja 2020 r., Zamawiający w odniesieniu do parametrów nawierzchni boiska określił wymagania następująco: „Dwa rodzaje

włókien w jednym pęczku, każde z włókien o grubości min. 400 mikronów.”

Jednocześnie brak jest sprecyzowania w jaki sposób należy określać grubość włókna, a tym bardziej, że ma to nastąpić na podstawie długości średnicy największego okręgu jaki można wpisać w przekrój badanego włókna. Te parametry zostały wskazane przez Zamawiającego dopiero w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia poprzez wskazanie jego wymaganych cech oraz funkcjonalności. Opisując istotne parametry techniczne nawierzchni ze sztucznej trawy w Załączniku nr 8 do SIWZ Zamawiający użył określenia „grubość” („Dwa rodzaje włókien w jednym pęczku, każde z włókien o grubości min. 400 mikronów.”), bez wskazania dodatkowych wymagań, co do sposobu określenia tego parametru. Jeżeli w założeniu Zamawiającego sposób określenia grubości włókna trawy miałoby nastąpić na podstawie długości średnicy największego okręgu jaki można wpisać w przekrój badanego włókna, powinno to zostać wyraźnie wyartykułowane w treści SIWZ. Zastosowany przez Zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia sprawia, że każda nawierzchnia ze sztucznej trawy, która spełnia opisane w SIWZ cechy i funkcje, czyli posiada włókna o grubości min. 400 mikronów, bez względu na sposób określenia tej grubości, jest przez Zamawiającego dopuszczona i może być oferowana przez wykonawcę.

Zasada uczciwej konkurencji jest jedną z naczelnych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z jej treścią zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zapewnienie przestrzegania tej zasady należy zatem do Zamawiającego. Zamawiający przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nie może faworyzować jednych wykonawców, a innym uniemożliwiać bądź utrudniać udziału w postępowaniu, gdyż wszyscy wykonawcy powinni mieć równy dostęp do udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca D. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą G. Roboty Drogowe i Brukarskie Budowa Kortów Tenisowych z siedzibą w Odrzywole, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i wskazując, że intencją Zamawiającego, co wynika jednoznacznie z SIWZ, było uznanie Raportu z badań potwierdzającego minimalne parametry oferowanej trawy syntetycznej określone przez Zamawiającego jako elementu oferty. Informacje o ww. dokumencie zostały umieszczone w opisie przedmiotu zamówienia, a nie jak to by miało miejsce w sytuacji gdyby dokumenty te miały zostać przedłożone w związku z potwierdzeniem spełnienia przesłanek o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w pkt VII SIWZ oraz w pkt III.6 ogłoszenia o zamówieniu. Trudno więc zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

W sytuacji gdy dokument jest częścią oferty, a nie dokumentem o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie mógł wezwać w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia. W zakresie dokumentów stanowiących ofertę można stosować jedynie procedurę wyjaśniania treści oferty lub poprawiania omyłek. Zamawiający nie może ingerować w treść oferty, poza ściśle określonymi przypadkami. Procedurę wyjaśniania treści oferty lub poprawiania omyłek należy odróżnić od możliwości wzywania do uzupełniania oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw oraz wyjaśniania treści tychże na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z obecnie obowiązującą treścią art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp dokumentów wykazujących okoliczności z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniach tzw. unijnych, zamawiający żąda, a w postępowaniach krajowych może żądać dopiero od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Następuje to po wstępnej weryfikacji podmiotowej oraz wstępnej weryfikacji zgodności treści oferty z SIWZ. Tym samym zamawiający powinien wprost wskazać w SIWZ i ogłoszeniu, które dokumenty zawierają treść oferty i tym samym powinny zostać złożone w terminie wyznaczonym na składanie ofert, a w konsekwencji podlegają badaniu na wstępnym etapie (np. formularz oferty i formularz cenowy). Takie rozwiązanie zmierza do usunięcia wątpliwości, czy dokumenty przedmiotowe składane na późniejszym etapie stanowią treść oferty. Przy obecnym brzmieniu art. 26 ustawy Pzp należy przyjąć, że treść oferty powinna wynikać z dokumentów składanych wraz z ofertą, zaś dokumenty składane na późniejszym etapie to te potwierdzające okoliczności, o których mowa

w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niewątpliwie zakazane jest prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami określonymi w art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp. Negocjowanie treści oferty i wprowadzanie niedozwolonych zmian w trakcie prowadzonych wyjaśnień może polegać np. na wprowadzaniu do oferty nowej treści, takiej, która pierwotnie się tam nie znajdowała. Niedozwolone będą wyjaśnienia prowadzące do zmiany parametrów czy innych wartości zawartych w ofercie, chyba że możliwe byłoby przyjęcie innego parametru na podstawie informacji znajdujących się w samej ofercie. Istotną kwestią jest także, że wyjaśnienia treści oferty prowadzone są z inicjatywy zamawiającego, bowiem to powzięte przez niego wątpliwości są podstawą wezwania. Ustawa nie przewiduje możliwości samodzielnego wyjaśnienia przez wykonawcę elementów oferty bez uprzedniego wezwania przez zamawiającego. Z tego względu samodzielnie złożone wyjaśnienia nie powinny być brane pod uwagę przy ocenie ofert.

Zamawiający wskazywał również, iż przedłożony przez Odwołującego Raport w ramach „uzupełnienia" został wydany po dacie skłania ofert i posiada nowy nr.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Odwołującego, uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 sierpnia 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane polegające na wykonaniu boiska

piłkarskiego o nawierzchni z trawy syntetycznej w Jasieńcu, na działce nr ewid. gr. 34 o wym. 66x50 m. Zakres robót: roboty przygotowawcze, drenaż boiska, podbudowa boiska, nawierzchnia z trawy syntetycznej, osprzęt boiska, ogrodzenie boiska - piłkochwyty, ogrodzenie terenu, zieleń i mała architektura. Szczegółowy zakres robót zawiera przedmiar robót — załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ", oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót — załącznik nr 8 do SIWZ.

Zgodnie z pkt 5 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, dalej „STWiOR", wymagania dotyczące konstrukcji boiska wyglądały następująco: boisko piłkarskie o nawierzchni ze sztucznej trawy w o wysokości źdźbła min. 60 mm, z wklejeniem linii boisk, na podbudowie z mieszanek kruszywa łamanego kamiennego na warstwie piasku lub pospółki o grubości 10 cm i geowłókninie wraz z odwodnieniem za pomocą rur drenarskich o śr. 100 i PCV o śr. 200 mm, nawierzchnia boiska do piłki nożnej wykonana z trawy syntetycznej o wysokości włókna 60 mm z wypełnieniem w postaci piasku kwarcowego oraz granulatu gumowego EPDM; parametry nawierzchni: dwa przekroje włókien w jednym pęczku, każde z włókien o grubości min. 425 mikronów, wysokość włókna min 60mm, ilość pęczków min. 9200/m^2, ilość włókien min 110.000/m^2, waga całkowita min 2900 g/m^2, waga włókna min 1740 g/m^2, dtex min 15.000, wytrzymałość łączenia klejonego po starzeniu min. 98N/100mm, wyrywanie pęczka po starzeniu min 40N, przepuszczalność wody przez kompletny system min. 1950 mm/h, przepuszczalność wody przez samą nawierzchnię min. 3350 mm/h, typ trawy: monofil, rodzaj trawy: polietylen, wypełnienie: piasek kwarcowy i granulat EPDM w ilości zgodnej z badaniem laboratoryjnym.

Zamawiający (zgodnie z pkt 5 na str. 2 STWiOR) wymagał następujących dokumentów dla nawierzchni z trawy syntetycznej:

1. Raport z badań przeprowadzonych przez specjalistyczne laboratorium (np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd), dotyczący oferowanego systemu (trawa + wypełnienie), potwierdzający również zgodność jego parametrów z FIFA Quality Concept for Football Turf (edycja 2015),

2. Badanie na zgodność z normą EN 15330-1:2013 lub PN EN 15330-1:2014,

3. Karta techniczna oferowanej nawierzchni, poświadczona przez jej producenta, potwierdzająca wymagane przez Zamawiającego minimalne parametry dla nawierzchni,

4. Atest PZH lub równoważny dla oferowanej nawierzchni i wypełnienia,

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

6. Aktualny certyfikat FIFA 1 Star lub Quality dla nawierzchni,

7. Raport z badań testu Lisport na min. 200.000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej przeprowadzony przez niezależne i akredytowane przez FIFA laboratorium zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych — narażenie trawy na oddziaływania" potwierdzający, że nawierzchnia po min. 200.000 cykli nie wykazuje poważnych uszkodzeń,

8. Próbka trawy o wymiarach min. 15 cm x 15 cm.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie (pismo z dnia 20 maja 2020 r.): W związku z zapisem w dokumentacji odnośnie sztucznej trawy „dwa przekroje włókien w jednym pęczku, każde z włókien o grubości min. 425 mikronów prosimy o zmianę zapisu i dopuszczenie „dwóch rodzajów włókien w jednym pączku, każde z włókien o grubości min. 425 mikronów." Sztuczne trawy piłkarskie produkowane są z dwóch rodzajów włókien, niemniej jednak są to włókna o jednym przekroju. Istotne dla włókna jest, żeby miało rdzeń stabilizujący i odpowiednią grubość zapewniając tym samym najlepsze parametry wytrzymałościowe. wskazał, że przychyla się do zmiany zapisu odnośnie sztucznej trawy „Dwa przekroje włókien w jednym pęczku, każde z włókien o grubości (po zmianie) min. 400 mikronów" na „Dwa rodzaje włókien w jednym pęczku, każde z włókien o grubości min. 400 mikronów.

Pismem z dnia 21 maja 2020 r. Zamawiający na pytanie wykonawcy na jakim etapie należy przedłożyć dokumenty dotyczące sztucznej trawy wraz z próbką trawy o wym. Min. 15x15 cm, na etapie składania ofert czy przed wbudowaniem materiału odpowiedział, że dokumenty dotyczące sztucznej trawy wraz z próbką trawy należy załączyć do oferty.

W dniu 27 maja 2020 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Do upływu terminu składania ofert ofertę złożył m.in. Przystępujący oraz Odwołujący, który do oferty załączył m.in. raport sporządzony przez Sports Labs Ltd. dotyczący oferowanej przez niego trawy syntetycznej do wykonania nawierzchni boiska. Zgodnie z przedłożonym raportem (numer badania: 44695, numer zewnętrzny testu: 16545/9958, data testu: 21.03.2018 r.) grubość włókna oferowanego produktu wynosi 400 mikronów. Na ilustracji przedstawiającej charakterystykę włókna — 1 podane są następujące parametry: a) Thickness (grubość) L=0,402 mm. Na ilustracji przedstawiającej charakterystykę włókna — 2 podane są następujące parametry: a) Thickness (grubość) L=0,405 mm, b) Cross-section (przekrój) A=0,124 mm, d=0,398 mm.

Pismem z dnia 5 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał innych wykonawców, w tym Przystępującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów i uzupełnienia oferty o: atest higieniczny dla wypełnienia trawy piaskiem kwarcowym i granulatem EPDM, certyfikat FIFA 1 Star lub Quality dla nawierzchni, raport z badań testu Lisport na min. 200.000 cykli dla włókna oferowanej trawy syntetycznej przeprowadzony przez niezależne i akredytowane przez laboratorium zgodnie z normą EN 15306 lub z badań testu Lisport XL dla min. 20000 cykli.

W dniu 22 czerwca 2020 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego na postawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp pismo stanowiące informację dla Zamawiającego o zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, tj. wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie niezgodności danych wynikających z raportu lub przedłożenia raportu, z którego wynika, że oferowana przez Odwołującego trawa do wykonania nawierzchni boiska spełnia wymagania określone przez Zamawiającego określone w SIWZ. Odwołujący przekazał również Zamawiającemu poprawiony raport z dnia 18 czerwca 2020 r. (numer badania: 100999, numer zewnętrzny testu: 16545/9958, data testu: 21.03.2018 r.), z którego wynika, że w stosunku do włókna — 1 grubość (Thickness) wynosi d=0,414 mm, natomiast w stosunku do włókna — 2 grubość (Thickness) wynosi d=0,404 mm. 1.14.

W dniu 1 lipca 2020 r. Zamawiający przesłał zawiadomienie o wyborze

najkorzystniejszej oferty — oferty złożonej przez Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niespełniającej wymagań SIWZ w zakresie wymaganych minimalnych parametrów — grubość włókna, wskazując, iż na potwierdzenie minimalnych parametrów oferowanej trawy syntetycznej Zamawiający wymagał załączenia od oferty raportu z badań przeprowadzonych przez specjalistyczne laboratorium, potwierdzających zgodność jego parametrów z FIFA Quality Concept for Football Turf (edycja 2015). Zamawiający uznał, że według standardów FIFA grubość włókna wyraża długość średnicy największego okręgu jaki można wpisać w przekrój badanego włókna. Z załączonego do oferty dokumentu wynika, że oferowana trawa składa się z dwóch przekroi włókien w jednym pęczku, w tym dla włókna 1 średnica okręgu wpisanego w przekrój badanego włókna wynosi 0=0,406 mm, natomiast dla włókna 2 średnica ta wynosi d=0,398 mm. Zamawiający dodatkowo wskazał, że wskazany dokument nie budził jego żadnych wątpliwości. Natomiast złożony przez wykonawcę wraz z pismem z dnia 22 czerwca 2020 r. poprawiony raport z badań laboratoryjnych został złożony bez wezwania stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też dokument ten nie mógł być wzięty pod uwagę w dalszym postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których

stanowi 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 kwoty określonej 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.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Istota sporu sprowadzała się do kwalifikacji dokumentu będącego raportem z badań przeprowadzanych przez specjalistyczne laboratorium dotyczące oferowanego systemu (trawa + wypełnienie), potwierdzającym zgodność jego parametrów z FIFA Quality Concept for Football Turf oraz potwierdzającego minimalne parametry oferowanej trawy syntetycznej określone przez Zamawiającego. Odwołujący stał na stanowisku, że jest to dokument z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, natomiast Zamawiający twierdził, że jest to element oferty i nie podlega uzupełnieniu.

Izba uznała, że nie można podzielić stanowiska Zamawiającego co do tego, że raport z badań stanowi treść oferty. Raport ten, którego złożenia wymagał Zamawiający to dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdzający spełnienie przez oferowany produkt wymagań określonych przez Zamawiającego. Sam Zamawiający wskazał, że wymagany przez niego dokument ma potwierdzać zgodność oferowanego produktu z minimalnymi wymaganiami Zamawiającego, co potwierdza literalne brzmienie STWiOR, gdzie na str. 2 wprost wskazano, że przedmiotowy dokument miał zostać złożony w celu potwierdzenia minimalnych parametrów oferowanej trawy syntetycznej określonych przez Zamawiającego.

Zresztą, jak słusznie podniósł Odwołujący, skoro Zamawiający zamierzał zbadać parametry oferowanego produktu m.in. na podstawie raportu z badań przeprowadzonych przez specjalistyczne laboratorium czy karty produktu to dokumenty te nie służyły identyfikacji oferowanego produktu, ale stanowiły jedynie potwierdzenie, że oferowane produkty spełniają wymagania (parametry) określone w STWiOR.

Równocześnie z samego faktu żądania złożenia określonych oświadczeń czy dokumentów wraz z ofertą nie można wywodzić, iż ich treść stanowi merytoryczną treść oferty, niepodlegającą uzupełnieniu. Samo miejsce, w którym wymieniony został dokument oraz nazwa nadana załącznikowi przez Zamawiającego w SIWZ, nie wpływają na klasyfikację dokumentów. Istotne jest, jakie okoliczności dokument ma potwierdzać, co decyduje o jego charakterze. Skoro przedmiotowy dokument miał potwierdzać spełnienie przez oferowany

produkt wymaganego przez Zamawiającego parametru (tu: parametru grubości włókna trawy), to raport ten jest dokumentem potwierdzającym spełnienie przez oferowany produkt wymagań określonych przez SIWZ, a zatem dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i jako taki podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła również stanowiska Przystępującego jakoby przedłożony przez Odwołującego poprawiony raport z dnia 18 czerwca 2020 r. stanowił inny dokument, a przedmiotem badania mogła być inna próbka. Numer badania stanowi jednocześnie numer porządkowy raportu (wskazany w stopce raportu na stronie tytułowej), natomiast daty testu (21.02.2018 r.) oraz numer zewnętrzny testu są tożsame (16545/9958), co jednoznacznie potwierdza, że raport dotyczy tej samej próbki i jest to ten sam dokument. Odwołujący wyjaśnił, iż w wyniku jego interwencji zostały z raportu usunięte nieścisłości pojawiające się w treści i dotyczące grubości poszczególnych włókien. Izba uznała, że dowody złożone przez Odwołującego są wiarygodne, zaś twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, nie zostały poparte żadnym dowodem i są one wywodzone jedynie z argumentacji dotyczącej różnych numerów porządkowych raportu.

Reasumując, Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia raportu potwierdzającego spełnienie minimalnych wymagań, skoro stwierdził, że ten przedłożony przez wykonawcę nie potwierdza wymagań. Niemniej w analizowanym stanie faktycznym powyższe działanie Zamawiającego jest zbędne z uwagi na to, że uzupełniony samodzielnie przez Odwołującego raport potwierdza spełnienie wymagań Zamawiającego. Skoro wykonawca już samodzielnie złożył prawidłowy raport, brak było podstaw do wzywania go do jego uzupełnienia.

Izba uznała także, że działanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu (pismem z dnia 5 czerwca 2020 r.) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o ww. dokument Przystępującego (w trakcie badania i oceny ofert, a przed wyborem najkorzystniejszej oferty) stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Bowiem nie można jednych wykonawców stawiać w uprzywilejowanej pozycji i wzywać o tożsamy dokument, a innych automatycznie odrzucać, bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na

odrzucenia oferty Odwołującego potwierdził się. Nadto Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wzywając Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia stosownych dokumentów, równocześnie wskazując, że w stosunku do Odwołującego brak jest podstaw do wezwania o tożsamy dokument.

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 § 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....