

WYROK

z dnia 13 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę EVERSPOORT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Ostrów

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

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

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2257/22

Zamawiający - Gmina Ostrów [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp

na budowę boiska wielofunkcyjnego i bieżni prostej 60 m w miejscowości Wola Ociecka- Gmina Ostrów (znak postępowania: B5.272.6.2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 maja 2022 r. pod numerem nr 2022/BZP 00142834/01.

W dniu 29 sierpnia 2022 r. wykonawca EVERSPOORT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp przepisów, tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 101 ust. 4 oraz ust. 5 ustawy Pzp w zw. ust. 4.2. SWZ

poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Pzp odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, ze względu na rzekome niespełnienie przez oferowaną powierzchnię poliuretanową parametru „Starzenia (skali szarości): > 4” zgodnie z normą PN-EN 14877:2014-02 (Wytyczne do boiska wielofunkcyjnego w odpowiedzi na pytanie nr 1 w Odpowiedziach na pytania nr 1 z dnia 05.05.2022 r., zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego dnia 17.05.2022 r.), podczas, gdy norma PN-EN 14877:2014-02 (ust. 3.2.3. do tabeli nr 3) wymaga, aby ww. parametr Starzenia (skali szarości) wynosił „> 3” (którego spełnienie Odwołujący potwierdził w Tabeli równoważności stanowiącej załącznik do oferty), a ponadto, zaoferowana przez Odwołującego nawierzchnia poliuretanowa stanowi rozwiązanie równoważne względem wymagań określonych przez Zamawiającego, który nie określił parametrów granicznych dla rozwiązań równoważnych, poza zgodnością oferowanych rozwiązań z normą PN-EN 14877:2014-02, podczas, gdy zaoferowane przez Odwołującego rozwiązania równoważne są zgodne z parametrami ww. normy;

2. ewentualnego naruszenia art. 223 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zgodności zaoferowanych rozwiązań równoważnych z normą PN-EN 14877:2014-02, zgodności z którą Zamawiający wymagał w SWZ,

oraz innych przepisów powołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na rzekomą jej niezgodność z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
2. dokonanie ponownego zbadania i oceny oferty Odwołującego w Postępowaniu i uznanie, że ww. oferta jest zgodna z warunkami zamówienia;
3. ewentualne dokonanie wezwania Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie ustanowił w postanowieniach SWZ parametrów minimalnych dotyczących zaoferowanych rozwiązań równoważnych. Korzystając z powyższego uprawnienia Odwołujący zaoferował w swojej ofercie rozwiązania równoważne dotyczące nawierzchni poliuretanowej typu 2S na boisku wielofunkcyjnym, której parametry są w pełni zgodne z normą PN-EN 14877:2014-02 (ust. 3.2.3. do tabeli nr 3 ww. normy wymaga, aby ww. parametr Starzenia (skali szarości) wynosił „> 3”), który to wymóg spełnia nawierzchnia poliuretanowa boiska wielofunkcyjnego zaoferowana w ofercie Odwołującego, co potwierdzono w wierszu 9 do tabeli w załączniku do oferty - Tabela równoważności.

Odwołujący podkreślał, że czynność odrzucenia jego oferty z dnia 24.08.2022 r. została dokonana w sposób niezasadny i niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący w zakresie nawierzchni boiska wielofunkcyjnego zaoferował rozwiązania równoważne. Jak już podkreślono Zamawiający nie ustanowił w postanowieniach SWZ parametrów granicznych dotyczących zaoferowanych rozwiązań równoważnych. Natomiast w zakresie wymagań co do nawierzchni poliuretanowej na boisku wielofunkcyjnym wielokrotnie powoływał się na zgodność z normą PN EN 14877:2014. W związku z powyższym, skoro zaoferowane przez Odwołującego rozwiązania dotyczące nawierzchni boiska wielofunkcyjnego stanowią rozwiązania równoważne, które są zgodne z wytycznymi normy PN EN 14877:2014 (w tym w zakresie parametru Starzenia (skali szarości), oferta Odwołującego spełnia warunki zamówienia niezależnie od wyznaczenia przez Zamawiającego niektórych parametrów w sposób odmienny od postanowień normy PN EN 14877:2014, na obowiązek zgodności z którą Zamawiający sam się powołuje. Przeciwny wniosek, stanowiłby bowiem (jak to mam miejsce w okolicznościach sprawy) o niezgodność działań Zamawiającego z postanowieniami ust. 4.2. oraz przede wszystkim z przepisami art. 101 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp.

Zarówno w pierwotnej dokumentacji, jak i Odpowiedziach na pytania nr 1 z dnia 05.05.2022 r. w zakresie nawierzchni boiska wielofunkcyjnego Zamawiający powołał się na treść normy PN EN 14877:2014, przez co dopuścił rozwiązania równoważne do opisywanych w przedmiotowej normie, zgodnie z przepisem art. 101 ust. 4 ustawy Pzp. Natomiast Odwołujący, uczynił zadość obowiązkowi wykazania, że proponowane przez niego rozwiązania są zgodne z postanowieniami normy PN EN 14877:2014 i załączył na etapie składania oferty załącznik w postaci Tabeli równoważności.

Uzasadniał, że na uznanie treści oferty za zgodną z warunkami zamówienia nie wpływa przy tym fakt, że Zamawiający określił niektóre parametry nawierzchni w sposób odmienny od postanowień normy. Po pierwsze jak już podkreślono, ustalone przez Zamawiającego parametry nie odnoszą się do rozwiązań równoważnych, co do których Zamawiający nie określił parametrów granicznych. Ponadto, odmienne określenie przez Zamawiającego niektórych parametrów nawierzchni w sposób odmienny od powszechnie obowiązującej normy nie pozwala na odrzucenie przez Zamawiającego oferty, która spełnia parametry określone w samej normie. Powyższe potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.05.2022 r., sygn. akt: KIO 1072/22 (str. 21), w ramach którego KIO uznała, że mimo wyznaczenia przez zamawiającego parametrów minimalnych w sposób odmienny od parametrów ustalonych w treści normy, do uznania treści oferty (a właściwie zastosowanych w niej rozwiązań równoważnych) za zgodną z warunkami zamówienia, wystarczające będzie zaoferowanie rozwiązań równoważnych zgodnych z powszechnie obowiązującą normą. Z analogicznymi okolicznościami mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, co jedynie potwierdza, że do odrzucenia oferty Odwołującego doszło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Podobnie jak w okolicznościach postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1072/22, również w przedmiotowej sprawie Odwołujący przedstawił zgodnie z wymaganiami zamawiającego dokument potwierdzający zgodność zaoferowanych rozwiązań z obowiązującą normą tj. raport na zgodność zaoferowanych rozwiązań z normą PN EN 14877:2014. Powyższe potwierdziło również, że przez rozwiązania równoważne nie należy rozumieć wyłącznie rozwiązań w sposób literalny odpowiadający wymaganiom Zamawiającego, ale także rozwiązania które zapewniają należyłą realizację zamówienia, ze względu na potwierdzenie spełnienia powszechnie obowiązujących norm i standardów technicznych.

Odwołujący przywołał również wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2016 r., KIO 2312/16, wyrok KIO dnia 28 września 2020 r., sygn. akt: KIO 1974/20 oraz wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 239/21.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że zmiana postanowień w Odpowiedziach na pytania nr 1 z dnia 05.05.2022 została dokonana w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, ponieważ zgodnie z treścią zmiany parametry mają być zgodne z postanowieniami normy PN EN 14877:2014, podczas gdy zostały one ustalone w sposób odmienny od treści ww. normy. Skoro natomiast powstają wątpliwości co do interpretacji jakie wartość parametrów granicznych należy zastosować przy oferowaniu w ramach oferty rozwiązań równoważnych, to powinny być odczytywane na korzyść wykonawcy, a nie zgodnie z uznaniową decyzją Przeciwnika Skargi. Powyższe potwierdza jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej wyrażona m. w wyroku z dnia 14 grudnia 2018 r., KIO 2458/18 oraz wyroku z dnia 29 grudnia 2017 r., KIO 2654/17.

Z uwagi na powyższe nie sposób nie zgodzić się z twierdzeniem, że argumenty podniesione przez Zamawiającego w Zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 24.08.2022 r. mają jakiegokolwiek odzwierciedlenie w rzeczywistych okolicznościach sprawy. Odwołujący przedstawił bowiem wraz z ofertą dokumenty potwierdzające spełnienie przez zaoferowane nawierzchnie wymaganych warunków zamówienia. Odwołujący podkreśla, że prawidłowa i niebudząca wątpliwości ocena ofert w Postępowaniu powinna odbywać się w sposób kompleksowy z uwzględnieniem wszystkich informacji zawartych w ofercie i dokumentach oraz oświadczeniach składanych na wezwanie.

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Nie ulega wątpliwości, iż zasada ta obowiązuje Zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza także, by wszystkie wymagania, które Zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert były jednakowe dla wszystkich wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył tę zasadę, ponieważ w wyniku wadliwego przeprowadzenia przez niego czynności oceny oferty Odwołującego uznano, iż podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pomimo że oferta Odwołującego nie jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający wbrew powyższemu wytycznym dokonał oceny oferty Odwołującego w sposób nieobiektywny oraz wybiórczy, mający na celu odrzucenie oferty Odwołującego z Postępowania. W związku z powyższym Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu

art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 101 ust. 4 oraz ust. 5 ustawy Pzp w zw. ust. 4.2. SWZ.

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący wskazał, iż w okolicznościach sprawy mogło dojść również do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Na podstawie okoliczności sprawy nie sposób uznać, że Zamawiający był uprawniony do bezpośredniego stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia i powinien poprzedzić taką czynność wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust 1 ustawy Pzp. Powyższe było tym bardziej uzasadnione, skoro Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, podczas gdy w ramach złożonej oferty Odwołujący zaoferował rozwiązania równoważne zgodne z normą PN EN 14877:2014. Zamawiający bowiem nie tylko może, ale i powinien, ustalić, jaka jest rzeczywista treść oświadczenia woli wykonawcy, a oświadczenie to powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Tylko w ten sposób bowiem Zamawiający dochowuje zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na temat konieczności wyjaśnienia wszelkich wątpliwości zachodzących w postępowaniu wielokrotnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza m. in. wyroku z dnia 3 października 2017 r. (sygn. akt KIO 1926/17). W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z pominięciem czynności wyjaśnienia treści oferty Odwołującego czym prawdopodobnie dopuścił się naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 września 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowód Odwołującego złożony w toku rozprawy, tj. wydruk ze strony internetowej PZLA pokazujący zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych, na których zastosowano rozwiązanie producenta zaoferowane przez Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa boiska wielofunkcyjnego i bieżni prostej 60 m w miejscowości Wola Ociecka - Gmina Ostrów.

Zgodnie z punktem 4.2 SWZ, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych. Dokumentacja ta jest załącznikiem do ogłoszenia o postępowaniu i jest dostępna na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

Zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdyby w dokumentacji projektowej lub STWiORB, a więc w dokumentach opisującym przedmiot zamówienia, zawarto odniesienie do norm, ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 ustawy Pzp a takim odniesieniem nie towarzyszyło wyrażenie „lub równoważne”, to Zamawiający dopuszcza

rozwiązania równoważne opisywanym w każdej takiej normie, ocenie technicznej, aprobacie, specyfikacji technicznej, systemowi referencji technicznych. W związku z powyższym należy przyjąć, że każdej: normie, ocenie technicznej, aprobacie, specyfikacji technicznej, systemowi referencji technicznych występujących w opisie przedmiotu zamówienia towarzyszą wyrazy „lub równoważne”.

Zgodnie z art. 101 ust. 5 Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym w tych dokumentach, jest obowiązany udowodnić, poprzez dołączenie do oferty stosownych przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa

w art. 104-107 ustawy Pzp, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytanie nr 1 w Odpowiedziach na pytania nr 1 z dnia 05.05.2022 r. (zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego dnia 17.05.2022 r.) dokonał następujących zmian Wytycznych do boiska wielofunkcyjnego wskazując: Nawierzchnia poliuretanowa powinna spełniać poniższe wymagania zgodnie z normą PN 14877:2013 (PN EN 14877:2014-02), tj. dla parametru Starzenie (skala szarości) > 4.

Odwołujący wraz z ofertą złożył Tabelę równoważności oferowanej nawierzchni typu 2S producenta CONICA AG wraz z następującymi przedmiotowymi środkami dowodowymi:

- Aktualny kompletny raport z badania na zgodność z normą PN EN 14877:201 potwierdzający parametry oferowanej nawierzchni wymagane przez Zamawiającego;
- Certyfikat FIBA;
- Atest Higieniczny PZH lub równoważny;
- Badania na bezpieczeństwo ekologiczne nawierzchni potwierdzające wymaganą zawartość związków chemicznych zgodnie z normą DIN 18035-6;
- Kompletny raport z badania zawartości WWA, określający kategorię;
- Karta techniczna systemu potwierdzona przez producenta;
- Autoryzacja producenta systemu z określeniem nazwy inwestycji wraz z potwierdzeniem gwarancji na produkt.

Jednocześnie w tabeli równoważności dla wymaganego przez Zamawiającego parametru dotyczącego nawierzchni boiska „Starzenie (skala szarości): > 4” Odwołujący podał „3* Spełnia wymagania normy PN EN 14877:2014”.

W przypisie do ww. parametru Odwołujący podał: „W zakresie parametru Starzenie (skala szarości) nawierzchnia uzyskuje wynik na poziomie 3, zgodnie z obowiązującą normą dla nawierzchni zewnętrznych PN EN 14877:2014 będącej jedyną normą określającą wymagania w zakresie nawierzchni sportowych. Należy podkreślić, że parametry nawierzchni poliuretanowych należy rozpatrywać, jako komplet parametrów w odniesieniu do celu jakiego ma służyć. Parametr nie wpływa na właściwości użytkowe nawierzchni takie jak amortyzacja, wytrzymałość na rozciąganie, odkształcenie pionowe czy wydłużenie przy zerwaniu, które są spójne i proporcjonalne zapewniając odpowiednie cechy użytkowe i funkcjonalność nawierzchni w zakresie boiska wielofunkcyjnego. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że wyniki badań laboratoryjnych są przeprowadzane na próbkach, w warunkach laboratoryjnych i niektóre kolory, które zostały przekazane do badań mogą być nieodporne na promieniowanie UV przez co wynik laboratoryjny może być niższy. W omawianej nawierzchni wymagane kolory (ceglasty/czerwony oraz zielony) są odporne na blaknięcie, co dodatkowo gwarantuje spełnienie wymagań w tym zakresie. Nawierzchnia Conipur 2S posiada również badania zgodnie z regulacjami World Athletics (dawniej IAAF), które są bardziej restrykcyjne względem normy PN EN 14877:2014 na boiska wielofunkcyjne i jest jedną z nielicznych nawierzchni poliuretanowych na rynku światowym, która jako nawierzchnia nielekkooatletyczna spełnia wymagania World Athletics. Potwierdza to wysokie walory użytkowe oferowanego produktu, jak i jego wielofunkcyjność. Zapewniamy, że produkt spełni oczekiwania Zamawiającego, jak i przyszłych Użytkowników względem celu i przeznaczenia jakiego ma służyć. Pozostałe wszystkie parametry jakościowe, wyszczególnione przez Zamawiającego, są zgodne z określonymi wymaganiami.”

Pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uzasadniając, że w zakresie boiska wielofunkcyjnego raport z badania na zgodność z normą PN EN 14877:2014 nie potwierdza spełnienia wymagań cech funkcjonalnych oferowanej nawierzchni w zakresie starzenia (skala szarości). Ww. nawierzchnia uzyskuje wynik 3, gdzie Zamawiający określił wymóg

w tym zakresie na poziomie > 4. Zaoferowany produkt nie można uznać za równoważny, gdyż Zamawiający określił parametr starzenie (skala szarości) na poziomie > 4, a oferowana przez wykonawcę nawierzchnia nie spełnia wymagań zawartych w SWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 101 ust. 4 oraz ust. 5 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SWZ w zakresie parametru oferowanej nawierzchni poliuretanowej boiska wielofunkcyjnego „Starzenie (skala szarości): >4” zgodnie z normą PN-EN 14877:2014-02. Na uwzględnienie nie zasługiwał także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zaoferowanych rozwiązań równoważnych z ww. normą.

Poza sporem było, że Zamawiający w postanowieniach SWZ dla nawierzchni poliuretanowej boiska wielofunkcyjnego wymagał, aby nawierzchnia spełniała wymagania normy PN 14877:2013 (PN - EN 14877:2014-02), w tym dla parametru „Starzenie (skala szarości)” osiągała wynik na poziomie > 4. Odwołujący wraz z ofertą złożył Tabelę równoważności oferowanej nawierzchni typu 2S producenta CONICA AG wskazując dla ww. parametru dotyczącego nawierzchni boiska: „3* Spełnia wymagania normy PN EN 14877:2014” wraz z dodatkowym komentarzem. Jednocześnie w celu wykazania równoważności oferowanego rozwiązania Wykonawca złożył przedmiotowe środki dowodowe.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Jednocześnie w myśl art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Ponadto zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia przez

odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne". W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3, zamawiający nie może odrzucić oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia (art. 101 ust. 5 ustawy Pzp).

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie parametru oferowanej nawierzchni poliuretanowej boiska wielofunkcyjnego „Starzenie (skala szarości): >4” nie naruszała przepisów ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby Zamawiający w okolicznościach sprawy obowiązany był ustanowić w postanowieniach SWZ parametry minimalne dotyczące oferowanych rozwiązań równoważnych. Podkreślić należy, iż przepis art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, odmiennie niż art. 99 ust. 6 ustawy Pzp, nie wskazuje konieczności określenia kryteriów równoważności ani imiennego wskazania norm równoważnych, lecz jedynie nakłada na zamawiającego obowiązek dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisywanym oraz użycia określenia "lub równoważne", czemu Zamawiający dał wyraz w postanowieniu punktu 4.2 SWZ.

Po drugie, za niezrozumiałe Izba uznała stanowisko Odwołującego, który twierdził, że zaoferował rozwiązanie równoważne opisanemu w SWZ, podczas gdy oferowane przez Odwołującego rozwiązanie wprost odnosi się do normy PN-EN 14877:2014-02, na którą powołał się Zamawiający. Co więcej, okoliczność, iż Zamawiający zaostrzył parametr dotyczący „Starzenia (skala szarości)” określając go na poziomie > 4, podczas gdy norma określa minimalną, dolną granicę ww. parametru na poziomie >3 oznacza, że omawiany parametr nawierzchni poliuretanowej stanowił wymóg bezwzględny, określony na wyższym poziomie niż wynikający z ww. normy. Tym samym istotą niniejszego sporu zdaniem Izby nie była kwestia, czy oferowane przez Odwołującego rozwiązanie było równoważne do opisanego w specyfikacji za pomocą normy PN-EN 14877:2014-02, ponieważ Odwołujący nie powołał się na spełnienie innej normy równoważnej, lecz kwestia spełnienia parametru wymaganego przez Zamawiającego niejako niezależnie od normy, lepszego, określonego na wyższym poziomie, jednocześnie niesprzecznego z normą.

Uwzględniając powyższe skoro złożony przez Odwołującego raport z badań dotyczący nawierzchni CONIPUR 2S koloru czerwonego w zakresie parametru dotyczącego Starzenia wskazuje wynik 3, a Zamawiający rzeczony parametr określił na poziomie >4, to oferta Odwołującego jest wprost i jednoznacznie niezgodna z treścią specyfikacji warunku zamówienia. Spełnienia ww. parametru na poziomie określonym przez Zamawiającego nie potwierdza także oświadczenie producenta oferowanej nawierzchni z dnia 26 maja 2022 r. Co więcej, Odwołujący w toku rozprawy nie twierdził i nie próbował wykazać, że oferowana nawierzchnia boiska wielofunkcyjnego dla parametru Starzenie (skala szarości) osiąga wyniku 4.

Po trzecie, argumentacja Odwołującego dotycząca rozbieżności między parametrem „Starzenie (skala szarości)” wskazanym w treści SWZ, a parametrem „Utrata koloru po sztucznym wietrzeniu” zgodnie z tłumaczeniem normy oraz parametrem „Utrata koloru po przyspieszonym starzeniu” zgodnie z treścią raportu z badań, oraz mogące powstać na tym tle wątpliwości interpretacyjne, nie mogła stanowić przedmiotu oceny Izby, ponieważ wykraczała poza treść zarzutu, na który składają się konkretne okoliczności faktyczne (arg. z art. 555 ustawy Pzp). Analogicznie Izba potraktowała argumentację Odwołującego jakoby Wykonawca zaoferował rozwiązanie uwzględniające parametr „Utraty koloru”, a nie parametr „Starzenie (skala szarości)”, który - w opinii Odwołującego - zbliżony jest do parametru „Starzenia (skala szarości)”. Jedynie na marginesie dostrzec należy, iż sam Odwołujący w tabeli równoważności załączonej do oferty w przypisie oznaczonym gwiazdką stwierdził, że „w zakresie parametru starzenie (skala szarości) nawierzchnia uzyskuje wynik

na poziomie 3, zgodnie z obowiązującą normą dla nawierzchni zewnętrznych PN EN

14877:2014”, co wskazuje na brak wątpliwości Odwołującego na etapie przygotowania oferty w zakresie sposobu rozumienia wymogu Zamawiającego dotyczącego parametru „Starzenia (skala szarości)”.

Za bez znaczenia dla rozpoznania niniejszej sprawy Izba uznała złożony przez Odwołującego w toku rozprawy dowód w postaci wydruku ze strony internetowej PZLA pokazujący zestawienie stadionów, hal i urządzeń lekkoatletycznych, na których zastosowano rozwiązanie producenta zaoferowane przez Odwołującego.

W świetle powyższego zdaniem składu orzekającego czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa, a niezgodność oferty Odwołującego z treścią warunków zamówienia była jednoznaczna, przez co wszczęcie procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp było zbędne w okolicznościach sprawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: