

WYROK

z dnia 3 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2022 roku przez wykonawcę M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. M. Firma Handlowo-Usługowa „ZALAS” ul. Decowskiego 151 38-400 Krosno w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Rymanów przy udziale wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie ul. Idzikowskiego 16, 00-710 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2759/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 1 i 3 petitum odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert w tym odrzucenie oferty wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Rymanów w części 2/3 i Odwołującego M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. M. Firma Handlowo-Usługowa „ZALAS” z siedzibą w Krośnie w części 1/3 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 17 759 zł 98 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset pięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych), koszty wynagrodzenia obu pełnomocników w wysokości 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) oraz koszty związane z dojazdem Zamawiającego na rozprawę w wysokości 559 zł 98 gr (słownie: pięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy),
 - 3.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Rymanów na rzecz Odwołującego M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. M. Firma Handlowo-Usługowa „ZALAS” kwotę 9 067, zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem 2/3 wartości wpisu od odwołania oraz 2/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.3. zasądza do Odwołującego M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. M. Firma Handlowo-Usługowa „ZALAS” na rzecz Zamawiającego kwotę 1 387,00 (słownie: jeden tysiąc trzysta osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem 1/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika oraz 1/3 wartości kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 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 2759/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Rymanów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Budowa części lekkoatletycznej wraz z bieżnią w ramach przebudowy (modernizacji) stadionu Ośrodka Kultury Fizycznej w Rymanowie”, numer referencyjny RIN.271.14.2022. zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, o wartości przedmiotu zamówienia poniżej progów unijnych, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2022/BZP 00347002 z dnia 2022-09-14.

W dniu 19 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W. M. Firma Handlowo - Usługowa "ZALAS" w Krośnie, zwanego dalej „Odwołującym”, wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, polegających na wyborze oferty Wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy

TAMEX Obiekty Sportowe S.A. mimo że Wykonawca ten zaoferował w postępowaniu wykonanie nawierzchni CONIPUR SW producenta CONICA, która to nawierzchnia nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w dokumentacji zamówienia, co w konsekwencji powoduje, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2. art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy TAMEX Obiekty

Sportowe S.A. do złożenia przedmiotowego środka dowodowego wymaganego w punkcie 5a ust. 1 lit. e SWZ, tj. atestu higienicznego PZH, którego Wykonawca nie złożył wraz z ofertą,

3. art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów).

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności:

a) odrzucenie oferty Wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A.,

b) ewentualnie również wezwanie Wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A.

do złożenia przedmiotowego środka dowodowego w postaci atestu higienicznego PZH,

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego, z uwagi na to, że oferta Odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie w przypadku uwzględnienia odwołania i odrzucenia oferty Wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z postępowania, Odwołujący wciąż może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym Odwołujący jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Wskazać należy bowiem, że interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy Wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny. Przedmiotem zamówienia jest budowa części lekkoatletycznej wraz z bieżnią w ramach przebudowy (modernizacji) stadionu Ośrodka Kultury Fizycznej w Rymanowie. W SWZ Zamawiający wskazał, że w ramach zamówienia należy wykonać m.in. modernizację bieżni okrężnej 4-torowej 400m i prostej 4-torowej 130m oraz budowę obiektów lekkoatletycznych. Na str. 4 SWZ wskazano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji projektowej, stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ, na którą składa się: projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacja wykonania i odbioru robót oraz przedmiar robót.

Dokumentacja techniczna - projekt budowlany na str. 6 wskazuje, że na bieżni lekkoatletycznej należy wykonać nawierzchnię poliuretanową oraz że „nawierzchnia nie może posiadać w swoim składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych”.

Mimo tego, Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. zaoferował Zamawiającemu nawierzchnię CONIPUR SW, która nawet zgodnie z dokumentami przedłożonymi przez tego Wykonawcę wraz z ofertą (raport z badania nawierzchni syntetycznej) zawiera mieszanie granulatu SBR. Oznacza to, że produkt zaoferowany przez Wykonawcę TAMEX Obiekty Sportowe S.A. nie spełnia wymagań postawionych w dokumentacji projektowej, a zatem oferta Wykonawcy powinna zostać bezwzględnie odrzucona z postępowania, jako niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Ponadto, projekt budowlany na str. 9 wskazuje wymagane dokumenty do potwierdzenia jakości nawierzchni i wśród nich wymienia atest higieniczny PZH lub równoważny. Analogiczne uregulowanie Zamawiający wprowadził do SWZ modyfikacją

z dnia 22 września 2022 roku - oczekując, że dokumenty (w tym atest higieniczny) zostaną przedłożone wraz z ofertą. Mimo tego Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. nie przedłożył wraz z ofertą atestu PZH dla oferowanej nawierzchni, ani żadnego innego równoważnego dokumentu.

Odwołujący jest w posiadaniu atestu PZH wydanego dla nawierzchni oferowanej przez TAMEX, tj. nawierzchni CONIPUR SW i z dokumentu tego wynika wprost, że produkt CONIPUR SW posiada w swoim składzie granulatu SBR z recyklingu. Zdaniem Odwołującego to właśnie dlatego Wykonawca TAMEX nie załączył atestu PZH do oferty - mimo że dokument taki został wydany dla nawierzchni CONIPUR SW, a zatem nie ma podstaw do przedkładania jakiegokolwiek dokumentu równoważnego.

Odwołujący w związku z tym, że Zamawiający nie dopuścił w niniejszym postępowaniu nawierzchni posiadających w swoim składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych, zaoferował nawierzchnię TETRAPUR ENZ III M, która to nawierzchnia spełnia wszystkie wymagania opisu przedmiotu zamówienia w tym w szczególności ww. zastrzeżenie.

Podkreślić również należy, że w niniejszym postępowaniu celem Zamawiającego jest uzyskanie stadionu kat. V według PLZA. W tym kontekście jedynie zaoferowana przez Odwołującego nawierzchnia pozwoli na uzyskanie przez obiekt certyfikatu kat. VA, co zgodnie z uchwałą Polskiego Związku Lekkiej Atletyki nr 44/2020 z dnia 15 grudnia 2020 roku pozwoli na organizację zawodów rangi mistrzostw Polski w biegach długich oraz mityngach ogólnopolskich. W przypadku nawierzchni SW (tj. typu sandwich) - a zatem takiej jaką oferuje Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A., możliwe jest wyłącznie uzyskanie kat. VB, która pozwala na rozgrywanie zawodów okręgowych, lokalnych i szkolnych.

Jednoznacznie widać zatem, że TAMEX oferuje nawierzchnię niższej jakości. Jednakże co istotniejsze - bez wątplenia Wykonawca ten zaoferował nawierzchnię niezgodną z OPZ.

Z uwagi na powyższe okoliczności, Odwołujący złożył do Zamawiającego w dniu 10 października 2022 roku pismo ze wskazaniem na niezgodność oferty Wykonawcy TAMEX z wymaganiami zamówienia oczekując, że Zamawiający odrzuci tę z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem bezsprzecznie zaoferowana nawierzchnia nie spełnia wymagań postawionych w projekcie budowlanym. Mimo tego, Zamawiający w dniu 14 października 2022 roku dokonał wyboru oferty TAMEX Obiekty

Sportowe S.A. jako najkorzystniejszej. Na złożone przez Odwołującego pismo Zamawiający odpowiedział w dniu 11 października 2022 roku, że: nawierzchnia

zaproponowana przez wykonawcę TAMEX jest zgodna z wymaganiami zamawiającego, wskazując na odpowiednie zapisy dokumentacji projektowej.

Z taką interpretacją Zamawiającego Odwołujący nie może się zgodzić.

Zamawiający próbuje przeforsować interpretację jakoby zastrzeżenie, że „nawierzchnia nie może posiadać w swoim składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych” dotyczyło wyłącznie warstwy wierzchniej (zasyпки), nie zaś całej nawierzchni (tj. którejkolwiek warstwy). Jest to jednak interpretacja wprost sprzeczna z zapisem w dokumentacji projektowej.

Dokumentacja projektowa wprost wskazuje, że „nawierzchnia powinna składać się z warstw: warstwa nośna (...), zamknięcie warstwy (...), zasypanie granulatami EPDM”.

Zamawiający tak ukształtował dokumentację projektową, że pojęcie „nawierzchnia” dotyczy całości - wszystkich warstw, a zatem zarówno warstwy nośnej, jak i warstwy wierzchniej. Zatem próba wykazania, że zapis o zakazie stosowania materiałów z recyklingu, SBR itd. dotyczy wyłącznie warstwy wierzchniej jest wprost sprzeczna z zapisami dokumentacji, która wskazuje, że zakaz ten dotyczy nawierzchni - nawierzchni jako całości, na którą składają się wszystkie warstwy. W dokumentacji projektowej Zamawiający dopuszcza w warstwie nośnej

zastosowanie granulatu gumowego. W praktyce granulaty gumowe to albo granulaty SBR, albo

granulaty EPDM. Jednak tylko granulaty EPDM nie posiadają w swoim składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych. Z tego wynika, że tylko użycie granulatu EPDM w warstwie nośnej spełnia wymagania Zamawiającego. W zakresie warstwy wierzchniej (zasyпки) Zamawiający wprost wskazał w dokumentacji projektowej, że ma być wykonana z granulatu EPDM, w związku z czym postanowienia dotyczące zakazu używania materiałów z SBR nie dotyczą warstwy wierzchniej, a nawierzchni. Nawierzchni, która w przypadku Wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. jest niezgodna z wymogami, bo bez wątplenia zawiera w sobie SBR.

Zamawiający aktualnie twierdzi, że to tylko warstwa wierzchnia miała nie posiadać w swoim składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych. Po co jednak Zamawiający miałby wprowadzać taki zakaz w odniesieniu do warstwy wierzchniej skoro w dokumentacji projektowej wskazał, że zasypanie ma się odbyć granulatami EPDM.

Jeśli warstwa wierzchnia - zasyпка - to bezwzględnie granulaty EPDM (a tak opisano to w dokumentacji) to żadne dodatkowe zastrzeżenie co do warstwy wierzchniej nie jest potrzebne, bowiem granulaty EPDM nie mają w swoim składzie zakazanych składników. Jednoznacznie więc widzimy, że zastrzeżenie to musi odnosić się do czegoś więcej niż tylko

warstwy wierzchniej, a zatem do nawierzchni (jej wszystkich warstw).

Z powyższego wynika zatem, że teoria Zamawiającego to nic innego jak interpretacja stworzona na potrzeby obrony oferty Wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. - jednak jest to interpretacja nieprawidłowa i pozostająca w sprzeczności do treści dokumentów zamówienia, które są wiążące zarówno dla Wykonawców, jak i dla Zamawiającego.

Na marginesie warto podkreślić, że nawierzchnia CONIPUR SW jest nawierzchnią typu sandwich - a nawierzchnia ta nie może zostać położona na obiektach kat. VA według PZLA. Zgodnie z uchwałami PZLA nawierzchnia typu sandwich możliwa jest tylko w przypadku ubiegania się przez obiekt o kat. VB (uchwała nr 41/2020, str. 2). Rodzaj nawierzchni jest bardzo ważny bowiem determinuje również to jakie zawody będą mogły odbywać się na konkretnym obiekcie - w przypadku nawierzchni sandwich mogą to być wyłącznie zawody okręgowe, lokalne i szkolne (uchwała PZLA nr 44/2020, str. 5). Tym samym położenie

nawierzchni jaką oferuje TAMEX spowoduje ograniczenie możliwości rozgrywania określonego typu zawodów na wybudowanym obiekcie. Co istotniejsze w zakresie wspomnianych uchał warto wspomnieć, że wszystkie z nich posługują się pojęciem „nawierzchnia” określając produkt jako całość, tj. jako wszystkie warstwy, a nie tylko jako warstwę wierzchnią jak stara się to w niniejszej sprawie zinterpretować Zamawiający.

Mając na uwadze powyższe, niniejsze odwołanie należy uznać za uzasadnione i konieczne.

W dniu 24 października 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiający zgłosił przystąpienie wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Przystępujący).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu pierwszego, dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz trzeciego, dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp i art. 17 ust. 2 Pzp.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów uwzględnionych.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. mimo, że Wykonawca ten zaferował w postępowaniu wykonanie nawierzchni CONIPUR SW producenta CONICA, która to nawierzchnia nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w dokumentacji zamówienia, co w konsekwencji powoduje, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, oraz zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem ww. przepisów).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w dokumentacji projektowej stanowiącej element Opisu przedmiotu zamówienia - dokumentacji technicznej (zał. Nr 1 do SWZ) na str. 6 Projektu Budowlanego, Zamawiający w pkt 5.5 określił następujące wymagania:

5.5. NAWIERZCHNIA POLIURETANOWA

Na bieżni lekkoatletycznej wykonać nawierzchnię poliuretanową o grubości min 13 mm. Przeznaczona ona będzie do użytkowania w butach z kołkami i ma być nieprzepuszczalna dla wody. Nawierzchnię należy wykonywać bezpośrednio na placu budowy na odstłoniętej podbudowie betonowej. Nawierzchnia powinna składać się z warstw:

- warstwa nośna, mieszanina granulatu gumowego zespolonego lepiszczem poliuretanowym
 - zamknięcie warstwy granulatu gumowego za pomocą wysokoelastycznej szpachli poliuretanowej na którą nanosi się tworzywo poliuretanowe
 - zasypanie granulem EPDM
- Łączna grubość nawierzchni min. 13 mm.

Nawierzchnia musi posiadać jednolitą bordową barwę, w połączeniu z równie ż bordowym granulem EPDM.

Nawierzchnia nie może posiadać w swoim składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych.

Przystępujący zaoferował realizację zamówienia z wykorzystaniem nawierzchni syntetycznej Conipur SW, Sandwich, producenta CONICA AG. Nawierzchnia ta, co wynika z załączonego przez Przystępującego do oferty Atestu Higienicznego w swym składzie zawiera granulaty SBR z recyklingu, co świadczy o niezgodności oferty w zakresie oferowanej nawierzchni z warunkami zamówienia i skutkuje koniecznością odrzucenia oferty.

Zamawiający pismem z dnia 28 października 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł, że zarzut Odwołującego pozostaje w sprzeczności z oczekiwaniami i stanowiskiem Zamawiającego, a także zapisami zawartymi w dokumentacji projektowej. Wskazać bowiem należy, iż Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania oczekiwał wykonania nawierzchni poliuretanowej typu „sandwich”, składającej się z dwóch warstw: elastycznego podkładu oraz warstwy użytkowej (strona 8 dokumentacji projektowej).

Zamawiający wskazuje, iż w ramach obecnie dostępnych na rynku produktów nie występuje warstwa nośna, która nie zawiera w sobie granulatu SBR z recyklingu. Wszystkie dostępne na rynku warstwy nośne zawierają w sobie granulaty SBR z recyklingu, a zatem nie jest możliwe dostarczenie innego rozwiązania. Ponadto w przypadku nawierzchni typu „sandwich”, warstwa nośna nie występuje w postaci EPDM. Każdy granulaty gumowy dostępny na rynku zawiera granulaty SBR. Zamawiający wskazuje, iż w dokumentacji projektowej zatwierdzonej przez PZLA (strona 6) zostały szczegółowo opisane wymagania Zamawiającego, zgodnie z którymi: „Nawierzchnia powinna się składać z warstw:

- warstwa nośna, mieszanina granulatu gumowego zespolonego lepiszczem poliuretanowym,
- zamknięcie warstwy granulatu gumowego za pomocą wysokospecjalistycznej szpachli

poliuretanowej na którą nanosi się tworzywo poliuretanowe

- zasypanie granulatem EPDM.

Nawierzchnia musi posiadać jednolitą bordową barwę, w połączeniu z również bordowym granulatem EPDM. Nawierzchnia nie może posiadać w swoim składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych".

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, zaproponowany przez firmę Tamex system jest zgodny z dokumentacją projektową, która dopuszcza na zastosowanie w warstwie nośnej granulatu gumowego, czyli SBR. Albowiem ponownie wskazać należy, iż w ramach obecnie dostępnych na rynku produktów nie występuje warstwa nośna, która nie zawiera w sobie granulatu SBR z recyklingu. Wszystkie oferowane obecnie na rynku nawierzchnie typu „Sandwich” zawierają w swoim składzie w warstwie nośnej matę gumową (SBR). Ponadto Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje granulatu EPDM tylko do wykonania warstwy wierzchniej — zasypanie granulatem EPDM. Warstwa ta nie może zawierać w swoim składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych, co zostało przez Zamawiającego dalej wyraźnie wskazane. Zastrzeżenie to odnosi się wyłącznie do warstwy wierzchniej albowiem jak już zostało to powyżej wskazane, w przypadku nawierzchni typu sandwich, której wykonania oczekiwał Zamawiający, każda warstwa nośna zawiera w swoim składzie matę gumową SBR, co odwołującemu, jako profesjonalnemu Wykonawcy jest z pewnością wiadome. Powyższe zastrzeżenie nie mogło zatem odnosić się do warstwy nośnej, skoro takie rozwiązania nie są dostępne na rynku.

W ocenie Izby powyższa argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze nie znajduje ona potwierdzenia w zapisach dokumentacji zamówienia, a po drugie, Zamawiający sam przyznał, że wybrał ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający twierdzi, że oczekiwał wykonania nawierzchni poliuretanowej typu „sandwich”, jednakże Izba wskazuje, że taki wymóg nie wynika z żadnego zapisu dokumentacji zamówienia. Co więcej, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że nawet nawierzchnia typu „sandwich” obecnie występująca na rynku, nie spełnia warunku dotyczącego braku zastosowania granulatu SBR, a podczas rozprawy przyznał, że dokumentacja zamówienia nie wskazuje typu jako „sandwich”, lecz wymaga zastosowania nawierzchni warstwowej. Ponadto w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, w pkt. 5.3. Zamawiający wskazał typ nawierzchni jako pełny poliuretan „Full Pur”.

Powyższe potwierdza, że stanowisko Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne i nie znajduje oparcia w dokumentacji.

Zupełnie niezasadne jest twierdzenie Zamawiającego, iż w ramach obecnie dostępnych na rynku produktów nie występuje warstwa nośna, która nie zawiera w sobie granulatu SBR z recyklingu, czego najlepszym przykładem jest oferta złożona przez Odwołującego, który zaoferował nawierzchnię niezawierającą granulatu SBR z recyklingu. A zatem, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, możliwe jest dostarczenie innego rozwiązania niż zaoferował Przystępujący, które spełnia warunki zamówienia. Co więcej, stanowisko Zamawiającego stanowi potwierdzenie, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Nie znajduje również potwierdzenia w zapisach dokumentacji twierdzenie Zamawiającego, jakoby dokumentacja projektowa dopuszczała zastosowanie granulatu SBR w warstwie nośnej. Wymóg dokumentacji projektowej jest jednoznaczny: Nawierzchnia nie może posiadać w swoim składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych.

Wymóg ten odnosi się do nawierzchni a nie do jednej z warstw, co wynika wyraźnie z użytego określenia „nawierzchnia” a nie „warstwa”, jak próbuje interpretować to Zamawiający. Stanowiska Zamawiającego nie uzasadnia również wymóg, że zasypanie ma zostać wykonane granulatem EPDM. Wymóg ten odnosi się do warstwy wierzchniej i nie pozostaje w sprzeczności z ww. wymogami.

W cenie Izby stanowisko Zamawiającego nie tylko jest wewnętrznie sprzeczne, ale wskazuje na ignorowanie podstawowych przepisów i zasad wynikających z prawa zamówień publicznych. Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 99 ust. 1 i następane Pzp jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeżeli Zamawiający - jak twierdzi

w odpowiedzi na odwołanie - miał wiedzę, że obecnie na rynku w ramach dostępnych produktów nie występuje warstwa nośna, która nie zawiera w sobie granulatu SBR z recyklingu, na taką informację, jako istotną dla opisu przedmiotu zamówienia winien umieścić w treści dokumentacji zamówienia, lub dokonać zmiany istniejących zapisów warunków zamówienia, a nie dokonywać oceny ofert z pominięciem postawionego wymogu. Pozostawienie ograniczenia w treści dokumentacji co do braku zastosowania granulatu SBR dla nawierzchni, oznacza, iż wymóg ten musi zostać spełniony przez wykonawców. Zamawiający nie może stawiać wymagań, których nie będzie przestrzegał w trakcie oceny ofert. Takie działanie stanowi niedopuszczalną zmianę warunków zamówienia już po składaniu ofert i nie może podlegać ochronie. Stanowi ono również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podkreślenia wymaga, że to Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kształtuje treść warunków zamówienia, (może także dokonać ich zmiany) których spełnienie wymagane jest od wykonawców składających oferty. Odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego. To Zamawiający ustanowił w dokumentacji postępowania zakaz zastosowania granulatu SBR w oferowanej nawierzchni. Zakaz ten wyraźnie wynika z zapisów dokumentacji zamówienia i został wskazany co najmniej w projekcie budowlanym i STWIORB. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji warunków zamówienia w sposób sprzeczny z warunkami, wyraźnie wskazanymi w dokumentacji zamówienia. A zatem, skoro Zamawiający pozostawił w mocy warunek dotyczący zakazu

zastosowania w oferowanej nawierzchni granulatu SBR, to oferta niezgodna z tym

warunkiem musi zostać odrzucona.

Za niezasadne należy uznać również twierdzenie Przystępującego, że w wyniku odpowiedzi na pytania do treści SWZ (pytanie nr 11) Zamawiający doprecyzował, o jaką nawierzchnię chodzi, tj. że chodzi o nawierzchnię typu „sandwich”. Na pytanie nr 11 Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Wykonawca zobowiązany jest do wykonania nawierzchni poliuretanowej opisanej w dokumentacji projektowej.

Izba podkreśla, że w dokumentacji projektowej nie została wskazana nawierzchnia typu „sandwich”, co sam Zamawiający przyznał podczas rozprawy. Natomiast wynika z niej niewątpliwie wymóg, iż nawierzchnia nie może posiadać w swym składzie materiałów i komponentów z recyklingu, SBR z produkcji pierwotnej oraz elementów prefabrykowanych. Nie można również uwzględnić argumentu, iż wymóg dotyczący zakazu zastosowania granulatu SBR jest wynikiem błędu lub omyłki Zamawiającego. Po pierwsze Zamawiający nie potwierdził, że popełnił omyłkę w treści dokumentacji projektowej, wręcz przeciwnie, podtrzymał ten wymóg, lecz wskazał na inny sposób jego interpretacji (który zdaniem Izby nie znajduje uzasadnienie w treści dokumentacji projektowej), a po drugie postawiony wymóg jest jednoznaczny i nie można go interpretować w sposób naruszający przepisy prawa zamówień publicznych. Wykonawca składający ofertę nie może domyślać się czego

Zamawiający od niego oczekuje. Wszystkie warunki dotyczące treści oferty muszą zostać jednoznacznie wskazane w dokumentacji zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oferty spełniającej warunki określone przez Zamawiającego. Złożenie oferty, której treść jest niezgodna z postawionym warunkiem zamówienia, skutkuje koniecznością jej odrzucenia.

Reasumując, z dokumentacji zamówienia nie wynika aby Zamawiający wymagał wykonania nawierzchni typu „sandwich”, a ustanowiony wymóg co do zakazu zastosowania granulatu SBR w składzie nawierzchni nie został spełniony w ofercie Przystępującego. Zatem zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 Pzp należy uznać za zasadny.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia atestu higienicznego PZH, ponieważ jak wynika z dokumentacji postępowania, atest taki został przez Przystępującego złożony wraz z ofertą.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 pkt 1) i 2) i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 2/3 oraz Odwołującego w części 1/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł 00 gr, koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr oraz związane z dojazdem na rozprawę w wysokości 559 zł 98 gr.

Izba za zasadne uznała zarzuty podniesione w pkt 1 i 3 petitum odwołania (dwa z trzech zarzutów podniesionych w odwołaniu), natomiast zarzut podniesiony w pkt 2 petitum odwołania Izba uznała za niezasadny. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego Gminy Rymanów na rzecz Odwołującego M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. M. Firma Handlowo-Usługowa „ZALAS” z siedzibą w Krośnie kwotę 9 067, zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem 2/3 wartości wpisu od odwołania oraz 2/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, za które odpowiada Zamawiający w świetle jego wyniku. Izba zasądziła od Odwołującego M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. M. Firma Handlowo-Usługowa „ZALAS” na rzecz Zamawiającego Gminy Rymanów kwotę 1 387,00 (słownie: jeden tysiąc trzysta osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem 1/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika oraz 1/3 wartości kosztów związanych z dojazdem na rozprawę, za które odpowiada Odwołujący w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: