

Sygn. akt: KIO 2099/24

## WYROK

Warszawa, dnia 3 lipca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Bako Sport G. Baran, R. Koziołek spółka jawna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (Lider Konsorcjum) oraz 2) I.S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: S.I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sosnowiec – Miasto posiadające prawa powiatu reprezentujące Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu

Uczestnik po stronie Zamawiającego – wykonawca Ideabud sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bako Sport G. Baran, R. Koziołek spółkę jawną z siedzibą w Dąbrowie Górniczej oraz I.S., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: S.I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2099/24

## UZASADNIENIE

Gmina Sosnowiec – Miasto posiadające prawa powiatu reprezentujące Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Sosnowcu (zwane dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „Budowa boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej wraz z zadaszeniem oraz infrastrukturą towarzyszącą na terenie Kompleksu Rekreacyjno - Sportowego przy ul. Hubala Dobrzańskiego 99D w Sosnowcu”, numer referencyjny: WZP.C.271.1.46.2024.MCh.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5.04.2024 r., numer: 2024/BZP 00272991/01. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 17 czerwca 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Bako Sport G. Baran, R. Koziołek spółka jawna z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (Lider Konsorcjum) oraz 2) I.S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: S.I. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport (zwani dalej łącznie: „Odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ideabud sp. z o.o. z postępowania oraz w konsekwencji również nieprawidłowego przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 12 czerwca 2024 roku, bowiem przeprowadzono ją z udziałem wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ideabud sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci atestu PZH, zaś w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania dokumentów skierowane na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przedłożył dokument, który nie spełnia wymagań Zamawiającego, bowiem jak wynika z treści dokumentu, który złożył wykonawca granulata przeznaczony jest tylko do zastosowania jako wypełnienie traw syntetycznych na obiektach zewnętrznych, podczas gdy przedmiot niniejszego postępowania jest budowa boiska z trawy syntetycznej wraz z zadaszeniem – halą pneumatyczną, w związku z czym wszystkie oferowane produkty i ich komponenty muszą posiadać dopuszczenie i badania potwierdzające możliwość zastosowania ich w obiektach zamkniętych;
2. art. 308 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem I pkt 12 ppkt 2 SWZ poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w dniu 12 czerwca 2024 roku z udziałem wykonawcy Ideabud sp. z o.o., mimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu z postępowania, a Zamawiający w treści SWZ jednoznacznie wskazał, że do udziału w aukcji zaprosi tylko wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu;
3. w konsekwencji powyższych naruszeń - również art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego w dniu 13 czerwca 2024 roku do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny uzyskanej w toku aukcji elektronicznej w dniu 12 czerwca 2024 roku, mimo że aukcja ta została przeprowadzona z naruszeniem przepisów prawa, poprzez udział w niej Wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, a co za tym idzie cena ofertowa Odwołującego nie jest ceną wiążącą i obowiązującą, bowiem Zamawiający winien unieważnić czynność przeprowadzenia aukcji oraz wyznaczyć nowy termin jej przeprowadzenia z uwzględnieniem wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, w której to aukcji mogą zostać uzyskane inne ceny niż w toku aukcji z dnia 12 czerwca 2024 roku.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- a) odrzucenie oferty wykonawcy Ideabud sp. z o.o. z postępowania,
- b) unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej z dnia 12 czerwca 2024 roku z uwagi na fakt, że uczestniczył w niej podmiot, którego oferta podlega odrzuceniu z postępowania,
- c) wyznaczenie nowego terminu przeprowadzenia aukcji elektronicznej z uwzględnieniem wyłącznie tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. tj. z pominięciem wykonawcy Ideabud sp. z o.o.,
- d) unieważnienie czynności wezwania Odwołującego w dniu 13 czerwca 2024 roku do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny 13 900 000,00 zł uzyskanej w toku aukcji elektronicznej w dniu 12 czerwca 2024 roku, z uwagi na fakt, że aukcja ta powinna zostać unieważniona, a w konsekwencji również cena ofertowa Odwołującego uzyskana w toku tej aukcji nie jest obowiązująca, ani wiążąca dla stron postępowania,
- e) ewentualnie – z daleko posuniętej ostrożności procesowej – w przypadku nieuwzględnienia niniejszego odwołania, Odwołujący wnosi o wyznaczenie Odwołującemu nowego terminu na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny 13 900 000,00 zł uzyskanej w toku aukcji elektronicznej w dniu 12 czerwca 2024 roku, w taki sposób, aby Odwołujący mógł udzielić wyjaśnień w terminie 7 dni od dnia uzyskania rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszej sprawie.

Ponadto, Odwołujący wnosil o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosil, co następuje.

Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej jako „SWZ” - (rozdział I pkt 12) przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, o ile zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zamawiający miał zaprosić do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. W dniu 5 czerwca 2024 roku Odwołujący otrzymał zaproszenie o udziału w aukcji wyznaczonej na dzień 11 czerwca 2024 roku. Jednakże w dniu 6 czerwca 2024 roku Zamawiający unieważnił czynność zaproszenia z dnia 5 czerwca 2024 roku, a następnie ponownie zaprosił Odwołującego do udziału w aukcji wyznaczonej na dzień 12 czerwca 2024 roku. Do aukcji wyznaczonej na dzień 12 czerwca 2024 roku przystąpiło dwóch wykonawców – Odwołujący oraz wykonawca Ideabud sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie powinien zapraszać wykonawcy Ideabud sp. z o.o. do udziału w aukcji, bowiem oferta wykonawcy Ideabud sp. z o.o. podlega odrzuceniu.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w postępowaniu w rozdziale II pkt 6 SWZ wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że nawierzchnia z trawy syntetycznej oraz hala pneumatyczna spełniają wymagania Zamawiającego, w tym: Aktualnego Atestu PZH dla trawy, maty i wypełnienia.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że w dniu 7 maja 2024 roku wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, które to otrzymał w dniu 8 maja 2024 roku. Z dokumentów tych wynika, że wykonawca Ideabud sp. z o.o. nie załączył Atestu PZH do oferty. Z uwagi na przewidzianą w tym postępowaniu możliwość uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, w dniu 24 maja 2024 roku Odwołujący ponownie wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wyjaśnień i uzupełnień przedmiotowych środków dowodowych, tj. całej korespondencji z Zamawiającym w ramach postępowania powstałej do dnia udostępnienia dokumentów, a prowadzonej przez wykonawców, którzy złożyli oferty. Odwołujący chciał bowiem zweryfikować czy wykonawca uzupełnił brakujący Atest PZH. Przedmiotowe dokumenty, w odpowiedzi na wniosek z 24 maja 2024 roku zostały udostępnione Odwołującemu dopiero w dniu 13 czerwca 2024 roku, tj. dzień po przeprowadzonej aukcji elektronicznej. Z tychże dokumentów Odwołujący uzyskał wiedzę, że atest PZH uzupełniony przez wykonawcę Ideabud sp. z o.o. jest nieprawidłowy, w związku z czym oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a wykonawca nie powinien zostać zaproszony do udziału w aukcji, ani brać w niej udziału.

W ocenie Odwołującego oferta wykonawcy Ideabud sp. z o.o. podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, że Atest PZH dla granulatu dla nawierzchni oferowanej przez tego wykonawcę nie potwierdza możliwości zainstalowania ofertowanej nawierzchni w hali, bowiem jak wynika z treści tego dokumentu, granulatu przeznaczony jest tylko do zastosowania jako wypełnienie traw syntetycznych na obiektach zewnętrznych. Tym samym, zdaniem Odwołującego, zaoferowany przez wykonawcę produkt nie może zostać zastosowany w hali pneumatycznej, która to w okresach jesienno-zimowych jest obiektem zamkniętym. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem tego zamówienia jest budowa boiska z trawy syntetycznej wraz z zadaszaniem – hala pneumatyczną, w związku z czym wszystkie oferowane produkty i ich komponenty muszą posiadać dopuszczenie i badania potwierdzające możliwość zastosowania ich w obiektach wewnętrznych, zamkniętych.

Dalej Odwołujący podkreślił, że on sam, jak i inni wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu, zaoferowali produkty zgodne z tym wymaganiem, a wynika to wprost z treści złożonych przez nich Atestów PZH, w tym Atestu PZH, złożonego przez Odwołującego, który potwierdza przeznaczenie produktu do: „stosowania w budownictwie sportowym do nawierzchni sportowych oraz wypełniania traw syntetycznych na obiekty zewnętrzne i wewnątrz hal namiotowych.

Odwołujący stwierdził, że Atest PZH określa konkretny produkt (w tym przypadku granulatu EPDM) oraz jego przeznaczenie, jest dokumentem potwierdzającym bezpieczeństwo zastosowania w warunkach i zakresie jaki wynika z jego treści. Według Odwołującego, nie ma też możliwości zastosowania danego produktu w innych warunkach niż wskazane wprost w Ateście. W konsekwencji – w opinii Odwołującego - Atest jaki w postępowaniu przedłożył wykonawca Ideabud nie potwierdza, a wręcz zaprzecza, aby produkt mógł być zastosowany w pomieszczeniach zamkniętych. Atest PZH jest dokumentem odnoszącym się do bezpieczeństwa, w tym do bezpieczeństwa ludzi, w związku z czym tylko jednoznaczne stwierdzenie i dopuszczenie do możliwości zastosowania danego produktu w pomieszczeniach zamkniętych potwierdza możliwość zastosowania zaoferowanego granulatu w hali pneumatycznej.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazywał, iż załączony na wezwanie Atest PZH nie może już w żaden sposób zostać zmieniony czy uzupełniony, bowiem Zamawiający wzywał już wykonawcę do jego złożenia na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie ma możliwości, aby skierować do wykonawcy jakiegokolwiek kolejne wezwanie w tej sprawie.

Odwołujący stwierdził, że chociaż Zamawiający znał przedstawione powyżej okoliczności przed zaproszeniem wykonawców do udziału w aukcji, to mimo tego zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Ideabud sp. z o.o. z postępowania i w sposób nieuprawniony zaprosił go do udziału w aukcji elektronicznej. Tym samym, w aukcji wziął udział wykonawca, którego oferta podlega odrzuceniu, co powoduje, że sama aukcja również winna podlegać unieważnieniu.

Odwołujący podnosił także, pismem z dnia 5 czerwca 2024 roku Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji wszystkich wykonawców, którą jednakże unieważnił w dniu 6 czerwca 2024 roku orientując się, że zaproszono do aukcji podmiot, którego oferta podlega odrzuceniu (INTERHALL sp. z o.o., który nie złożył pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie utrzymał wadium na przedłużony okres związania ofertą). Zamawiający zaniechał jednak należytego zbadania i oceny ofert w odniesieniu do oferty wykonawcy Ideabud sp. z o.o., a tylko Zamawiający miał wiedzę o tym, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu przed przeprowadzeniem aukcji, bowiem uzupełnione dokumenty przekazał Odwołującemu dopiero w dniu 13 czerwca 2024 roku.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji, z uwagi na fakt, że w aukcji brał udział podmiot, którego oferta podlega odrzuceniu, Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy Ideabud sp. z o.o., a także unieważnić czynność przeprowadzenia aukcji.

W konsekwencji powyższego Odwołujący wnosił również o unieważnienie wezwania Odwołującego do złożenia

wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 13 czerwca 2024 roku, bowiem w przypadku unieważnienia aukcji, nieaktualna stanie się cena ofertowa Odwołującego zaoferowana w ramach wadliwie przeprowadzonej aukcji i nie będzie konieczności wyjaśniania sposobu obliczenia ceny w odniesieniu do kwoty 13 900 000,00 zł.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

W dniu 1 lipca 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Także w dniu 1 lipca 2024 roku Uczestnik po stronie Zamawiającego – wykonawca Ideabud sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, złożył pisemne stanowisko w sprawie, w pierwszej kolejności wnosząc o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.**

Zgodnie z rozdziałem II SWZ (sekcja 1 ust. 1.1. i 1.2.) przedmiotem zamówienia jest budowa boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej wraz z zadaszeniem oraz infrastrukturą towarzyszącą na terenie Kompleksu Rekreacyjno - Sportowego przy ul. Hubala Dobrzańskiego 99D w Sosnowcu, przy czym Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi Załącznik nr 2 do SWZ - (OPZ). Zakres prac został wskazany w ust. 1.5:

1.5. Zakres prac obejmuje:

a. Budowę boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej wraz z zadaszeniem - halą pneumatyczną oraz infrastrukturą towarzyszącą – zgodnie z przedmiarem stanowiącym załącznik nr 2 do OPZ.

b. Wykonanie prac (w tym niezbędnej dokumentacji), ujętych w warunkach przyłączenia

(Prace te zostały wskazane do wykonania przez Zamawiającego, lecz ich wykonanie należy do obowiązków Wykonawcy), wydanych przez:

– PSG dnia 13.07.2022, znak: 3100/0000085921/00001/2022/00000,

– Tauron Dystrybucja dnia 30.05.2022, znak: WP/064426/2022/O07R02,

– SPWiK dnia 19.07.2022, zn ak: L.dz. SPWiK/AZ/275/22

c. Przeprowadzanie przez Wykonawcę rozkładania zadaszenia pneumatycznego w stanie kompletnym, umożliwiającym jego użytkowanie oraz jego kompletnego demontażu, w ilości sześciu rozłożeń i sześciu demontaży (w ilość tą nie wlicza się rozłożenia bądź demontażu - związany z procesem odbiorowym inwestycji), przy czym po każdym rozłożeniu, przed rozpoczęciem jego użytkowania, Wykonawca winien sporządzać i przekazywać Zamawiającemu protokoły z badania sprawności instalacji elektrycznej, oświetlenia awaryjnego, przeciwpożarowego wyłącznika prądu i szczelności instalacji gazowej, przeprowadzanego przez osobę/y posiadającą/e stosowne uprawnienia do wykonywania tego typu czynności, z informacją, że instalacje te są sprawne i nadają się do użytkowania.

d. Wykonanie operatu brakarskiego, załadunek, transport oraz wyładunek pod adresem: Sosnowiec ul. Plonów 22i - drewna pochodzącego z wycinki 13 sztuk drzew z gatunku: Topola mieszańców euroamerykański a następnie usunięcie karp wyciętych drzew z zaprawieniem dołów ziemią. Obwody pni wyciętych, zgodnie z decyzją na wycinkę drzew (Załącznik nr 2 do SWZ), topoli: 121 cm – 1 szt., 138 cm – 1 szt., 168 cm – 1 szt., 185-190 cm – 4 szt., 203-209 cm – 2 szt., 224 cm – 1 szt., 254 cm – 1 szt., (172+186 cm) – 1szt., (222+246 cm) – 1 szt.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że jeżeli w dokumentacji projektowej, stanowiącej szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, zawarty w Załączniku nr 2 do SWZ, gdziekolwiek jest mowa o wycince 13 sztuk drzew z gatunku Topola mieszańców euroamerykański to wykonanie tej czynności (wycinki) nie znajduje się w zakresie przedmiotu niniejszego zamówienia.

e. Wykonanie nasadzeń zastępczych na terenie działki będącej przedmiotem inwestycji, zgodnie z decyzją na wycinkę drzew (Załącznik nr 2 do SWZ):

- 9 szt. buków pospolitych „Dawyck Purple”,

- 9 szt. grabów pospolitych „Fastigiata”, - 8 szt. wiązów holenderskich „Wredei”, wszystkie o obwodzie pni w przedziale 12 - 14 cm, mierzonym na wysokości 1 m.

f. Opracowanie i uzgodnienie z WDR UM Sosnowiec projektu organizacji ruchu w związku z rewitalizacją części działki o nr 408 obręb 006 Klimontów na podstawie pisma WDR-I.7226.440.2022.WG z 08.09.2022. (załącznik nr 2 do SWZ).

Z kolei w rozdziale II w sekcji 6 SWZ Zamawiający zawarł informację o przedmiotowych środkach dowodowych, wskazując w poszczególnych punktach jakie dokumenty w tym zakresie wymaga, w tym m.in.:

#### **„6. INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH**

6.1. Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że nawierzchnia z trawy syntetycznej oraz hala pneumatyczna spełniają wymagania Zamawiającego:

1) Karta techniczna lub równoważny dokument potwierdzający, że oferowana nawierzchnia z trawy syntetycznej posiada parametry techniczne określone w pkt.

4.1.2. na str. 3 ERRATY DO OPISU TECHNICZNEGO/WYKONAWCZEGO, tj.:

a) Wypełnienie trawy: piasek kwarcowy oraz EPDM z recydingu.

(...)

3) Aktualny Atest PZH dla trawy, maty i wypełnienia,

(...)"

Pismem z dnia 27 maja 2024 roku Zamawiający wezwał wykonawcę Ideabud sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, tj. Aktualnego Atestu PZH dla maty i wypełnienia z uwagi na fakt, że Wykonawca nie złożył wraz z ofertą tych dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Ideabud sp. z o.o. złożył Atesty PZH dla granulatu, maty i piasku. Z Atestu PZH dla granulatu wynika informacja, iż jest to granulát gumowy EPDM przeznaczony do: *budowy zewnętrznych nawierzchni sportowych takich jak boiska, bieżnie oraz jako wypełnienie traw syntetycznych na zewnętrznych obiektach.*

Pismem z dnia 5 czerwca 2024 roku Zamawiający wystosował m.in. do Odwołującego, a także do wykonawcy Ideabud sp. z o.o., zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

Pismem z dnia 6 czerwca 2024 roku Zamawiający unieważnił czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej z dnia 5 czerwca 2024 roku i poinformował o odrzuceniu oferty jednego z wykonawców, a także ponownie zaprosił Odwołującego i Uczestnika postępowania odwoławczego do udziału w aukcji elektronicznej planowanej na dzień 12 czerwca 2024 roku.

W dniu 12 czerwca 2024 roku odbyła się aukcja elektroniczna.

Pismem z dnia 13 czerwca 2024 roku Zamawiający poinformował o cenach ofert po aukcji elektronicznej.

Ponadto, pismem z dnia 13 czerwca 2024 roku Zamawiający wezwał Odwołującego i Uczestnika postępowania odwoławczego do złożenia przeliczonej po zakończeniu aukcji elektronicznej ofertowej ceny netto oraz wartości podatku od towarów i usług. Zamawiający wezwał także tych wykonawców do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty dodatkowej na podstawie art. 224 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 17 czerwca 2024 roku wobec czynności zaproszenia wykonawcy Ideabud sp. z o.o. do aukcji elektronicznej, zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, jak i wobec czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty dodatkowej.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.**

Pismem z dnia 18 czerwca 2024 roku Zamawiający przekazał informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za pośrednictwem Platformy do elektronicznej obsługi zamówień publicznych.

Pismem z dnia 21 czerwca 2024 roku wykonawca Ideabud sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini (zwany dalej: „Uczestnikiem postępowania odwoławczego” lub „Ideabud”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy jest skuteczne, zgodne z dyspozycją art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp, w szczególności Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako złożonego po terminie określonym w ustawie, o co wnosił Uczestnik postępowania odwoławczego.

Uczestnik postępowania odwoławczego podnosił bowiem, że zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Następnie zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu w dniu 6 czerwca 2024 roku do aukcji elektronicznej zaproszono oferentów, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert, w związku z czym od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania Zamawiającego odrzucenia

oferty. W tym stanie rzeczy – w ocenie Uczestnika postępowania odwoławczego - termin do wniesienia odwołania upłynął w dniu 11 czerwca 2024 roku.

Izba nie podzieliła w tym zakresie argumentacji Uczestnika postępowania odwoławczego, mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy. Mianowicie, dopiero w dniu 13 czerwca 2024 roku Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania, z której to Odwołujący powziął informacje o podstawie odrzucenia oferty wykonawcy Ideabud (w szczególności dot. to kwestionowanego przez Odwołującego Atestu PZH). Nadmienić należy, że Odwołujący już w dniu 24 maja 2024 roku złożył stosowny wniosek o przekazanie mu przez Zamawiającego uzupełnionej dokumentacji postępowania. Zamawiający uczynił to dopiero 13 czerwca 2024 roku – czyli dzień po zakończeniu aukcji elektronicznej. Zatem dopiero z tą datą Odwołujący mógł poznać rzeczywiste podstawy i motywy decyzji Zamawiającego względem zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ideabud i dopiero z tą datą mógł ewentualnie podjąć działania w celu skutecznego jej zakwestionowania w drodze wniesionych środków ochrony prawnej (odwołania). Tym samym termin na wniesienie odwołania w tej sprawie należy liczyć w oparciu o przepis art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Także Zamawiający w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron zajął stanowisko, iż termin na wniesienie odwołania w tej sprawie należy liczyć od dnia przekazania uzupełnionej dokumentacji Odwołującemu.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym.

Odnosząc się zaś do merytorycznej oceny wniesionego odwołania stwierdzić należy, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

1. Odnosnie zarzutu nr 1 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Ideabud sp. z o.o. z postępowania, mimo że wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego w postaci Atestu PZH, zaś w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania dokumentów skierowane na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przedłożył dokument, który nie spełnia wymagań Zamawiającego:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

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

Stosownie zaś do art. 107 ust. 2 ustawy Pzp: jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Powyższy zarzut związany jest ze złożonym przez wykonawcę Ideabud przedmiotowym środkiem dowodowym w postaci Atestu higienicznego dla granulatu EPDM. Zgodnie z postanowieniami rozdziału II sekcja 6 ust. 6.1. i rozdziału IV sekcja 1 ust. 1.2. pkt 3) SWZ wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, wskazanych w rozdziale II ust. 6, w tym do złożenia Aktualnego Atestu PZH dla trawy, maty i wypełnienia. Wykonawca Ideabud nie złożył tych dokumentów wraz z ofertą, dlatego też został wezwany przez Zamawiającego do ich uzupełnienia w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, co też wykonawca uczynił.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu przedstawił swoje zastrzeżenia dotyczące dokumentu Aktualnego Atestu PZH dla granulatu EPDM, uzupełnionego przez wykonawcę Ideabud. Zdaniem Odwołującego, dokument ten jest nieprawidłowy, albowiem z treści przedłożonego Atestu wynika, iż granulata jest przeznaczony do zastosowania wyłącznie jako wypełnienie traw syntetycznych na obiektach zewnętrznych, a zatem nie może zostać zastosowany w hali pneumatycznej, która w okresie jesienno - zimowym jest obiektem zamkniętym. W tym kontekście Odwołujący podnosił także zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy Ideabud z warunkami zamówienia.

Izba, w tym zakresie podzieliła argumentację Zamawiającego i Uczestnika postępowania odwoławczego. W szczególności podkreślić należy, że przedmiotem zamówienia jest budowa boiska o nawierzchni z trawy syntetycznej wraz z zadaszeniem – halą pneumatyczną i wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Zamawiający żądał złożenia Aktualnego Atestu PZH dla wypełnienia (czyli dla granulatu) na potwierdzenie, że nawierzchnia z trawy syntetycznej oraz hala

pneumatyczna spełniają wymagania Zamawiającego.

Odnosząc się do wymagań opisanych przez Zamawiającego w treści SWZ w tym zakresie, po pierwsze stwierdzić należy, że Zamawiającego nie określił, że wymagany Aktualny Atest PZH ma potwierdzać możliwość zastosowania granulatu w obiektach zamkniętych. Zamawiającego wymagał, aby zaoferowany produkt posiadał aktualny Atest PZH i nie ustanowił szczególnych wymagań w zakresie tego Atestu. Dodać w tym miejscu należy, że celem wydania atestu higienicznego jest stwierdzenie przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH – Państwowy Instytut Badawczy, iż produkt stanowiący przedmiot danego atestu to produkt, który przy właściwym użytkowaniu nie stanowi żadnego zagrożenia dla ludzkiego zdrowia i środowiska naturalnego.

Po drugie, i co jest najistotniejsze, Zamawiającego w żadnym miejscu w SWZ nie określił, że boisko wraz z okresowym zadaszaniem w postaci hali pneumatycznej stanowi obiekt zamknięty. Jak słusznie zaś podnosił Zamawiającego czynność odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia powinna zostać dokonana w oparciu o precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Tymczasem, ani w dokumentach zamówienia Zamawiającego nie definiuje przedmiotu zamówienia jako obiektu zamkniętego, ani też Odwołujący nie przywołuje w tym zakresie żadnych legalnych definicji, choćby zaczerpniętych z prawa budowlanego, z których wynikałoby w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że boisko zadane halą pneumatyczną stanowi obiekt zamknięty, czy też raczej, że nie stanowi ono zewnętrznych nawierzchni sportowych, w zakresie których oferowany granulat EPDM posiada ATEST PZH.

Co więcej, Odwołujący nie przywołał w tym zakresie jakichkolwiek innych wiarygodnych dowodów, które pozwoliłyby sklasyfikować w taki a nie inny sposób obiekt będący przedmiotem zamówienia. Odwołujący nie przywołał w tym zakresie choćby opinii prywatnej, czy artykułów zaczerpniętych z literatury branżowej. Odwołujący przedstawiał jedynie własne dywagacje, nie poparte żadnymi wiarygodnymi wyjaśnieniami i dowodami. Zatem, stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że przedmiotem zamówienia jest obiekt zamknięty oraz, że Atest Higieniczny złożony przez wykonawcę Ideabud nie potwierdza możliwości zastosowania oferowanego granulatu EPDM na obiekcie, będącym przedmiotem zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła powyższy zarzut.

2. Odnosnie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 308 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem I pkt 12 pkt 2 SWZ poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w dniu 12 czerwca 2024 roku z udziałem wykonawcy Ideabud sp. z o.o., mimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu z postępowania, a Zamawiającego w treści SWZ jednoznacznie wskazał, że do udziału w aukcji zaprosi tylko wykonawców, którzy złożą oferty niepodlegające odrzuceniu:

Przepis art. 308 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie podstawowym, zamawiającego może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny, oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Oddalenie powyższego zarzutu jest konsekwencją uznania, że oferta wykonawcy Ideabud nie podlega odrzuceniu w oparciu o okoliczności podnoszone przez Odwołującego (o czym była mowa powyżej – przy omówieniu zarzutu numer 1 odwołania), a zatem zaproszenie wykonawcy Ideabud do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenie tej aukcji z udziałem tego wykonawcy było zgodne z przepisami ustawy Pzp i z wymaganiami opisanymi w SWZ.

3. Odnosnie zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego w dniu 13 czerwca 2024 roku do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do ceny uzyskanej w toku aukcji elektronicznej w dniu 12 czerwca 2024 roku, mimo że aukcja ta została przeprowadzona z naruszeniem przepisów prawa, poprzez udział w niej Wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, a co za tym idzie cena ofertowa Odwołującego nie jest ceną wiążącą i obowiązującą, bowiem Zamawiającego winien unieważnić czynność przeprowadzenia aukcji oraz wyznaczyć nowy termin jej przeprowadzenia z uwzględnieniem wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, w której to aukcji mogą zostać uzyskane inne ceny niż w toku aukcji z dnia 12 czerwca 2024 roku:

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp: w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiającego zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego wezwania Odwołującego do wyjaśnień ceny oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej, albowiem okoliczności przywołane przez Odwołującego w ramach tego zarzutu nie potwierdziły się, skoro oferta wykonawcy Ideabud nie podlegała odrzuceniu. Tym samym nie można też twierdzić, że aukcja elektroniczna została przeprowadzona z naruszeniem przepisów prawa, poprzez udział w niej wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, a co za tym idzie cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest ceną wiążącą i obowiązującą, bowiem Zamawiający winien unieważnić czynność przeprowadzenia aukcji. W konsekwencji powyższego, czynność wezwania Zamawiającego do wyjaśnień ceny oferty uzyskanej w toku aukcji elektronicznej należy uznać za prawidłową.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła oddalić odwołanie w całości.

Ponadto, Izba nie uwzględniła wniosku o wyznaczenie nowego terminu na złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny na wypadek nieuwzględnienia odwołania. Czynność Zamawiającego była prawidłowa, dokonana w oparciu o przepisy prawa – przepisy ustawy Pzp – a wykonawca winien był zastosować się do przedmiotowego wezwania i wykazać w tym zakresie należyłą staranność. Wniesione odwołanie nie miało wpływu na wstrzymanie czynności Zamawiającego podjętych w powyższym zakresie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Stosownie do § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis od odwołania.

Zgodnie zaś z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 uiszczoną przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....