

WYROK

Warszawa, dnia 27 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2024 r. przez wykonawcę ELSIK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Żukowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Koszalin przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego "PANORAMA OBIEKTY SPORTOWE" SPÓŁKA OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Piasecznie

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ELSIK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Żukowie
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć zamawiającego Gminę Miasto Koszalin i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ELSIK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Żukowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 338 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści osiem złotych zero groszy) i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika
- 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miasto Koszalin na rzecz wykonawcy ELSIK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Żukowie kwotę 938 zł 00 gr (słownie: trzysta osiemset trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez ww. tytułem wpisu od odwołania, dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 1555/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający – Gmina Miasto Koszalin prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Budowa boiska ze sztuczną nawierzchnią, z zapleczem szatniowym i urządzeniami budowlanymi, na terenie Stadionu przy ul. Fałata 34 w Koszalinie”, nr referencyjny: BZP-9.271.1.4.2024.AN.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od progów unijnych określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00211393/01.

W postępowaniu tym wykonawca ELSIK SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Żukowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 maja 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego polegających na: odrzuceniu oferty ELSIK na podstawie nieprecyzyjnego kryterium określonego w SWZ dotyczącego rzekomego niespełnienia zaproponowanego przez ELSIK rozwiązania technicznego zgodnego z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ; odrzuceniu oferty ELSIK spowodowanego błędną interpretacją (wykładnią) przez Zamawiającego oczywistych pojęć języka polskiego; odrzuceniu oferty ELSIK polegającej na błędnej Interpretacji (wykładni) badań laboratoryjnych, które to czynności doprowadziły do naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, zasad proporcjonalności i przekroczenia swobody interpretacyjnej zapisów SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) PZP w zw. z art. 101 ust. 4 PZP w zw. z art. 107 ust. 4 PZP w zw. z

art. 99 ust. 5 PZP w zw. z art. 65 § 1 i 2 KC w zw. z art. 65¹ KC przez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez ELSIK, której treść jest wedle Zamawiającego niejednoznaczna, a w konsekwencji niezgodna z warunkami zamówienia i nie potwierdza wymogów Zamawiającego określonych w treści SWZ. Gdzie ELSIK wraz z ofertą przedstawił Zamawiającemu RAPORT, jednakże Zamawiający wezwał ELSIK do złożenia wyjaśnień wobec posiadanych wątpliwości wobec RAPORTU i bez uzasadnienia faktycznego oraz prawnego nie uznał złożonych przez ELSIK wyjaśnień jako wystarczających, nadto Zamawiający dokonał interpretacji (wykładni) zapisów SWZ sprzecznych z treścią normy europejskiej EN 15306 dot. testu starzenia się produktu, co poskutkowało odrzuceniem oferty ELSIK w przedmiotowym zamówieniu. Powyższe zachowanie Zamawiającego spowodowało również naruszenie równego traktowania wykonawców, bowiem oferta przedłożona przez ELSIK zawierała produkt wraz z dokumentacją spełniający w pełni opisane przez Zamawiającego w SWZ wymogi określonych norm technicznych, parametrów odnoszących się do zaproponowanych rozwiązań wraz z wymaganymi w SWZ przez Zamawiającego dokumentami potwierdzającymi. Natomiast Zamawiający nie uznał rozwiązania ELSIK oraz przedłożonej dokumentacji, tylko rozwiązanie zaproponowane przez PANORAMĘ, tj. produkt zbadany w procesie opartym na tożsamer normie oraz odpowiednich dokumentach, które zostały przez Zamawiającego uznane i nieodrzucone. Zachowanie Zamawiającego wobec powyższego przekroczyło swobodę interpretacyjną (wykładnię) zapisów SWZ wyrażonych w języku polskim wprowadzając do SWZ warunki nieznanie normom europejskim dotyczącym badań laboratoryjnych w tym RAPORTU, co skutkowało odrzuceniem oferty ELSIK, a oferta ta z całą pewnością nie podlegała odrzuceniu;

2.art. 239 ust. 1 PZP w zw. z ust. art. 239 ust. 2 PZP polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty PANORAMY, pomimo tego, że oferta złożona przez PANORAMĘ nie jest najkorzystniejsza biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert ujęte w SWZ. Oferta ELSIK w przypadku jej nieodrzućenia przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP jako niezgodnej z warunkami zamówienia określonymi w SWZ stanowiłaby ofertę najkorzystniejszą, tj. o najniższej cenie przy uwzględnieniu faktu, że pozostałe kryteria oceny ofert określonych w SWZ, tj. przedłużenie okresu gwarancji i rękojmi za wady na cały przedmiot zamówienia oraz kryterium skróćenia terminu realizacji przedmiotu zamówienia zostały przez PANORAMĘ oraz ELSIK określone w sposób identyczny, za który zgodnie z SWZ otrzymaliby identyczną punktację. Powyższe przy nieodrzućeniu ELSIK przez Zamawiającego spowodowałoby, że oferta złożona przez ELSIK stanowiłaby ofertę najkorzystniejszą, albowiem ELSIK uzyskałby maksymalną ilość punktów w przeciwieństwie do PANORAMY.

Odwolujący wniośł o:

1.uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru najbardziej korzystnej oferty złożonej przez PANORAMĘ;
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty ELSIK jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 3)powtórzenia dokonania czynności badania i oceny ofert nie odrzućonych, tj. ELSIK oraz PANORAMY oraz wybrania najkorzystniejszej oferty.

2.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz ELSIK kosztów postępowania odwoławczego

Ponadto, wniośł o:

1)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów dołączonych do odwołania:

- a)Wydruki z internetowego wielkiego słownika języka polskiego <https://wsjp.pl> na fakt znaczenia w języku polskim słów widoczny oraz uszkodzenie oraz widoczne uszkodzenie.
- b)Wydruk z internetowego słownika języka polskiego <https://sjp.pl/> na fakt znaczenia słowa widoczny.
- c)Wydruku wiadomości e-mail -z dnia 29 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikami: Pismem Epufloor Sp. z o.o. oraz oświadczeniem z Labosport z dnia 31 sierpnia 2022 r. (w języku angielskim oraz polskim) na fakt spełniania przez ELSIK wymagań Zamawiającego dotyczących normy EN 15306 oraz tego czym jest test starzenia się nawierzchni z trawy syntetycznej.
- d)Oświadczenia Epufloor Sp. z o.o. z dnia 30 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikiem na fakt spełniania przez zaproponowany przez ELSIK w RAPORCIE produkt nawierzchni z trawy syntetycznej wszelkich wymogów (kryteriów oraz parametrów) Zamawiającego określonych treścią SWZ.
- e)Wydruk ze strony internetowej Instytutu naukowego Ł. <https://itr.lukasiewicz.gov.pl/przemysl-coraz-bardziej-zainteresowany-testami-przyspieszonego-starzenia> na fakt, czym jest symulowany proces starzenia się produktu, tj. na ekspozycje jakich parametrów w procesie starzenia się badany produkt jest poddawany.

3)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka R.S. dostawcy zaoferowanego przez ELSIK produktu w postaci nawierzchni trawy syntetycznej (adres do doręczeń Remigiusz Sidowski Epufloor Sp. z o.o., ul. Kopcińskiego 77, 90- 033 Łódź), adres e-mail: r., na fakty: spełnienia przez zaproponowany przez ELSIK w RAPORCIE produk

nawierzchni z trawy syntetycznej wszelkich wymogów (kryteriów oraz parametrów) Zamawiającego określonych treścią SWZ.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał min.:

OPIS ZARZUTU NR 1.

Zamawiający pomimo otrzymania od ELSIK RAPORTU (wraz z ofertą w dniu 21 marca 2024 r.), Raportu, który był zgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w treści punktu 6.2. Rozdziału SWZ. Raportu, który został wykonany z normą EN 15306, następnie wobec wyjaśnień ELSIK złożonych Zamawiającemu w dniu 11 kwietnia 2024 r. nie posiadał podstawy faktycznej oraz prawnej do kwestionowania przedłożonego RAPORTU.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie jest uprawniony do swobodnej interpretacji testów laboratoryjnych przeprowadzonych zgodnie z wymogami określonych norm. Zamawiający tym samym nie może wstępować w rolę eksperta i żądać zapisów w raportach laboratoryjnych prowadzonych na podstawie określonych norm wedle swojego własnego uznania, w tym w zakresie konkretnej treści dostosowanej do treści SWZ.

W przedmiotowym stanie faktycznym oraz prawnym Zamawiający stwierdził, że w przedłożonym przez ELSIK raporcie nie znalazł się jednoznaczny zapis, że nawierzchnia po min. 150.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń.

Zgodnie z wielkim słownikiem języka polskiego dostępnym pod ogólnodostępnym linkiem: <https://wsjp.pl>
Uszkodzenie to: „niekorzystna zmiana w czymś, która powoduje ograniczenie lub niemożność użytkowania tego”

Widoczny to: łatwy do zauważenia lub odgadnięcia, bo towarzyszą temu charakterystyczne oznaki.

Natomiast zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN dostępnego pod linkiem: <https://sjp.pl/>

Widoczny to: 1) dający się widzieć, zauważyć, dostrzec; widzialny; 2) wyraźny, oczywisty.

Zdaniem Odwołującego powyższe prowadzi do konkluzji, że pojęcie widocznego uszkodzenia należy definiować, jako jedno z poniższych:

1. łatwe do zauważenia, bo towarzyszą temu charakterystyczne oznaki niekorzystnej zmiany, powodującej ograniczenie lub niemożność użytkowania;
2. łatwe do odgadnięcia, bo towarzyszą temu charakterystyczne oznaki niekorzystnej zmiany, powodującej ograniczenie lub niemożność użytkowania;
3. dające się widzieć, bo towarzyszą temu charakterystyczne oznaki niekorzystnej zmiany, powodującej ograniczenie lub niemożność użytkowania;
4. dające się zauważyć, bo towarzyszą temu charakterystyczne oznaki niekorzystnej zmiany, powodującej ograniczenie lub niemożność użytkowania;
5. dające się dostrzec, bo towarzyszą temu charakterystyczne oznaki niekorzystnej zmiany, powodującej ograniczenie lub niemożność użytkowania;
6. widzialne, bo towarzyszą temu charakterystyczne oznaki niekorzystnej zmiany, powodującej ograniczenie lub niemożność użytkowania;
7. wyraźne, bo towarzyszą temu charakterystyczne oznaki niekorzystnej zmiany, powodującej ograniczenie lub niemożność użytkowania;
8. oczywiste, bo towarzyszą temu charakterystyczne oznaki niekorzystnej zmiany, powodującej ograniczenie lub niemożność użytkowania.

Powyżej przywołana treść słownikowa wyrażenia „widoczne uszkodzenie” jest jednoznaczne, że tego typu uszkodzenie stwierdzone podczas testu laboratoryjnego opartego wedle normy EN 15306 winno prowadzić do ograniczenia lub niemożności użytkowania – czego w RAPORCIE nie stwierdzono.

Odwołujący podkreślił, że RAPORT oparty na badaniu zgodnego z normą EN 15306 jest testem również wzrokowym i opartym na materiale dowodowym w postaci zdjęć załączonych do RAPORTU. Norma EN 15306 wymaga przeprowadzenia testu, którego wynik udokumentowany jest na fotografiach symulowanego badania podłoża po określonej ilości cykli. Norma EN 15306 wymaga wskazania zmian na podstawie udokumentowanych fotografii, czyli tego co jest widoczne. Norma EN 15306 nie wymaga wykazywania jakichkolwiek zmian niezaobserwowanych, tj. niewidocznych.

Zdaniem Odwołującego powyższe prowadzi do wniosku, że w przypadku wystąpienia widocznego uszkodzenia nawierzchni podczas przeprowadzonych testów laboratoryjnych zgodnych z normą EN 15306 wszelkie widoczne uszkodzenia powodujące ograniczenie lub niemożność użytkowania nawierzchni zostałyby uwzględnione w treści RAPORTU.

W treści RAPORTU we wnioskach po przeprowadzonych testach stwierdzono, że „Próbka sztucznej trawy wykazuje nieliczne przebarwienia i nieliczną utratę włókna oraz brak uszkodzeń podkładu (backing).” Powyższy wniosek laboranta jest jednoznaczny, że jedyne widoczne zmiany to nieliczne przebarwienia i utrata nieliczna włókna, nadto laborant wskazał, że występuje brak uszkodzeń podkładu. Wobec powyższego w sposób dorozumiany należy stwierdzić, że nie wystąpiły inne widoczne zmiany lub uszkodzenia, które wpływałyby na jakość oferowanej przez ELSIK

a zbadanej w laboratorium nawierzchni.

W ocenie Odwołującego stwierdzenie przez Zamawiającego, że wymaga w treści RAPORTU dokładnego stwierdzenia braku widocznych uszkodzeń lub że wyjaśnienia ELSIK były niewystarczające prowadzą do absurdu wniosku, że Zamawiający rozszerza wymogi niezawarte w OPZ oraz w SWZ. Wymogi, które są absurdalne i niemożliwe do wykazania. Podkreślić należy, że dokonywania wykładni zapisów SWZ (w tym wykładni oświadczeń woli i wiedzy) należy dokonywać zgodnie z zasadami wykładni oświadczeń woli określonych w treści art. 65 oraz 65¹ KC, czyli oświadczeń woli i wiedzy należy dokonywać wraz ze zgodnym zamiarem stron i celu a nie opierać się na dosłowym brzmieniu treści czy oświadczenia woli lub wiedzy, czy zapisu SWZ. Tego Zamawiający nie dokonał i doszedł do błędnych wniosków.

Odwołujący podkreślił, że Norma EN 15306 nie opisuje wyników badania, stąd brak standardów zawierania konkluzji czy wymagań dotyczących wyglądu, parametrów lub właściwości nawierzchni po symulacji zużycia. Istotnym czynnikiem jest, że konkluzja polega jedynie na subiektywnej, wizualnej ocenie Technika Laboratorium i jego doborze słów. Nieliczne przebarwienia czy nieliczna utrata włókna zaobserwowane przez jednego Technika, mogą zostać opisane jako brak widocznych uszkodzeń przez drugiego Technika. Kluczowy w tym przypadku jest brak adnotacji odnośnie widocznych uszkodzeń. Jeżeli istniałyby widoczne uszkodzenia nawierzchni, Technik Laboratorium z pewnością opisałby to w konkluzji. ELSIK powyżej przedstawione stanowisko EPUFLOOR Sp. z o.o. w całej rozciągłości popiera i przedstawia jako własne.

Równie ważne jest stanowisko z dnia 31 sierpnia 2022 r. stanowisko przedstawione przez certyfikowane przez FIFA laboratorium LABOSPORT, o treści: „Niniejszym potwierdzamy, że norma EN 15306:2014 stanowi metodę starzenia trawy syntetycznej. Nie obejmuje ona szczegółowych wymagań dotyczących wyglądu, parametrów sportowych i właściwości nawierzchni po symulacji zużycia.” Stanowisko wyrażone przez certyfikowane laboratorium potwierdza, że test starzenia się oparty na normie EN 15306 nie wymaga w swoim opisie (raporcie z testu) szczegółowych i konkretnych opisów odnoszących się do bliżej nieokreślonych parametrów użytkowych po teście, albowiem takich się nie przeprowadza.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści normy EN 15306 zapisane jest, że nie wolno w trakcie testu dokładać do maszyny testującej jakichkolwiek materiałów dodatkowych, np. piłki, której działanie wpływa na jakość produktu. Test symulowanego (przyspieszonego i sztucznego) starzenia się jakiegokolwiek materiału polega na odzwierciedleniu normalnych warunków w jakich produkt (materiał) badany zostaje wystawiony na ekspozycję np.: słońca, temperatury, wilgotności, dobieranych przez konkretne laboratoria dostosowujące parametry testu do danego materiału, test starzenia się nie dotyczy w jakimkolwiek stopniu uszkodzeń mechanicznych. Takie stanowisko przedstawia również Instytut Tele i Radiotechniczny Ł., który zajmuje się kompleksowymi i interdyscyplinarnymi badaniami naukowymi oraz pracami rozwojowymi nad wysoko rozwiniętymi technologiami i innowacjami, szczególnie w zakresie systemów teleinformatycznych, elektroniki, montażu elektronicznego oraz rozwiązań dla Przemysłu.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 24 czerwca 2021 r. ws. I ACa 234/20 a poprzednio Sąd Okręgowy w Szczecinie ws. I C 1315/19 rozstrzygał m.in. sporu dotyczącego wynagrodzenia wykonawcy za naprawę widocznych uszkodzeń, dookreślonych w treści umowy – które jednoznacznie konkretyzowały czym są widoczne uszkodzenia, albowiem bez skonkretyzowania pojęcia widocznego uszkodzenia robót budowlanych niemożliwym jest ich ocena.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku ws. 1791/21 z dnia 21 lipca 2021 r. w podobnym stanie faktycznym dotyczącym nawierzchni z trawy syntetycznej odnoszącego się do badań Lisport opartych na normie EN 15306 przez akredytowane w SWZ laboratorium stwierdziła, że: Zamawiający nie może dopuścić się zawężającej interpretacji postanowień SWZ na niekorzyść wykonawców, na etapie badania i oceny ofert – uznając tym samym rację odwołującego się w zakresie braku możliwości zawężania określonych zapisów SWZ.

Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2021 w sprawie o sygn. akt KIO 2042/21.

Wobec powyższego, skoro Zamawiający nie wprowadził dodatkowych kryteriów w SWZ lub OPZ w zakresie skonkretyzowania widocznych uszkodzeń dot. konkretnej specyficznej treści, to nie może wywodzić tym samym, że samo badanie Lisport przedłożone mu RAPORTEM jest niewystarczające.

Wobec powyższego przedłożony przez ELSIK RAPORT z badań testu Lisport zgodnie z normą EN 15306 "Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływanie", skoro został dopuszczony przez Zamawiającego i poddany ocenie nie może prowadzić do wniosku, że zawarte w nim informacje nie spełniają niedoprecyzowanych zapisów SWZ. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający dokonując oceny równoważnego raportu złożonego przez PANORAMĘ (sprawozdanie z badań nr EN-K4572) dotyczącą zaoferowanego przez PANORAMĘ produktu również dokonał jej oceny i uznał ją za ważną wyłącznie z powodu faktu, że w raporcie tymże znajdowało się wprost stwierdzenie „nie wykazuje widocznych uszkodzeń” lub wykazuje widoczne uszkodzenia po określonej liczbie

cykli. Takiego typu działanie, tj. ocena literalnej treści raportu przeprowadzonego wedle tej samej normy EN 15306, bez odniesienia się do wniosków zawartych w raporcie prowadzi do wniosku, że Zamawiający naruszył równe traktowanie wykonawców będących oferentami w przetargu, albowiem Zamawiający preferuje literalną treść przedłożonego środka dowodowego a nie istotę przeprowadzonego badania dotyczącego parametrów będących tegoż badania przedmiotem.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający pominął w swoich rozważaniach powodujących odrzucenie ELSIK w przetargu, że: RAPORT jest bardziej istotny niż certyfikat FIFA przez Zamawiającego wymagany do nawierzchni z trawy syntetycznej. Podkreślenia wymaga, że zaoferowany przez ELSIK produkt uzyskał certyfikat FIFA oparty na Podręczniku FIFA na temat Metod Badawczych 2015, który Zamawiającemu został przedstawiony wraz z ofertą, w którym to badane są nawierzchnie m.in. w ujęciu tzw. interakcji mechanicznych, które mogą uszkodzić poddany próbie produkt. Zamawiający na tym certyfikacie mógłby oprzeć wymagania w SWZ oraz OPZ braku widocznych uszkodzeń, albowiem to właśnie w badaniach opartych na ww. Podręczniku FIFA badane są uszkodzenia mechaniczne nawierzchni trawy, które mogą powodować uszkodzenia mechaniczne, uniemożliwiające lub ograniczające użytkowanie produktu. Świadczy o tym przedłożony Zamawiającemu przez ELSIK wraz z ofertą Raport z badania Laboratoryjnego Trawy Piłkarskiej Nr 128702 dokonany przez certyfikowane laboratorium FIFA.

OPIS ZARZUTU NR 2

Zamawiający odrzucając ofertę złożoną przez ELSIK dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez PANORAMĘ.

Ad. 1. ELSIK złożył ofertę na wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego na kwotę 8.487.000,00 zł. PANORAMA złożyła ofertę na ww. wykonanie zamówienia publicznego w kwocie na 10.343.007,27 zł. Powyższe oznacza, że ELSIK w zakresie kryterium ceny w przypadku jego nieodrżucenia uzyskałby maksymalną liczbę sześćdziesięciu punktów, a PANORAMA 51,32 pkt.

Ad. 2. ELSIK i PANORAMA w złożonych przez siebie ofertach wydłużyli wymagany okres gwarancji i rękojmi z wady na cały przedmiot zamówienia o okres 12 miesięcy. Za powyższe ELSIK i PANORAMA otrzymaliby równą ilość 20 punktów.

Ad. 3. ELSIK i PANORAMA w złożonych przez siebie ofertach skrócili termin realizacji przedmiotu zamówienia do 14 miesięcy. Za powyższe ELSIK i PANORAMA otrzymaliby równą ilość 20 punktów.

Reasumując w przypadku nieodrżucenia ELSIK z przetargu i dokonania oceny złożonej przez ELSIK oferty to ELSIK uzyskałby maksymalną punktację wynoszącą 100 pkt, natomiast PANORAMA w rankingu zajęłaby miejsce drugie z punktacją 91,32 pkt. Powyższe oznacza, że oferta ELSIK w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowi najkorzystniejszą ofertę złożoną Zamawiającemu, co pozwoliłoby ELSIK uzyskać zamówienie. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 PZP w zw. z ust. art. 239 ust. 2 PZP.

W złożonej pismem z 21 maja 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wniósł o oddalenie wniosków dowodowych:

- a) Wydruku z internetowego wielkiego słownika języka polskiego, jako zbędnego do odczytania treści „widoczne uszkodzenia”
- b) Wydruku z internetowego słownika języka polskiego, jako zbędnego wobec oczywistości znaczenia słowa „uszkodzony i „widoczny”
- c) Wydruku wiadomości email z 29 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikami : Pismem Epuflor Sp. z o.o. z Łodzi, albowiem nie pochodzą one od niezależnego laboratorium a producenta trawy (pismo Epuflor)
- d) Wydruku ze strony internetowej Instytutu naukowego Ł., jako zbytecznego do oceny zasadności odwołania
- e) Przesłuchania świadka z zeznań R.S. na fakt spełniania przez zaproponowany przez E. w Raporcie produkt nawierzchni z trawy syntetycznej wszelkich wymogów (kryteriów oraz parametrów) Zamawiającego określonych treścią SWZ, albowiem nie jest on niezależnym instytutem badawczym a dostawcą trawy, zaś spełnianie warunków przedmiotowych w niniejszej sprawie dopuszczalne było poprzez okazanie ekspertyzy wykonanej przez niezależne i certyfikowane laboratorium.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W ocenie Zamawiającego Raport z badań laboratoryjnych Nr:LSA-R19367-B1 przedłożony przez Odwołującego nie potwierdzał warunku z SWZ, że po 150.000 cyklach testu, trawa nie wykazuje widocznych uszkodzeń. W związku z tym Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 Pzp wezwał E. do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 10 kwietnia 2024 r.), które zapisy zawarte w Raporcie z badań testu Lisport potwierdzają, że oferowana nawierzchnia po minimum 150.000 cyklach nie wykazuje widocznych uszkodzeń. W odpowiedzi na wezwanie E. stwierdził, że z treści opisu pod raportem wynika w sposób dorozumiany, że nawierzchnia nie wykazuje widocznych uszkodzeń, albowiem o tym nie napisano.

Oceniając wymagania SWZ w zakresie warunku przedłożenia określonego dowodu, Zamawiający uznał, że E. nie

przedłożył dokumentu, z którego wynikałoby, że zaoferowana nawierzchnia po 150.000 cyklach nie wykazuje widocznych uszkodzeń.

Odwołujący wielokrotnie w odwołaniu zarzuca Zamawiającemu nieprawidłową wykładnię sformułowania „widoczne uszkodzenia” próbując nadać mu znaczenie prawne, kiedy sformułowanie to nie jest normą prawną, przez co nie ma możliwości w drodze jakiegokolwiek wykładni, przypisać treść tej normy do określonego stanu faktycznego. Nie ulega wątpliwości, że wykładnia jest terminem prawnym i oznacza czynność polegającą na przyporządkowaniu przepisom prawnym znaczenia w postaci odkodowanych z tekstów prawnych jednoznacznych norm generalnych i abstrakcyjnych. Celem wykładni jest odtworzenie norm prawnych spośród zwrotów wynikających z przepisów prawnych. Sformułowanie widoczne uszkodzenia nie jest normą prawną i nie wymaga wykładni. Wystarczające jest literalne odczytanie jego znaczenia i stwierdzenie, czy jest ono zgodne z wymaganiami SWZ.

E. próbuje również semantycznie uzasadnić zasadność zarzutu.

Odwołujący buduje własne definicje sformułowania „widoczne uszkodzenia”, w szczególności dodając do każdej cechę „ograniczenie lub niemożność użytkowanie”, która to definicja nie została ustalona do stosowania w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający kwestionuje nadawanie znaczenia sformułowaniu „widoczne uszkodzenia” według definicji wynikającej z Wielkiego Słownika Języka Polskiego, gdyż w specyfikacji zamówienia nie odwołano się do tej definicji. Na przykład w Słowniku Języka Polskiego PWN (<http://sjp.pwn.pl>) nie wspomina się o „ograniczeniu lub niemożności użytkowania”, ale wskazując się na pojęcia zbliżone zepsuty, częściowo zniszczony.

Odnosząc się do przedmiotu zamówienia, nie można uznać, że nawierzchnia z trawy syntetycznej odbarwiona, bądź w inny sposób zmieniona kolorystycznie ogranicza albo uniemożliwia jej użytkowanie.

Na potrzeby niniejszego postępowania zaproponowana przez Odwołującego definicja nie ma zastosowania, zaś kierując się zasadą *clara non sunt interpretanda*, należy przyjąć normalne rozumienie sformułowania „widoczne uszkodzenia”, jako uszkodzenia widoczne gołym okiem. Tylko dla przykładu podać można, że widocznym uszkodzeniem będzie np. odbarwienie, rozszczępienie włókna, połamanie, utlenienie.

Zamawiający wskazał, że nie jest fachowcem w dziedzinie parametrów nawierzchni z trawą syntetyczną i dlatego wymagał raportu certyfikowanego laboratorium, który potwierdzi „brak widocznych uszkodzeń” po 150.000 cyklach badania według normy EN 15306. Klauzula, że „Próbka sztucznej trawy wykazuje nieliczne przebarwienia i nieliczną utratę włókna oraz brak uszkodzeń podkładu (backing)” nie potwierdza wymagań zawartych w SWZ.

Zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawca Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., przedłożyła Raport wykonany zgodnie z normą PN 15306, przez niezależne certyfikowane laboratorium, o braku widocznych uszkodzeń, co oznacza, że takich uszkodzeń, po 160.000 cyklach testu nie było.

Dlatego też zarzut postawiony przez E. o absurdalnym wniosku, że Zamawiający rozszerza wymogi niezawarte w SWZ jest bezpodstawny. Wymogi, które według E. były absurdalne i niemożliwe do wykazania, zostały bez żadnego problemu spełnione przez Panoramę Obiekty Sportowe Sp. z o.o. w Piasecznie.

Zamawiający podniósł, że zarzut Odwołującego w zakresie błędnej wykładni jest również chybiony, zaś powoływanie się na art. 65 oraz 65(1) k.c., z uwagi na fakt, że nie mamy w niniejszej sprawie do czynienia z umową i zgodną wolą stron, za bezpodstawne. Warunek Zamawiającego był jednostronnym oświadczeniem, a jeżeli E. nie był w stanie zrozumieć treści specyfikacji to mógł wykorzystać przewidziane ustawą Pzp środki ochrony prawnej lub złożyć wniosek o wyjaśnienie treści SWZ.

Zdaniem Zamawiającego nie do zaakceptowania są również wywody E., że sformułowanie „Nieliczne przebarwienia czy nieliczna utrata włókna” oznaczają, że „brak jest widocznych uszkodzeń”. Jeżeli technik zauważył przebarwienia i utratę włókna, to tym samym zauważył widoczne uszkodzenia. W złożonym przez E. raporcie dodatkowo zawarto wyniki badań o wykruszaniu się elementów trawy. Warunek postawiony przez Zamawiającego nie wymagał prowadzenia badań laboratoryjnych, a jedynie zaobserwowania, czy widać jakieś uszkodzenia. Nie zmienia tego żadne pisma czy też oświadczenia, albo zeznania dostawcy trawy, któremu nie można nadać przymiotu niezależnego i certyfikowanego laboratorium.

Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez E. zdaniem Zamawiającego, próbuje on narzucić Zamawiającemu sposób oceny przedłożonych przez niego badań laboratoryjnych Lisport, z których ma w sposób dorozumiany wynikać spełnienie wymagań Zamawiającego. Jest to błędne stanowisko, zaś wymagane przez Zamawiającego w SWZ przedmiotowe środki dowodowe musi potwierdzać wprost, bez konieczności dokonywania innej niż literalna interpretacji.

W ocenie Zamawiającego przedłożony przez E. raport nie potwierdził, że zaoferowany produkt, po 150.000 cyklach nie wykazywał widocznych uszkodzeń. Zamawiający był zobowiązany do literalnego odczytania treści raportu a nie do stosowania różnych metod wykładni, albo wysnuwać wnioski na korzyść E., w drodze liberalnej interpretacji wyników przedłożonego raportu. E. nie wykazał, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego określone w SWZ.

W związku z tym, że Zamawiający uznał, że pomimo oświadczenia o spełnianiu wymagań dotyczących

przedmiotu zamówienia zawartych w SWZ, E. nie przedłożył przedmiotowego środka dowodowego, które wykazałoby, że oferowany produkt jest zgodny z określonymi w SWZ.

Wykonawca "PANORAMA OBIEKTY SPORTOWE" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚĆ SIEDZIBĄ W PIASECZNIE (dalej jako: „Uczestnik postępowania”, „PANORAMA”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 21 maja 2024 r. Uczestnik postępowania ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 21 maja 2024 r. Odwołujący wniósł o powołanie na posiedzeniu niejawnym w trybie art. 539 § 2 PZP biegłego w postaci INSTYTUTU SPORTU PAŃSTWOWEGO INSTYTUTU BADAWCZEGO albo biegłego sądu w dziedzinie certyfikacji i badań nawierzchni sportowych celem przeprowadzenia z dowodu z jego opinii w przedmiocie: *Spełnienia przez Odwołującego się (ELSIK Sp. z o.o.) przedłożonym raportem z badań laboratoryjnych Nr: LSA-R119367-B1 określonego przez Zamawiającego warunku treści 6.2. Rozdziału SWZ, tj. że: raport z badań laboratoryjnych Nr: LSA-R119367-B1 spełnia wymaganie SWZ Zamawiającego o treści „Raport z badań testu Lisport na min. 200.000 cykli dla włókna monofilowego trawy syntetycznej przeprowadzony przez akredytowane i niezależne laboratorium np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływania” lub równoważną, w tym, że raport LSA-R119367-B1 potwierdzająca, że zaproponowane w nim nawierzchnia po min. 150.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń.”, w tym, że raport z badań laboratoryjnych Nr: LSA-R119367-B1 został wykonany zgodnie z normą EN 15306 i na jego podstawie nie można stwierdzić, że badana nawierzchnia wykazuje widoczne uszkodzenia.*

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę PANORAMA OBIEKTY SPORTOWE" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Piasecznie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do wniosku Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego w postaci INSTYTUTU SPORTU PAŃSTWOWEGO INSTYTUTU BADAWCZEGO lub INSTYTUTU SIEĆ BADAŁKOWA ŁUKASIEWICZ - nie można tracić z pola widzenia, że zarzuty odwołania dotyczą kwestii zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia oraz oceny przedmiotowego środka dowodowego, i zasadniczo sprowadzają się do analizy specyfikacji warunków zamówienia, raportu z badań oraz wyjaśnień Odwołującego. Co za tym idzie Izba rozstrzyga zarzuty, które dotyczą zagadnień prawnych, a nie okoliczności wymagających wiadomości specjalnych. Zgłoszony przez Odwołującego wniosek dowodowy Izba uznała jako powołany dla zwłoki i na podstawie art. 541 ustawy Pzp odmówiła jego przeprowadzenia.

Jeżeli zaś chodzi o wniosek Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka R.S., wniosek ten również Izba uznaje jako powołany dla zwłoki i na podstawie art. 541 ustawy Pzp odmówiła jego przeprowadzenia. Jak już wskazano wyżej, zarzuty sprowadzają się do analizy specyfikacji warunków zamówienia, raportu z badań i wyjaśnień Odwołującego. Na potwierdzenie spełnienia wymagań, Zamawiający wymagał przedmiotowego środka dowodowego, tj. raportu z badań. Należy również zauważyć, że dowód z zeznań świadka nie może zastępować dowodu z pisemnego raportu z badań. Nadto, wskazany we wniosku świadek nie ma kompetencji do dokonywania wykładni tychże badań (a przynajmniej Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. wydruki z internetowego wielkiego słownika języka polskiego <https://wsjp.pl>; wydruk z internetowego słownika języka polskiego <https://sjp.pl/>; wydruku wiadomości e-mail z dnia 29 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikami: Pismem Epufloor Sp. z o.o. oraz oświadczeniem z Labosport z dnia 31 sierpnia 2022 r. (w języku angielskim oraz polskim); oświadczenia Epufloor Sp. z o.o. z dnia 30 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikiem.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowodów złożonych przez Odwołującego wraz z odwołaniem, tj. Wydruk ze strony internetowej Instytutu naukowego Ł. <https://itr.lukasiewicz.gov.pl/przemysl-coraz-bardziej->

zainteresowany-testami-przyspieszonego-starzenia oraz Uczestnika postępowania na rozprawie, tj. raportów z badań, jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa boiska ze sztuczną nawierzchnią, z zapleczem szatniowym i urządzeniami budowlanymi, na terenie Stadionu przy ul. Fałata 34 w Koszalinie.

Zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji warunków zamówienia (Modyfikacja 3 SWZ) w następujący sposób:

Rozdział I punkt 7.1 SWZ

„(...) 7.1 Nawierzchnia z trawy syntetycznej

Projektowany jest system sztucznej trawy min. 45 mm zasypany naturalnym granulatem korkowym. Trawa instalowana na macie elastycznej (shockpad) gwarantująca odpowiednią amortyzację. Nawierzchnia trawy składa się z dwóch rodzajów włókien – włókna A polietylenowego monofilowego cechującego się bardzo wysoką wytrzymałością i sprężystością oraz włókna B – polietylenowego fibrylowanego, które mają za zadanie utrzymanie wypełnienia w obrębie boiska i dodatkowo poprawiają amortyzację i komfort gry. Wysoka gęstość projektowanej nawierzchni pomaga także obniżyć koszty utrzymania boiska oraz ogranicza przypadki zamarzania murawy w okresie zimowym.

Nawierzchnia z trawy syntetycznej powinna spełniać wymagania w zakresie klasy reakcji na ogień co najmniej trudno zapalne.

I. Minimalne wymagania dot. nawierzchni z trawy syntetycznej:

- 1. Dtex: **min. 18.500;***
- 2. Długość włókna monofil nad podkładem: **min. 45 mm max. 50 mm;***
- 3. Ciężar włókna: **min. 1 950 gr/m²;***
- 4. Waga całkowita nawierzchni: **min. 3 000 gr/m²;***
- 5. Wytrzymałość pęczka na wyrywanie (po starzeniu): **min. 50 N;***
- 6. Ilość pęczków: **min. 10 100 pęczków/m²;***
- 7. Ilość włókien: **min. 141.000/m²;***
- 8. Rodzaj włókna:*
 - 2 rodzaje włókien: Polietylenowe - monofilowe, o grubości **min. 350 mikronów** i dodatkowe włókno fibrylowane (PE) **min. 110 mikronów;***
- 9. Przepuszczalność wody dla systemu: **min. 1 150 mm/h;***
- 10. Wytrzymałość łączenia klejonego (postarzane): **min. 142 N/100mm;***
- 11. Wypełnienie: korkowe. Ilości wypełniania użytkowego i stabilizującego wg wytycznych wynikających z raportu z badań laboratoryjnych FIFA oferowanego systemu;*
- 12. Rodzaj spodu trawy: lateks;*
- 13. Parametry maty:*
 - Rodzaj maty: mata prefabrykowana, nie dopuszcza się maty wylwanej e-layer,*
 - Grubość maty: min. 10 mm,*
 - Gęstość: min. 50 kg/m³,*
 - Deformacja pionowa: max 8 mm,*
 - Wytrzymałość na rozciąganie: min. 0.15 MPa.*

II. Wymagane dokumenty na potwierdzenie parametrów oferowanego systemu nawierzchni:

- 1. Autoryzacja producenta nawierzchni, wystawiona na wykonawcę z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wybudowania, nazwa inwestycji) wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta;*
- 2. Karta techniczna nawierzchni z trawy syntetycznej, maty amortyzującej oraz wypełnienia poświadczona przez producenta z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wbudowania, nazwa inwestycji);*
- 3. Świadectwo higieny (Atest PZH) lub równoważne dla trawy, wypełnienia i maty amortyzującej;*
- 4. Kompletny raport z badań przeprowadzonych przez uprawnione laboratorium np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat, dotyczący oferowanego systemu nawierzchni (trawa + wypełnienie typu korek + prefabrykowany shockpad) potwierdzający zgodność jej parametrów z FIFA Quality Programme for Football Turf (dostępny na www.FIFA.com) Podręcznik 2015 oraz potwierdzający wymagane wszystkie minimalne parametry oferowanego systemu trawy syntetycznej dla poziomu FIFA Quality PRO;*
- 5. Raport z badań na zgodność z normą PN-EN 15330-1:2014 lub równoważną przeprowadzony przez specjalistyczne i akredytowane laboratorium (np. Labosport lub ISASport lub Sports Labs Ltd), potwierdzający minimalne parametry oferowanego systemu trawy syntetycznej (trawa + wypełnienie typu korek + prefabrykowany shockpad);*
- 6. Aktualny certyfikat FIFA Preferred Producer lub FIFA Preferred Provider wystawiony dla producenta trawy;*

7. Raport wykonany przez niezależne laboratorium zgodności z normą EN 71-3 lub równoważną kategorią III na zawartość metali ciężkich dla wypełnienia;
8. Raport z badań testu Lisport na min. 300.000 cykli dla włókna monofilowego trawy syntetycznej przeprowadzony przez akredytowane i niezależne laboratorium np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływania” lub równoważną potwierdzający, że nawierzchnia po min. 300.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń.

Rozdział I punkt 6.2 SWZ

Na potwierdzenie zgodności oferowanej roboty budowlanej z wymaganiami określonymi Projekcie Technicznym (plik pn. 05_PT - Branża architektoniczna) w pkt. 7.1 - Nawierzchnia z trawy syntetycznej, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą niżej wymienionych przedmiotowych środków dowodowych:

1. Autoryzacja producenta nawierzchni, wystawiona na wykonawcę z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wybudowania, nazwa inwestycji) wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta;
2. Karta techniczna nawierzchni z trawy syntetycznej, maty amortyzującej oraz wypełnienia poświadczona przez producenta z określeniem miejsca wykonywania prac (miejsce wbudowania, nazwa inwestycji);
3. Świadectwo higieny (Atest PZH) lub równoważne dla trawy, wypełnienia i maty amortyzującej;
4. Kompletny raport z badań przeprowadzonych przez uprawnione laboratorium np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat, dotyczący oferowanego systemu nawierzchni (trawa + wypełnienie typu korek + prefabrykowany shockpad) potwierdzający zgodność jej parametrów z FIFA Quality Programme for Football Turf (dostępny na www.FIFA.com) Podręcznik 2015 oraz potwierdzający wymagane wszystkie minimalne parametry oferowanego systemu trawy syntetycznej dla poziomu FIFA Quality PRO;
5. Raport z badań na zgodność z normą PN-EN 15330-1:2014 lub równoważną przeprowadzony przez specjalistyczne i akredytowane laboratorium (np. Labosport lub ISASport lub Sports Labs Ltd), potwierdzający minimalne parametry oferowanego systemu trawy syntetycznej (trawa + wypełnienie typu korek + prefabrykowany shockpad);
6. Aktualny certyfikat FIFA Preferred Producer lub FIFA Preferred Provider wystawiony dla producenta trawy;
7. Raport wykonany przez niezależne laboratorium zgodności z normą EN 71-3 lub równoważną kategorią III na zawartość metali ciężkich dla wypełnienia;
8. Raport z badań testu Lisport na min. 300.000 cykli dla włókna monofilowego trawy syntetycznej przeprowadzony przez akredytowane i niezależne laboratorium np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływania” lub równoważną potwierdzający, że nawierzchnia po min. 300.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń.

UWAGA:

Jeżeli Wykonawca niełoży ww. przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający wezwie Wykonawcę do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Odwolujący wraz z ofertą przedłożył Raport z badań laboratoryjnych Nr: LSA-R19367-B1 dotyczący testów na trawie syntetycznej starzenie Lisport zgodnie z normą EN 15306 w języku angielskim wraz z tłumaczeniem tego raportu na język polski (dalej: „Raport z badań”). Raport z badań (strona 1) odnosi się do normy EN 15306:2014: Zewnętrzne nawierzchnie sportowe – wpływ symulowanego zużycia na sztuczną trawę.

Raport z badań (strona 2) w punkcie 2. odnosi się do testów starzenia się zgodnie z normą EN 15306 (tj. zgodnie z wymogiem Zamawiającego określonym w punkcie 6.2. Rozdziału SWZ). Testy laboratoryjne polegały wedle raportu na ocenie wzrokowej i wykonaniu zdjęcia co 10.000 cykli wraz z jednoczesną utratą masy włókna oraz granulatu. Raport z badań (strona 2) w punkcie 3. odnosi się do zaproponowanego produktu i użytej jego próbki. Raport z badań (strona 3) w punkcie 4. odnosi się do konfiguracji wypełnienia próbki oraz starzenia Lisport w cyklach od 10.000 do 200.000 przedstawionych w formie tabeli w ujęciu wagi usuniętej gumy oraz wagi usuniętego włókna. Raport z badań (strony od 4 do 14) przedstawia zdjęcia pokazujące efekt Lisport po wykonanych testach co 10.000 cykli w zakresie od 10.000 do 200.000 cykli.

W raporcie z badań (strona 3) pod tabelą technik laboratorium przeprowadzający test LISPORT wskazał następujące wnioski na podstawie pomiarów oraz inspekcji wzrokowej z uzyskanych zdjęć:

„Próbka sztucznej trawy wykazuje nieliczne przebarwienia i nieliczną utratę włókna oraz brak uszkodzeń podkładu (backing).”

W dniu 10 kwietnia 2024 r. Zamawiający w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień m.in. w zakresie: „które zapisy zawarte w Raporcie z badań testu Lisport potwierdzają, że oferowana przez Państwa nawierzchnia po min. 150.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń”

Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że „W wyniku analizy przedmiotowych środków dowodowych, które złożyli

Państwo wraz z ofertą w dniu 21.03.2024 r. za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia, Zamawiający stwierdził, że: (...) złożyli Państwo wraz z ofertą m.in. następujące dokumenty: „Świadectwo autoryzacji”, „Kartę techniczną” z treści których wynika, że dotyczą systemu nawierzchni/nazwy trawy CCGrass Pmax48-B Cork SP; natomiast złożony przez Państwo „Raport z badań testu Lisport” dotyczy CCGrass Pride o długości włókna 60 mm oraz Dtex 14 000. Zamawiający nie może jednoznacznie stwierdzić, czy złożone przez Państwo ww. dokumenty dotyczą jednego systemu trawy syntetycznej i który system oferujecie Państwo w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto z ww. „Raportu badań testu Lisport” nie wynika potwierdzenie braku widocznych uszkodzeń nawierzchni po min. 150.000 cykli przy przeprowadzeniu badań na 200.000 cykli. Pod tabelą widnieje jedynie zapis, iż „Próbka sztucznej trawy wykazuje nieliczne przebarwienia i nieliczną utratę włókien oraz brak uszkodzeń podkładu (backing).” Na tej podstawie Zamawiający nie jest w stanie ocenić, że oferowana przez Państwa nawierzchnia po min. 150 000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń.”

Odwolujący w wyjaśnieniach z dnia 11 kwietnia 2024 r. w odniesieniu m.in. do zapytania Zamawiającego o treści „które zapisy zawarte w Raporcie z badań testu Lisport potwierdzają, że oferowana przez Państwa nawierzchnia po min. 150.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń” ELSIK udzielił następujących wyjaśnień o treści: „w kwestii raportu Lisport, Zamawiający wymagał „Raport z badań testu Lisport na min. 200.000 cykli dla włókna monofilowego trawy syntetycznej przeprowadzony przez akredytowane i niezależne laboratorium np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływanie” lub równoważną potwierdzający, że nawierzchnia po min. 150.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń. Przedstawiony raport jest zgodny z wymogami postawionymi przez Zamawiającego i dotyczy włókna monofilowego/prostego (jedno z włókien zastosowanych w nawierzchni PMAX 48 B2 Cork SP) oferowanej nawierzchni (stosownie do informacji zawartej w raporcie z badań laboratoryjnych FIFA str. 5). Nie ma żadnych standardów dotyczących konkluzji zawieranych w raportach z badań laboratoryjnych Lisport, w związku z czym w sposób dorozumiany uznaje się, że nawierzchnia nie wykazuje widocznych uszkodzeń.”

Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał:

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, z przedmiotowego postępowania odrzucono ofertę nr 2 złożoną przez ELSIK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Żukowo, jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wykonawca ELSIK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Żukowo złożył wraz z ofertą „Raport badań testu Lisport”, z treści którego nie wynika potwierdzenie braku widocznych uszkodzeń nawierzchni po min. 150.000 cykli przy przeprowadzeniu badań na 200.000 cykli.

Pod tabelą widnieje jedynie zapis iż „Próbka sztucznej trawy wykazuje nieliczne przebarwienia i nieliczną utratę włókien oraz brak uszkodzeń podkładu (backing).” Na tej podstawie Zamawiający nie był w stanie ocenić, że oferowana przez Wykonawcę nawierzchnia po min. 150 000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń.

Wobec powyższego Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy PZP pismem z dnia 10.04.2024 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego przedmiotowego środka dowodowego, a mianowicie które zapisy zawarte w Raporcie z badań testu Lisport potwierdzają, że oferowana przez Wykonawcę nawierzchnia po min. 150.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył następujące wyjaśnienia cyt. „Nie ma żadnych standardów dotyczących konkluzji zawieranych w raportach z badań laboratoryjnych Lisport, w związku z czym w sposób dorozumiany uznaje się, że nawierzchnia nie wykazuje widocznych uszkodzeń”, które Zamawiający uznał za niewystarczające.

Zamawiający wymagał raportu z badań testu Lisport na min. 200.000 cykli dla włókna monofilowego trawy syntetycznej przeprowadzony przez akredytowane i niezależne laboratorium np. Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd, Ercat zgodnie z normą EN 15306 „Nawierzchnie do otwartych terenów sportowych – narażenie trawy na oddziaływanie” lub równoważną **potwierdzającego, że nawierzchnia po min. 150.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń.**

Przywołane powyżej wyjaśnienie Wykonawcy nie spełnia żądanego potwierdzenia. Wykonawca nie złożył wyjaśnień pozwalających Zamawiającemu stwierdzić, że oferowana nawierzchnia po min. 150.000 cykli nie wykazuje widocznych uszkodzeń. Jednocześnie z przedłożonych dokumentów również nie wynika spełnianie wymagania dot. braku uszkodzeń po min. 150.000 cykli dla nawierzchni.

Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca ELSIK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Żukowo nie wykazał spełniania wymagań Zamawiającego dotyczących nawierzchni z trawy syntetycznej i tym samym treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stan faktyczny był między Stronami w całości bezsporny, natomiast Strony wywodziły z niego odmienne skutki prawne, ta zaś kwestia należy do oceny prawnej zebranego w sprawie materiału dowodowego, czego Izba dokona poniżej w ramach rozważań prawnych.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego oraz dowodom z dokumentów złożonych przez Odwołującego gdyż nie były one przez Strony kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*.

Art. 16 pkt 1) ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie kilku uwag natury ogólnej.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach i z tym należy się zgodzić że zamawiający nie może zastosować ww. sankcji, jeżeli specyfikacja warunków zamówienia nie zawierała wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono.

Stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z innego sposobu rozumienia dokumentacji postępowania przez zamawiającego czy też innych wykonawców. Oceniając zgodność oferty z warunkami zamówienia należy każdorazowo ocenić, jakie wymagania postawił zamawiający w specyfikacji, które nie zostały przez wykonawcę spełnione. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia.

Doniosłość dokumentu, jakim jest specyfikacja warunków zamówienia wraz z załącznikami, sprowadza się do szczególnej roli w postępowaniu – z jednej strony określa oczekiwania zamawiającego dotyczące wykonawców, by uczynić zadość swoim wymaganiom, a z drugiej zaś – wyznacza granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując weryfikacji złożonych ofert. Postanowienia zawarte w specyfikacji warunków zamówienia są wiążące dla uczestników oraz zamawiającego. Zamawiający nie może, po upływie terminu składania ofert, zmienić czy też doprecyzować jakichkolwiek postanowień. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają prawo oczekiwać, że ich oferta zostanie poddana ocenie w zakresie wyartykułowanym w dokumentacji postępowania.

Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono. Zasadą jest, że nieprecyzyjne postanowienia specyfikacji zamówienia nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.

Izba pominęła twierdzenia Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie przedłożył przedmiotowego środka dowodowego, który potwierdziłby, że zaofferowany produkt jest zgodny z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego dlatego, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia a nie z uwagi na to, że Odwołujący nie złożył przedmiotowego środka dowodowego.

Izba pominęła również twierdzenia Zamawiającego, że *Jeżeli technik zauważył przebarwienia i utratę włókna, to tym samym zauważył widoczne uszkodzenia*. Powyższe nie znajduje odzwierciedlenia w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołujący tylko i wyłącznie z tego względu, że w raporcie nie umieszczono stwierdzenia „brak widocznych uszkodzeń”. Zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego uznał, że przebarwienia i utrata włókien należy traktować jako widoczne uszkodzenia. Z tego też względu twierdzenia te należało pominąć.

Przechodząc dalej, za całkowicie chybione uznać należało wywody Zamawiającego, że nie był on w stanie ocenić czy oferowana przez Odwołującego nawierzchnia po min. 150 000 cyklach nie wykazuje widocznych uszkodzeń, bowiem takie stwierdzenie nie znajduje się w treści raportu z badań.

Po pierwsze, Zamawiający nie wskazał w treści specyfikacji warunków zamówienia, że dokładnie takie stwierdzenie ma znaleźć się w raporcie. Nadto, Zamawiający nie wykazał, ani nie uzasadnił, z czego wywodzi konieczność umieszczenia

w raporcie z badań dokładnie takiego stwierdzenia. Izba uznała za wiarygodne twierdzenia firmy Epufloor Sp. z o.o., że *norma EN 15306 nie opisuje wyników badania, stąd brak standardów zawierania konkluzji czy wymagań dotyczących wyglądu, parametrów lub właściwości nawierzchni po symulacji zużycia. Istotnym czynnikiem jest, że konkluzja polega jedynie na subiektywnej, wizualnej ocenie Technika Laboratorium i jego doborze słów. Nieliczne przebarwienia czy nieliczna utrata włókna zaobserwowane przez jednego Technika, mogą zostać opisane jako brak widocznych uszkodzeń przez drugiego Technika.*

Pomijając powyższe, Zamawiający nie posiada odpowiednich kompetencji, aby wymagać przedłożenia raportu z badań, zawierających określoną, wskazaną przez niego, treść.

Po drugie, co istotne, Zamawiający nie zdefiniował i nie wyjaśnił pojęcia „widoczne uszkodzenia”.

Abstrahując jednak od powyższego, logicznym jest i zgodnym z doświadczeniem życiowym, że gdyby faktycznie zaobserwowano uszkodzenia, dysfunkcje, to zostałyby one opisane w raporcie. Powyższe potwierdza treść raportu, w którym to w sposób jednoznaczny wskazano, co zostało zaobserwowane po 150 000 cyklach, a mianowicie: *nieliczne przebarwienia i nieliczną utratę włókien oraz brak uszkodzeń podkładu*. Treść raportu z badań jest jasna, jednoznaczna i nie nasuwa żadnych wątpliwości.

Na marginesie należy zauważyć, że dywagacje czy powyższe należy uznać za widoczne uszkodzenia mają marginalne znaczenie dla rozstrzygnięcia, z uwagi na brak w treści specyfikacji warunków zamówienia zdefiniowania i wyjaśnienia pojęcia „widoczne uszkodzenia”.

Kończąc, warto zwrócić uwagę, że w doktrynie i judykaturze sformułowana została reguła określająca następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). Izba podziela stanowisko Odwołującego, że nie można odchodzić od wykładni językowej na rzecz innych wykładni, bowiem powodowałoby to, że oświadczenia byłyby odczytywane wbrew nadanemu im brzmieniu, powodując brak zaufania niezbędnego w obrocie gospodarczym.

Warto również zwrócić uwagę, że Zamawiający jako gospodarz postępowania powinien posiadać elementarną wiedzę na temat własnych postanowień. Z jednej strony Zamawiający wymaga aby zaoferowana nawierzchnia po min. 150 000 cyklach nie wykazywała widocznych uszkodzeń, a z drugiej strony sam nie wie czy przebarwienia i nieliczna utrata włókien są właśnie takimi uszkodzeniami. W ocenie Izby, Zamawiający powinien przede wszystkim jednoznacznie wskazać w specyfikacji warunków zamówienia czym są owe widoczne uszkodzenia, a dopiero potem oceniać raporty z badań.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp jako wynikowy w stosunku do zarzuty oznaczonego jako 1 w *petitum* odwołania należało uznać za zasadny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w związku z § 2 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1) lit. a), pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: