Sygn. akt: KIO 1013/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę **Tamex Obiekty Sportowe S.A., ul. Idzikowskiego 16, 00-710 Warszawa**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Miasta Gostynina, ul. Rynek 26, 09-500 Gostynin,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Ada-Light sp. z o.o., Budy Kozickie 56, 09-500 Gostynin,**

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,

2.kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 1013/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Miasta Gostynina, ul. Rynek 26, 09-500 Gostynin, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja boiska piłkarskiego, bieżni okrężnej długości 400 m oraz urządzeń lekkoatletycznych w Miejskim Ośrodku Sportu i Rekreacji w Gostyninie", nr referencyjny: ZP. 271.1.4.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13.02.2024 r., nr 2024/BZP 00102749/01.

W dniu 25.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołaniewykonawcy Tamex Obiekty Sportowe S.A., ul. Idzikowskiego 16, 00-710 Warszawa (dalej: „Odwołujący"), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ADA-LIGHT jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty z uwagi na brak złożenia przez ADA-LIGHT wszystkich wymaganych przedmiotowych środków dowodowych.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „2.2. (…) Zgodnie bowiemz treścią rozdziału X ust. 2 pkt 2 lit. d SWZ, Zamawiający wymagał, dołączenia do oferty „Aktualnego kompletnego raportu z badań na zgodność z normą PN-EN 14877:2014". Natomiast wykonawca ADA-LIGHT złożył dokument pn. „POTWIERDZENIE zgodności z norr (…)". Dokument ten, w żaden sposób nie może być utożsamiany z „kompletnym raportem".

2.4. Wskazać należy, że na kompletny raport z badań na zgodność z normą PN-EN 14877:2014 składa się więcej elementów (dokumentów), niż jeden, który został złożony przez wykonawcę ADA-LIGHT. Do dokumentu („potwierdzenia") złożonego przez wykonawcę ADA-LIGHT powinny zostać dołączone również załączniki – szczegółowe wyniki badań zawarte w raportach:

Dopiero w takim przypadku można byłoby mówić o tym, że wykonawca ADALIGHT przedłożył „kompletny raport". (…)

2.5 Również w ocenie Instytutu Sportu - Państwowego Instytutu Badawczego, złożone przez wykonawcę ADA-LIGHT przedmiotowe środki dowodowe nie spełniają wymogu „kompletnego raportu". Zgodnie z tą oceną, „*Dokument ten w naszej ocenie stanowi „deklarację producenta", że jego wyrób spełnia wymagania dokumentu normatywnego w określonym zakresie i nie jest tożsamy z wydanym raportem, który zawiera znacznie więcej informacji jednoznacznie identyfikujących wyrób, metodę badawczą, czas badania i aktualność dokumentów odniesienia*". (…)

2.6 Powyższe oznacza, że wykonawca ADA-LIGHT złożył jedynie dokument podsumowujący raport z badania, a nie sam kompletny (cały) raport, który składałby się z większej liczby dokumentów oraz zawierał szczegółowe i kompletne informacje. Zatem, złożenie podsumowującego potwierdzenia, w ocenie Odwołującego, nie jest wystarczające do uznania, że został złożony wymagany przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy. Złożenie takiego dokumentu nie stanowi również przedłożenia przez wykonawcę równoważnego przedmiotowego środka dowodowego,

co byłoby dopuszczalne na gruncie art. 106 ust. 3 PZP. Oznacza to, że zbiór przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę ADA-LIGHT jest niekompletny. W takiej sytuacji, Zamawiający nie może potwierdzić zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia. (…)

2.8 Nawet jeżeli ADA-LIGHT w swojej ofercie określił w sposób ogólny swoje zobowiązanie, w którym deklarował spełnienie wszystkich istotnych wymagań objętych treścią SWZ,a jednocześnie nie złożył wszystkich bezwzględnie wymaganych przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający był zobowiązany, aby ofertę taką odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP. (…)

2.10 Dodatkowo, Zamawiający nie wyraził woli dokonania czynności uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, czym unicestwił, w tym konkretnym postępowaniu, możliwości wynikające z przepisu art. 107 ust. 2 PZP. Skoro bowiem nie została usankcjonowana możliwość dokonania uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, to Zamawiający nie mógłby od wykonawcy ADA-LIGHT zadąć uzupełnienia brakującego przedmiotowego środka dowodowego. (…)

2.11 Powyższe jednoznacznie potwierdza, że oferta wykonawcy ADA-LIGHT winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP. (…)"

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)dokonania czynności odrzucenia oferty Ada-Light,

3)powtórzenia badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 28.03.2024 r. wykonawca Ada-Light sp. z o.o., Budy Kozickie 56,09-500 Gostynin (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 03.04.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W dniu 09.04.2024 r. Przystępujący przedstawił swoją argumentację, również wnosząc oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest modernizacja boiska piłkarskiego, bieżni okrężnej długości 400 m oraz urządzeń lekkoatletycznych w Miejskim Ośrodku Sportu i Rekreacji w Gostyninie. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr 1 przedmiotu zamówienia.

Po zmianie specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") z dnia 22.02.2024 r.,w rozdziale X w ust. 2 pkt 2 lit. d) SWZ Zamawiający żądał przedłożenia m.in. aktualnego kompletnego raportu z badań na zgodność z normą PN-EN 14877:2014.

Zamawiający nie przewidział zastosowania art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępujący złożył ofertę, do której dołączył wystawione przez Instytut Techniki Budowlanej „Potwierdzenie nr 00973/20/R40NZM/3", w którym stwierdzono:

„*Powyższe dane pozwalają stwierdzić, iż zewnętrzna nawierzchnia sportowa systemu TETRAPUR ENZ IIIS, w zakresie badanych właściwości spełnia wymagania PN-EN 14877:2014-02.*

Szczegółowe wyniki badań zawarte są w Raportach z badań:

LZMOO-00973/17/R29NZM poz.

LZM02-00973/17/R26NZM poz. 12

LMOO-00973/15/Rl 7NM poz. 9

LKOO-00973/15/Rl 4NM poz. 8, 1 4NM poz. 8

"TETRAPUR ENZ Abart III/M - Partial testing to EN 14877" poz. 6"

Pismem z dnia 20.03.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

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

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 zaniechanie Zamawiającego.

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

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ponadto art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy,

zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Oznacza to, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym nie mogą one być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Dopuszczenie rozszerzania przez odwołujących zakresu pierwotnych zarzutów lub ich modyfikacji na rozprawie prowadziłoby też w istocie do przedłużenia ustawowego terminu na wnoszenie odwołań. Ponadto w razie rozpoznania przez Izbę nowych zarzutów rozszerzonych o okoliczności faktyczne niepodniesione w odwołaniu, doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający o tym, jakie konkretnie zarzuty kierowane są pod jego adresem, dowiadywałby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby mu przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na jego korzyść. Analogiczne zaburzenie zasady równości dotykałoby również przystępującego, którego oferta byłaby kwestionowana w odwołaniu. Dlatego też w świetle art. 555 ustawy Pzp, nowe argumenty, będące w istocie nowymi zarzutami, podniesione dopiero na rozprawie nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę, skoro nie były zawarte w odwołaniu.

Z uwagi na powyższe Izba nie odnosi się do nowych zarzutów Odwołującego, zgodnie z którymi złożony przez Przystępującego dokument np. „Potwierdzenie nr 00973/20/R40NZM/3" nie jest raportem, a z kompletnego raportu (gdyby Przystępujący go złożył) wynikałoby, że nie zostały spełnione wymagania Zamawiającego wskazane w STWiORB dotyczące nawierzchni syntetycznej typu „sandwich".

Przechodząc zatem do zarzutu, który został postawiony w odwołaniu, tj. do zarzutu dotyczącego niekompletności złożonego „Potwierdzenia", przede wszystkim należy skupić się na wymaganiu zawartym w SWZ. Zamawiający wymagał przedłożenia „aktualnego kompletnego raportu z badań na zgodność z normą PN-EN 14877:2014". Zamawiający żądał zatem raportu z badań, który potwierdzi zgodność z normą PN-EN 14877:2014 i będzie kompletny, ale nie wskazał, że oznacza to obowiązek złożenia wraz z raportem szczegółowych wyników badań przeprowadzonych w toku całej procedury badawczej. Nie można też zgodzić się z Odwołującym, że z treści tego raportu wynika, iż szczegółowe badania stanowią jego załączniki. Ww. szczegółowe wyniki badań zostały w raporcie wskazane jako źródło danych w nim zawartych, natomiast nie zostały oznaczone jako załączniki. Ani zatem z treści SWZ, ani z treści samego „Potwierdzenia" nie wynika, że kompletny raport musi zostać złożony wraz ze szczegółowymi wynikami badań będącymi podstawą jego wydania. Powyższe potwierdza złożony przez Zamawiającego dowód w postaci wydruku ze strony TÜV Rheindland Polska, na której informacyjnie wskazano, co powinien zawierać raport z badań w porównaniu do certyfikatu i nie ma tam wymienionych załączników w postaci szczegółowych wyników badań. Skoro zatem Zamawiający nie skonkretyzował w SWZ „kompletności" raportu i nie ma też żadnych powszechnie obowiązujących przepisów określających kompletność czy wzór sporządzenia takiego raportu, należy uznać, że dokument wydany przez akredytowaną jednostkę, czyli Instytut Techniki Budowlanej, zawierający zestawienie badanych parametrów wraz z wynikami tych badań i przede wszystkim zawierający potwierdzenie, że nawierzchnia sportowa w zakresie badanych właściwości spełnia wymagania normy PN-EN 14877:2014, jest dokumentem odpowiadającym żądaniu Zamawiającego. Wobec powyższego nie zachodzi podstawa odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, jak też art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli z powodu braku złożenia przez wykonawcę przedmiotowego środka dowodowego lub z powodu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Dlatego odwołanie zostało oddalone.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie. Izba oceniła złożone przez Przystępującego dowody w postaci dokumentów dołączonych przez Odwołującego do oferty jako dotyczące faktów nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 531 ustawy Pzp), ponieważ zarzuty odwołania nie dotyczyły oferty Odwołującego. Ponadto Izba oceniła jako pozbawione wiarygodności i mocy dowodowej (art. 542 ust. 1 ustawy Pzp) złożone przez Odwołującego dowody w postaci:

a) wyciągu ze STWiORB, ponieważ zarzut braku potwierdzenia przez raport Przystępującego określonych wymogów zawartych w STWiORB nie był zawarty w odwołaniu;

b) nieaktualnego (innego niż będący przedmiotem odwołania) raportu z Instytutu Techniki Budowlanej, ponieważ to że Odwołujący dołączył do niego 2 spośród 6 wskazanych w nim raportów szczegółowych nie oznacza, że tego samego wymagał Zamawiający w SWZ;

c) pisma Polskiego Związku Lekkiej Atletyki z dnia 26.03.2024 r., ponieważ wynika z niego, że PZLA jest jednostką weryfikującą zgodność obiektów lekkoatletycznych z wymaganiami PZLA i przyznającą w tym zakresie świadectwa, w

tym także odnoszącą się w swojej działalności porównawczej do wyników badań World Athletics. Natomiast PZLA nie jest jednostką akredytowaną uprawnioną do badania zgodności produktu z wymaganiami norm, w tym normy PN-EN 14877:2014, co oznacza, że treść ww. pisma stanowi jedynie opinię PZLA pozbawioną mocy dowodowej. Ponadto pełny zakres raportu przywoływany przykładowo w tym piśmie nie został przedstawiony na rozprawie;

d)dołączonej do odwołania korespondencji z Instytutem Sportu, ponieważ już samo pytanie do Instytutu Sportu zostało zadane w sposób wskazujący na załączniki do raportu, podczas gdy z jego treści nie wynika, aby to były załączniki, z pytania wynika też, że Instytut Sportu wykonuje certyfikację wg wymogów PZLA, a nie badania zgodnościz normą PN-EN 14877:2014, ponadto treść odpowiedzi IS wskazuje, że została ona udzielona w kontekście dokumentów wydawanych przez sam Instytut Sportu, natomiast nie odnosi się do raportów z badań akredytowanych laboratoriów badawczych, do jakich należy np. Instytut Techniki Budowlanej;

e)pisma Instytutu Sportu z dnia 08.04.2024 r., ponieważ nie jest on jednostką akredytowaną (co wynika także z dowodu nr 3 złożonego przez Przystępującego) i upoważnioną do wykonywania badań na zgodność z normą PN-EN 14877:2014, zatem treść ww. pisma stanowi jedynie opinię IS pozbawioną mocy dowodowej. W zakresie uprawnień Instytutu Sportu Odwołujący powoływał się na rozporządzenie w sprawie sposobu deklarowania właściwości użytkowych wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym (Dz.U. z 2016 r. poz. 1966), ale należy zauważyć, że zostało ono wydane na podstawie art. 8 ust. 8 ustawy o wyrobach budowlanych (Dz.U. z 2016 r. poz. 1570) i dotyczy krajowej deklaracji właściwości użytkowych wyrobu budowlanego, którą wystawia producent na swoją wyłączną odpowiedzialność i nie jest to to samo, co badanie zgodności produktu z daną normą. Ponownie zatem należy stwierdzić, że Instytut Sportu nie jest instytucją właściwą do oceny kompletności raportu z badań wystawionego przez akredytowane laboratorium badawcze, jakim jest Instytut Techniki Budowlanej.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Izba nie zasądziła na rzecz Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ do zamknięcia rozprawy nie złożył on rachunku ani spisu kosztów uzasadniających ten wydatek (art. 573 ustawy Pzp i § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia: „na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy").

Przewodnicząca ...……..