

Sygn. akt: KIO 2708/23

WYROK
z dnia 28 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2023 r. przez wykonawcę **TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi**,

przy udziale wykonawcy **InterHall Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie** i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie** na rzecz zamawiającego **Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Łodzi** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok –

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2708/23

UZASADNIENIE

W dniu 13 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie** (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu – Miejskiemu Ośrodkowi Sportu i Rekreacji w Łodzi (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14) P.z.p. polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niewniesienie wadium lub wniesienie w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3) pomimo, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, zostało utrzymane nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, a wnioski o zwrot wadium nie zostały złożone;
- 2) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) P.z.p. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty wykonawcy i błędne uznanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że zaoferowana cena oferty nie jest realną ceną rynkową, za którą wykonawca może należycie zrealizować przedmiot zamówienia, podczas gdy ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wynika, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 3) art. 224 ust. 5 P.z.p. poprzez błędne uznanie, że wykonawca nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, podczas gdy z przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów wynika, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska, a oferta zawiera cechy indywidualne pozwalające na wykonanie zamówienia za oferowaną cenę;
- 4) art. 224 ust. 2 pkt 1) P.z.p. poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w sytuacji gdy istniały podstawy do odstąpienia badania wysokości cen, w szczególności wobec przeszacowania przez Zamawiającego kosztów realizacji zamówienia, co stanowi okoliczność nie wymagającą wyjaśnienia;

- 5)art. 226 ust. 1 pkt 5) P.z.p. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na brak spełnienia parametrów technicznych nawierzchni ze sztucznej trawy tuftowanej określonych w wyjaśnieniach Zamawiającego – „Odpowiedzi_na_pytania_8_12_03-08-2023” z 08.08.2023 r. pomimo, iż z dokumentów wymaganych na podstawie pkt 7.1. SWZ złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą, tj. karty technicznej trawy CCGrass Stemgrass 50X-B1 EPDM, raportu badania laboratoryjnego FIFA oraz raportu z badań na zgodność z normą BS EN 15330-1:2013, wynika, że oferowana nawierzchnia spełnia kryteria wskazane w wyjaśnieniach Zamawiającego;
- 6)art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 106 ust. 1 i 3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez uwzględnienie przy ocenie próbek nawierzchni sztucznej trawy tuftowanej kryteriów i cech nieweryfikowalnych oraz niewskazanych w dokumentacji zamówienia tj. kryterium ścieralności podkładu, kryterium struktury maty podkładowej oraz kryterium porównania próbki oferowanej z próbką porównawczą;
- 7)art. 16 pkt 1 i 2 P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasadę jawności i przejrzystości poprzez przeprowadzenie procesu testowania próbki bez czynnego (lub nawet biernego) udziału Odwołującego oraz brak przedstawienia wyników przeprowadzonego badania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie oraz zasądzenie na rzecz TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (faktura zostanie złożona na rozprawie).

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

Pismo odwołującego z 11.09.2023 r. – fakty wskazywane dowodem:

a.Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów tj. wszystkich złożonych w ww. postępowaniu ofert wraz z załącznikami, protokołu postępowania według stanu na dzień jego udostępnienia, protokołów sporządzonych przez Zamawiającego z oceny próbek złożonych przez Odwołującego (protokoły z dnia 16 i 25 sierpnia 2023 r., oraz pozostałych wykonawców,

2.Wydruk wiadomości e-mail wysłanej do Zamawiającego – fakty wykazywane dowodem:

a.Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie w formie elektronicznej w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treści przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) (dalej P.z.p.), którego przedmiotem jest „Wymiana nawierzchni treningowej boiska piłkarskiego na terenie obiektu sportowego przy ul. Małachowskiego 5 w Łodzi”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało dnia 5.07.2023 r. pod numerem 2023/BZP 00290650/01.

W dniu 8 września 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności odrzucenia jego oferty wraz ze wskazaniem uzasadnienia faktycznego oraz uzasadnienia prawnego tej czynności, tj. oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 97 ust. 6, art. 224 ust. 6 w zw. z 226 ust. 1 pkt 5) i 8) oraz 14) P.z.p. Odwołujący kwestionuje zachowanie Zamawiającego, z powołaniem się na poniższe okoliczności i ocenę prawną.

W zakresie zarzutu nr 1), tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14) P.z.p.

Odwołujący wskazał, że zasadę dotyczącą wnoszenia wadium oraz jego utrzymywania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego reguluje art. 97 ust. 5 ustawy P.z.p., zgodnie z którym wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. Zgodnie z art. 281 ust. 2 pkt 10 ustawy P.z.p., w treści Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej SWZ) Zamawiający powinien określić wymagania dotyczące wadium, w tym jego kwotę, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium. Uznać zatem należy, że jeżeli Zamawiający przewiduje jakiegokolwiek dodatkowe wymagania dotyczące zasad wnoszenia i utrzymywania wadium, to powinien je precyzyjnie określić w treści SWZ. Zamawiający nie przewidział w przedmiotowym postępowaniu innych wymagań, niż ustawowe. Dokument SWZ sporządzony przez Zamawiającego, a konkretnie pkt 19.2. SWZ, szczegółowo określa wymagania dotyczące wadium. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ast. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 P.z.p.

W dalszej kolejności pkt 19.3. SWZ stanowi, że zgodnie z art. 97 ust. 7 P.z.p. wadium może być wnoszone według wyboru Wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach: 1) Pieniądzu,

2)Gwarancjach bankowych,

3)Gwarancjach ubezpieczeniowych,

4)Poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

W pkt 19.6. lit. a)-f) SWZ Zamawiający opisał wymagania co do wadium wnoszonego w formie poręczeń lub gwarancji:

- a)musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w ustawie P.z.p., bez potwierdzania tych okoliczności,
- b)z jej treści powinno jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta do zapłaty całej kwoty wadium,
- c)powinno być nieodwołalne i bezwarunkowe oraz płatne na pierwsze żądanie,
- d)termin obowiązywania poręczenia lub gwarancji nie może być krótszy niż termin związania ofertą (z zastrzeżeniem, iż pierwszym dniem związania ofertą jest dzień składania ofert),
- e)w treści poręczenia lub gwarancji powinna się znaleźć nazwa postępowania,
- f)beneficjentem poręczenia lub gwarancji jest Miasto Łódź – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi.

Zamawiający przewidział w SWZ, że oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie w sposób nieprawidłowy lub nie utrzyma wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złoży wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 P.z.p. zostanie odrzucona (pkt 19.8. SWZ).

Odwołujący wskazał, że w dniu 30.08.2023 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, tj. do dnia 07.10.2023 r., informując jednocześnie, że przedłużenie terminu związania ofertą, dopuszczalne jest tylko wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W dniu 05.09.2023 r. Poręczyciel POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. z siedzibą w Szczecinie udzielił solidarnego poręczenia na okres do dnia 07.10.2023 r. (par. 3 ust. 3 umowy poręczenia). Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego. W dniu 06.09.2023 r. Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z okresem ważności wadium o 30 dni, tj. do dnia 07.10.2023 r., jednocześnie przedkładając Zamawiającemu powyższy dokument, tj. „Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium” z dnia 05.09.2023 r. Treść powyższego dokumentu m.in. była podstawą stwierdzenia, że wadium zostało wniesione niewłaściwie. Zamawiający uzasadniając przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że „tak złożone poręczenie nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia jego roszczeń z tytułu zdarzeń, które wystąpią w okresie ważności wadium – a tym samym nie spełnia funkcji wadium wskazanych w art. 98 ust. 6 PZP”, a w konsekwencji „złożenie wadium, którego termin ważności upływa w dniu związania ważnością oferty uniemożliwia realizację funkcji zabezpieczającej, ponieważ jeśli wykonawca zwleka z zawarciem umowy do ostatniego dnia związania ofertą i ostatecznie umowy nie zawiera, roszczenia zamawiającego z tego tytułu powstają dopiero od następnego dnia, kiedy wadium już straciło swoją ważność”. Odwołujący kwestionuje taką ocenę złożonego dokumentu.

Odwołujący wskazał, że złożył wadium w sposób zgodny zarówno z przepisami ustawy P.z.p., jak i dokumentem SWZ, tj. wadium zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert i utrzymane nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Co prawda, powyższy fakt, zdaje się nie być sporny pomiędzy stronami, to w ocenie Zamawiającego, wadium złożone w powyższy sposób nie daje mu pewności zaspokojenia jego roszczeń, które wystąpią w terminie ważności wadium.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność absolutnie podstawową, tj., że z przepisu art. 97 ust. 5 P.z.p. jednoznacznie wynika, że graniczną datą jaką ustawodawca określił jako końcowy termin ważności wniesionego wadium jest ostatni dzień związania ofertą. Z żadnego innego przepisu P.z.p. nie wynika również, aby termin ważności wadium miał być dłuższy by np. umożliwić Zamawiającemu dochodzenie po dacie ważności gwarancji roszczeń z niej wynikających. W ocenie Odwołującego, z przepisów art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 5 p.z.p. nie można interpretować rozszerzająco i przypisywać im szerszego zakresu niż wynika to z ich brzmienia. Podstawą dla takiego zapatrywania jest sankcyjny charakter art. 226 ust. 1 pkt 14 p.z.p. Wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą skutkuje bowiem odrzuceniem oferty wykonawcy i pozbawieniem go szansy na uzyskanie zamówienia publicznego, co powoduje, że sankcje te są bardzo dotkliwe dla Wykonawcy i najdalej idące. Zatem nie ma jakichkolwiek podstaw wynikających z przepisów obowiązującego prawa, które uprawniałyby Zamawiającego do wymagania złożenia wadium o terminie ważności dłuższym niż termin związania ofertą. Sam Zamawiający w dokumencie SWZ również nie przewidział jakichś szczególnych regulacji, które

modyfikowałyby zasady wynikające z przytoczonych przepisów i obligowały do udzielenia wadium na okres dłuższy, niż termin związania ofertą. Zastosowanie znajdują zatem reguły ustawowe.

Odwołujący wskazał, że nawet, gdyby hipotetycznie uznać argumentację Zamawiającego za słuszną, czemu stanowczo zaprzeczam, to i tak w świetle brzmienia przepisów prawa oraz dokumentacji przetargowej przygotowanej przez Zamawiającego brak jest podstaw, aby nie uznać wadium złożonego za Odwołującego, jako złożonego wadliwie. To zamawiający kieruje przebiegiem postępowania i powinien mieć na uwadze konieczność dokonania wszystkich niezbędnych czynności w terminie związania ofertą, a nie przerzucać na wykonawcę ryzyko utrudnionego złożenia żądania zapłaty, w przypadku zajścia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium w ostatnich dniach terminu związania ofertą. Zamawiający jest profesjonalistą, ciąży zatem na nim rygor podwyższonej staranności w zakresie procedowania w taki sposób, aby nie doprowadzić do utraty możliwości zaspokojenia z wadium.

Zdaniem Odwołującego pobocznie dla oceny sprawy powołuję cel, który przyświecał ustawodawcy wprowadzenie przepisów prawa regulujących termin związania ofertą. Wadium ma zabezpieczać okres związania ofertą, a nie termin zawarcia umowy. Ustawa P.z.p. dopuszcza przecież sytuację, w której wykonawca wyrazi zgodę na zawarcie umowy po upływie terminu związania, nie mając przecież obowiązku wniesienia nowego wadium, a następnie tę zgodę cofnie. Wówczas zamawiający nie miałby możliwości zaspokojenia się z wadium, mimo uchylenia się przez wykonawcę od zawarcia umowy. Zamysłem ustawodawcy było zatem zdyscyplinowanie zamawiających do sprawnego prowadzenia postępowania nie wykraczającego poza ramy wyznaczonego terminu związania ofertą, w konsekwencji ustawodawca nie uznał za konieczne dodatkowej regulacji terminu wiązania wadium.

W ocenie Odwołującego, nie może pozostać bez komentarza fakt, że orzecznictwo, na które powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, zawiera tezy i rozstrzygnięcie na korzyść Odwołującego, a na niekorzyść powołanej przez niego argumentacji. Zamawiający skopiował z treści orzeczenia jedynie wyrwany z kontekstu fragment, który to wrywek być może poniekąd wpisuje się w linię obrony Zamawiającego, jednakże wnioski KIO były zupełnie odwrotne, niż stanowisko Zamawiającego. Przykładowo, w powołanym przez Zamawiającego postępowaniu przed KIO zakończonym orzeczeniem z dnia 02 czerwca 2022 r., sygn.: KIO 1292/22, osią sporu był fakt, że w gwarancja wadialna, będąca przedmiotem postępowania zawierała postanowienie: „Wypłata z tytułu niniejszej Gwarancji nastąpi, w terminie 14 dni roboczych (słownie: czternastu) od dnia doręczenia Gwarantowi w terminie ważności Gwarancji pierwszego pisemnego żądania zapłaty, określającego kwotę żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta (...)”, co de facto nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania. W konsekwencji zawarte w treści gwarancji wadialnej zastrzeżenie, że żądanie zapłaty musi być doręczone gwarantowi w terminie ważności gwarancji, stwarza ryzyko niemożliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego z tytułu zdarzeń, za które gwarant odpowiada. I z tego tylko powodu w ocenie Izby Przystępujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. Natomiast Izba w tym samym orzeczeniu wskazuje, że „Nie ulega wątpliwości, że okres ważności wadium musi odpowiadać terminowi związania ofertą i brak jest ustawowych podstaw do żądania wniesienia wadium na okres dłuższy. Stanowi o tym wprost przepis art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.”.

W ocenie Odwołującego, wniósł on wadium w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami prawa oraz dokumentacją przetargową, który umożliwia zaspokojenie roszczeń Zamawiającego z tytułu zdarzeń, które wystąpią w okresie ważności wadium.

W zakresie zarzutów 2) – 4), Odwołujący wskazał:

Rynkowość oferowanej ceny

W reakcji na złożoną przez Odwołującego ofertę, Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP w dniu 29.08.2023 r. wezwał Odwołującego do „udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w zakresie:

- 1.wykonania robót budowlanych w zakresie podstawowym wraz z dokumentacją projektową,
- 2.usunięcia istniejącej sztucznej nawierzchni,
- 3.wywiezienia i utylizacji sztucznej nawierzchni,
- 4.przygotowania, dostawy i uzupełnienia istniejącej podbudowy [...].”

W treści wezwania Zamawiający wskazywał, że zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, udzielonych w wyznaczonym terminie wynikało, że ze względu na charakterystyczne dla siebie cechy, o których szerzej poniżej, ma możliwość wykonania zamówienia za

oferowaną cenę.

Jako jedną z okoliczności Odwołujący wskazywał fakt posiadania na własność urządzenia do usuwania nawierzchni – maszyny Renomatic RM. Okoliczność ta powoduje, że Odwołujący oszczędza koszty związane z najmem maszyny i operatora, plasujące się na poziomie około 135.000,00 zł netto. Dowód w postaci faktury VAT za zakup maszyny oraz sama okoliczność jej posiadania zostały opisane w złożonych wyjaśnieniach. Poza fakturą VAT Odwołujący wraz z treścią wyjaśnień przedłożył kosztorys oraz oferty na:

1. dostawę materiałów niezbędnych do wykonania nawierzchni ze sztucznej trawy:

a. sztuczna trawa Stemgrass 50X-B1 EPDM

b. taśma do łączenia

c. klej PU do łączenia brytów sztucznej trawy

2. dostawę EPDM.

Odnosząc się do treści „Informacji o kwalifikacji do negocjacji” wskazać należy, że nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Zamawiającego, wedle którego złożone przez Odwołującego „oferty nie mają odzwierciedlenia w kosztorysie przedstawionym przez Torakol Sp. z o.o.”.

Zdaniem Odwołującego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego powyższe ceny mają przełożenie na ceny przedstawione w kosztorysie, z tym zastrzeżeniem, że ceny przedstawione w kosztorysie są z oczywistych względów wyższe – zawierają dodatkowe czynniki cenotwórcze takie jak marża, czy koszty użycia maszyn. Oczywistym jest, że ceny przedstawiane przez oferentów w kosztorysach są wyższe od cen oferowanych wykonawcom przez ich kontrahentów, czego Zamawiający jako profesjonalista ma na pewno świadomość. Istotnym dowodem uzasadniającym zaoferowaną cenę jest przedłożona umowa o współpracy. Z przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień wynika, że podlegającą utylizacji nawierzchnię ma zamiar przekazać firmie zajmującej się ponownym montażem wcześniej zakupionych od innych przedsiębiorców nawierzchni. Takie działanie powoduje znaczne obniżenie kosztów realizacji zamówienia, a jednocześnie jest zgodne z przepisami prawa (art. 17 ust. 1 Ustawy o odpadach), które preferują ponowne wykorzystanie odpadów. Według posiadanych przez Odwołującego informacji koszty utylizacji innymi sposobami niż zaproponowany przez Odwołującego, w zależności od przyjętego sposobu, mogą sięgać od 30.000,00 zł do nawet 150.000,00 zł netto. Tymczasem z przedłożonej przez Wykonawcę umowy wynika jednoznacznie, że zaproponowana cena utylizacji ma pokrycie w realiach rynkowych, kontrahent bowiem zgodził się odkupić i przeznaczyć do ponownego montażu nawierzchnię za kwotę wskazaną w treści umowy o współpracy. Jednocześnie zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie pozwala na osiągnięcie celów zamówienia jakim jest usunięcie starej nawierzchni i poddanie jej utylizacji. Kolejną okolicznością podniesioną przez Odwołującego powodującą obniżenie kosztów realizacji zamówienia jest zaoferowanie systemu nawierzchni niewymagającego zastosowania maty tzw. shockpad. Sam zakup tego rodzaju maty to koszt rzędu ok. 185.000,00 zł netto, do którego należałoby oczywiście doliczyć koszty pośrednie takie jak robocizna czy marża wykonawcy.

Powyższe okoliczności i znalezione przez Odwołującego znaczne oszczędności powodują, że zaoferowana cena stanowi dla Wykonawcy realny koszt wykonania zamówienia oraz przewiduje dla niego zysk z tego tytułu. W opinii odwołującego, popartej wieloletnim doświadczeniem w realizacji inwestycji dotyczących obiektów sportowych realizacja zamówienia za zaoferowaną cenę jest w pełni możliwa.

Odwołujący wskazał, że mimo udzielenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów potwierdzających przyjęte koszty, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Podstawą tego działania był m.in. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP. O czynności Odwołujący został poinformowany poprzez „Informację o kwalifikacji do negocjacji” z 8.09.2023 r. Jednocześnie z treści tego dokumentu wyprowadzić można wniosek, że kluczowe dla Zamawiającego były zagadnienia dotyczące ceny pozycji: usunięcia istniejącej sztucznej nawierzchni oraz wywiezienia i utylizacji sztucznej nawierzchni – te wątki zostały oznaczone podkreśleniem i to na tych pozycjach cenotwórczych Zamawiający skupił się w swoich wyjaśnieniach.

W ocenie Odwołującego, uznać należy za błędną dokonaną przez Zamawiającego interpretację wyjaśnień Torakol Sp. z o.o. – dokonaną jak się zdaje w oderwaniu od przedstawionej umowy – sprowadzającą się do stwierdzenia, że Odwołujący „ma jedynie możliwość znalezienia nabywcy na zdemontowaną nawierzchnię w celu jej ponownego montażu”. Bezpodstawne jest również twierdzenie Zamawiającego, że „z przedstawionej przez Wykonawcę Torakol Sp. z o.o. umowy o współpracy wynika jedynie ewentualne zobowiązanie po stronie Wykonawcy Torakol Sp. z o.o. do sprzedaży usuniętej nawierzchni” oraz, że „Wykonawca Torakol Sp. z o.o. (lub jego kontrahent z ww. umowy) dopiero będzie poszukiwał podmiotu, który zgodziłby się na ponowny montaż takiej nawierzchni”.

Z przedstawionej treści umowy o współpracy wynika natomiast jednoznacznie, że:

1. „W przypadku wybrania jako najkorzystniejszej oferty firmy TORAKOL Sp. z o.o. i w konsekwencji podpisania umowy w powyższym postępowaniu z inwestorem, TORAKOL Sp. z o.o. zobowiązuje się do sprzedaży firmie [...] usuniętej nawierzchni boiska znajdującej się na obiekcie sportowym przy ul. Małachowskiego 5 w Łodzi.” (§ 1 ust. 2 umowy o współpracy).

2. „W przypadku wybrania jako najkorzystniejszej oferty firmy TORAKOL Sp. z o.o. i podpisania umowy przez TORAKOL Sp. z o.o. z Inwestorem w powyższym postępowaniu, [...] zobowiązuje się do odbioru z miejsca demontażu oraz nabycia zdemontowanej nawierzchni (trawa syntetyczna + zasyp) za kwotę 6.150,00 zł brutto.” (§ 1 ust. 3 umowy o współpracy).

3. „Terminy oraz szczegółowe postanowienia dotyczące odbioru nawierzchni oraz jej ponownego montażu we wskazanym miejscu, zostaną określone w osobnym zleceniu [...]” (§ 1 ust. 4 umowy o współpracy).

Tym samym, w świetle zawartej umowy Odwołujący zobowiązany jest do sprzedaży usuniętej nawierzchni, która to nawierzchnia zostanie ponownie zamontowana przez kontrahenta Odwołującego (§ 1 ust. 4 Umowy). Umowa nie stanowi o „możliwości” lub „ewentualnej” odsprzedaży ale nakłada na strony obowiązek zawarcia umowy, której efektem będzie zutilizowanie nawierzchni.

Odwołujący wskazał, że wobec przedstawionych dowodów i złożonych wyjaśnień, za rażąco niskie nie można uznać tak cen jednostkowych jak i zaferowanej ceny ogółem. Zaproponowane ceny jednostkowe uwzględniają marżę Odwołującego, cała cena natomiast uwzględnia koszty pośrednie i zysk wykonawcy, co wynika z przedstawionego Zamawiającemu kosztorysu. Warto w tym miejscu wskazać, że badanie cen jednostkowych powinno dotyczyć wartości, które stanowią samodzielną podstawę rozliczania wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów składających się na zamówienie (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 224). Zamawiający przewidział tymczasem wynagrodzenie ryczałtowe, które rozliczane ma być w zależności od przerobu. Przyjęte poszczególne ceny jednostkowe nie stanowią podstawy do ustalenia zasad lub wysokości rozliczeń.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wystosowane przez Zamawiającego wezwanie miało charakter niezwykle ogólny – Zamawiający wskazał na potrzebę wyjaśnienia niemal wszystkich elementów cenotwórczych, przy czym wskazanie w punktach 5, 6, 8 - 11 jest powtórzeniem treści ustawy (art. 224 ust. 3 pkt 1, 2, 4-7 PZP). Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby „Zamawiający w treści skierowanego do tego Wykonawcy wezwania wskazał kwestie dotycząc treści oferty, kalkulacji oferty jak i aspektów związanych z ceną oferty i jej istotnymi elementami składowymi, których wartości w sposób istotny wydawały się rażąco niskie i budziły uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego”. W treści wezwania brak jest takiego uszczegółowienia. W doktrynie podnosi się natomiast, że „konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie powinien oczekiwać od wykonawcy, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo spodziewać się, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną.” (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 224.).

Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO. Tak m.in. wyrok KIO z 30.01.2020 r., sygn. akt KIO 82/20, analogicznie wyrok z 10.07.2013 r., sygn. akt KIO 1498/13. Tym samym, w ocenie Odwołującego, przy uznaniu, co budzi uzasadnione wątpliwości Odwołującego, że Zamawiający był uprawniony do wezwania Odwołującego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, złożone wyjaśnienia i przedstawione dowody powinny zostać uznane za wystarczające. Już same opisane wyżej oszczędności pozwalają na obniżenie ceny realizacji o kilkaset tysięcy złotych netto, przy czym – jak wskazywał Odwołujący w treści wyjaśnień – dzięki wieloletniemu doświadczeniu i wypracowaniu zoptymalizowanych procedur Odwołujący jest w stanie zaproponować cenę wskazaną w ofercie.

Bezpodstawność wezwania do udzielenia wyjaśnień

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w przypadkach, „gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest o co najmniej 30% niższa 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 [...] chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”.

Odwołujący zauważył, że ustalona przez Zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia na poziomie 3.268.036,20 zł

jest o 686.266,20 zł wyższa od najdroższej oferty złożonej w odpowiedzi na zamówienie oraz o 1.043.679,60 zł droższa od oferty drugiej w kolejności pod względem ceny. Powoduje to, że nie tylko oferta Odwołującego, ale także druga w kolejności pod względem ceny oferta (pochodząca od INTERHALL Sp. z o.o.) jest o ponad 30% niższa od określonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Stwierdzić na tej podstawie można, że Zamawiający przeszacował wartość zamówienia. Taka okoliczność jest natomiast wskazywana w doktrynie jako uzasadniająca odstąpienie od badania rażąco niskiej ceny (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 224.). Przeszacowanie kosztów realizacji zamówienia stanowi więc „okoliczność oczywistą, nie wymagającą wyjaśnienia”. Jednocześnie, uwadze nie może umknąć, że Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.833.000,00 zł brutto.

Odstąpienie od badania ceny było uzasadnione szczególnie wobec okoliczności przytoczonej poniżej. Odwołujący wskazał, że porównując cenę zaoferowaną przez Odwołującego ze średnią ceną oferowaną w postępowaniu (na podstawie średniej arytmetycznej wszystkich ofert) stwierdzić trzeba, że cena Odwołującego stanowi 76,90% średniej ceny. Tym samym nie jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 1 i 10 PZP. Mimo, iż w ocenie Odwołującego brak było podstaw do wezwania go do złożenia wyjaśnień, wskazać należy raz jeszcze, że w świetle przytoczonych okoliczności zaproponowana cena nie może być uznana za rażąco niską. Jak wskazuje KIO: „Za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się taką, która zawiera cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Co istotne, o tym, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, tj. każdorazowe odniesienie danej ceny do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju zamówienia. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.” (wyrok KIO z 25.06.2021 r., sygn. akt KIO 1257/21). Przedstawione indywidualne właściwości Odwołującego wskazują natomiast, że realizacja zamówienia za zaoferowaną cenę jest możliwa.

Tym samym, w ocenie Odwołującego brak było podstaw do odrzucenia przez Zamawiającego oferty z uwagi na jej rażąco niską cenę. Za rażąco niskie nie można uznać także cen jednostkowych. Działanie Zamawiającego stanowiło tym samym naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu nr 5), tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że do realizacji zamówienia Odwołujący zamierzał użyć nawierzchni z trawy syntetycznej tuftowanej – CCGrass Stemgrass 50X-B1 EPDM. Zgodnie z wymogiem określonym w pkt 7.1. zaktualizowanego SWZ Odwołujący przedstawił wraz z ofertą wymagane dokumenty dotyczące systemu nawierzchni z trawy syntetycznej tuftowanej. W skład wskazanych dokumentów wchodziły m.in. Raport badania laboratoryjnego FIFA, Raport badań na zgodność z normą BS EN 15330-1:2013 oraz karta techniczna produktu CCGrass Stemgrass 50X-B1 EPDM. Dowody: raport badania laboratoryjnego FIFA, raport badań na zgodność z normą BS EN 15330-1:2013, karta techniczna produktu. Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacją o kwalifikacji do negocjacji z 08.09.2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia ze względu na niespełnienie oceny fizycznej. Zamawiający przeprowadził dwie próby fizyczne – 16 i 25 sierpnia 2023 r. Po przeprowadzeniu pierwszej próby fizycznej Zamawiający poddał w wątpliwość spełnienie przez oferowaną nawierzchnię parametrów dotyczących 1) wysokości włókien, 6) wytrzymałości trawy na wyrywanie (próba ręczna). Po przeprowadzeniu drugiej próby fizycznej Zamawiający stwierdził, iż nawierzchnia nie przeszła 1) próby ścierania podkładu, 2) badania struktury maty podkładowej oraz 3) badania porównawczego próbki z próbką porównawczą. Na tej podstawie Zamawiający stwierdził, że nawierzchnia nie spełnia warunków zamówienia i odrzucił ofertę. Zamawiający nie dołączył do informacji wyników przeprowadzonych badań, ani choćby informacji na temat tego jakie pomiary zostały zaobserwowane w próbkach Odwołującego. Dowód: informacja o kwalifikacji do negocjacji z 08.09.2023 r.

Parametry nawierzchni trawy tuftowanej w wariantcie zaproponowanym przez Odwołującego zostały określone w dokumencie Zamawiającego „Odpowiedzi_na_pytania_8_12_03-08-2023” z 08.08.2023 r. W odpowiedzi na pytanie nr 11 (s. 7-9) Zamawiający wskazał, iż dopuszcza propozycję I i propozycję II. Zgodnie z tabelą dotyczącą parametrów propozycji II trawy tuftowanej (wariant trawy wybrany przez Odwołującego) wysokość włókna winna wynieść 50 mm. Tymczasem zgodnie z informacją zamieszczoną w Karcie Technicznej oraz Raporcie badań laboratoryjnych (s.11) wysokość włókna wynosi dokładnie 50mm. Spełnia zatem parametr zaakceptowany przez Zamawiającego. Podobnie

zgodnie z tabelą parametrów propozycji II trawy tuftowanej siła zrywna pęczka winna wynosić min 100 N. Tymczasem zgodnie z informacją zamieszczoną w Raporcie badań laboratoryjnych (s. 11) wyrywność pęczka wynosi 107 N. Spełnia zatem parametr zaakceptowany przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający bezzasadnie zatem przyjął, że nawierzchnia oferowana przez Odwołującego w zakresie długości włókien oraz wytrzymałości wyrywności pęczka nie spełnia wymagań zamówienia określonych w wyjaśnieniach Zamawiającego - „Odpowiedzi_na_pytania_8_12_03-08-2023” z 08.08.2023 r., a przez to nie spełnia warunków zamówienia określonych w SWZ.

Odnosząc się natomiast do odrzucenia oferty ze względu na negatywną próbę w zakresie ścierania podkładu, badania struktury maty podkładowej oraz badania porównawczego próbki oferowanej nawierzchni z próbką porównawczą należy wskazać, że ani w SWZ, ani w OPZ, ani w wyjaśnieniach Zamawiającego nie wskazano jakichkolwiek kryteriów, które pozwalałyby na weryfikację nawierzchni w tym zakresie. Uznanie, że nawierzchnia oferowana przez Odwołującego nie spełnia kryteriów wymyślonych przez Zamawiającego na etapie sprawdzania próbek, nie może być traktowane jako niezgodność produktu z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutu nr 6), tj. naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 106 ust. 1 i 3 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 P.z.p.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niespełniającą warunków zamówienia m.in. ze względu na negatywnie ocenioną próbę ścierania podkładu, badania struktury maty podkładowej oraz badania porównawczego. Warunki zamówienia nie przewidują żadnych norm czy kryteriów, które pozwalałyby na ocenę próbki pod względem ww. kryteriów, norm, parametrów. Dokonując oceny właściwości nawierzchni pod względem kryteriów niewskazanych w dokumentacji przetargowej Zamawiający przekroczył swoje kompetencje. Takie działanie wskazuje na prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w pkt 7.1.7. zaktualizowanego SWZ przewidział obowiązek złożenia próbki oferowanej sztucznej trawy, w celu fizykalnego badania parametrów. Próbka nawierzchni, jako rodzaj przedmiotowego środka dowodowego ma potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający nie określił konkretnych wymagań w zakresie ścieralności podkładu oraz badania struktury maty podkładowej, a także nie wskazał warunku pozwalającego odrzucić ofertę wykonawcy, którego próbka będzie najbardziej zbliżona do próbki porównawczej, przedmiotowy środek dowodowy nie może zostać użyty do ich potwierdzenia lub odrzucenia.

Odwołujący wskazał, że w pierwszej kolejności Zamawiający powinien określić konkretne wymagania, jakie ma spełniać przedmiot dostawy, usługi czy robót budowlanych, a następnie, jeżeli uzna to za niezbędne dla przeprowadzenia postępowania - żądać złożenia dokumentów, które potwierdzają te wymagania. Ocena dokumentów przedmiotowych pod względem wymagań, które nie zostały przedstawione w SWZ jest działaniem nieskutecznym pozbawionym podstawy faktycznej i prawnej.

W zakresie zarzutu nr 7), tj. naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 P.z.p.

Odwołujący wskazał, że z informacji o kwalifikacji do negocjacji z 08.09.2023 r. wynika, że próbka trawy została poddana dwukrotnie badaniu fizykalnemu. Badania przeprowadzał zespół złożony z 5 osób. W informacji nie wskazano, kto wchodził w skład zespołu, ani czy osoby te posiadają jakiegokolwiek kompetencje do przeprowadzenia badań. Informacja nie zawiera także wyników badań przeprowadzonych prób. O terminach i miejscu przeprowadzenia badań Odwołujący nie został nigdy poinformowany. Odwołujący zwrócił się o udostępnienie protokołu z postępowania, a także protokołu z przeprowadzonych prób, niemniej do czasu upływu terminu na złożenie odwołania, nie otrzymał odpowiedzi od Zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wymiana nawierzchni treningowej boiska piłkarskiego na terenie obiektu sportowego przy ul. Małachowskiego 5 w Łodzi (dalej „Postępowanie”).

W Rozdziale 5 – Opis przedmiotu zamówienia – Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie wymiany nawierzchni na boisku nr 3 ze sztuczną nawierzchnią na terenie obiektu sportowego przy ul. Małachowskiego 5 w Łodzi zgodnie z Programem Funkcyjno – Użytkowym. Zgodnie z art. 441 ustawy Pzp Zamawiający przewiduje skorzystanie z prawa opcji. Informacje dotyczące zastosowania prawa opcji znajduje się w pkt. 36 ust. 2 niniejszego SWZ. Zakres zamówienia obejmuje m. in.:

1) dla zakresu podstawowego :

- wykonanie dokumentacji projektowej, która powinna zawierać szczegółowe rysunki techniczne z wymiarami boiska, liniami i strefami oraz opisem robót — zgodnie z obowiązującymi normami, przepisami prawa, w tym zgodnie z

zapisami podręcznika licencyjnego Polskiego Związku Piłki Nożnej (PZPN) dla klubów IV lig w terminie 2 tygodni od zawarcia umowy,

- opracowanie planu prowadzenia prac (harmonogramu) na czynnym obiekcie (roboty będą prowadzone w przerwie rozgrywek i treningów) w terminie 5 dni od zawarcia umowy, dostarczenie i ułożenie sztucznej murawy sportowej (wraz z zasypem) o powierzchni 7420 m², przeznaczonej do rozgrywek bezpośrednio po jej ułożeniu, wykonanie wszystkich linii i stref dla boiska piłkarskiego w kolorze białym oraz wyznaczenie dwóch boisk poprzecznych z liniami w kolorze żółtym, wykonanie operatu geodezyjnego potwierdzającego zgodność geometrii boiska z projektem murawy, wykonanie tablicy informacyjnej, uzyskanie Certyfikatu FIFA Quality dla boiska piłkarskiego ze sztucznej trawy;

2) dla prawa opcji:

- usunięcie istniejącej sztucznej nawierzchni,
- wywiezienie i utylizacja sztucznej nawierzchni,
- przygotowanie, dostawa i uzupełnienie istniejącej podbudowy, - dostarczenie i ułożenie maty elastycznej tzw. Shockpad,
- wykonanie umocnienia skarpy według odrębnego opracowania.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w Załączniku Nr 1 do SWZ oraz w programie funkcjonalno-użytkowym i dokumentacji projektowej dot. umocnienia skarpy.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VII – Informacja o przedmiotowych środkach dowodowych – Zamawiający wskazał:

7.1 Wymagane dokumenty dotyczące przedmiotu systemu nawierzchni z trawy syntetycznej, które należy dołączyć do oferty przetargowej, celem potwierdzenia spełniania minimalnych wymagań Zamawiającego:

1. Raport z badań laboratoryjnych potwierdzających spełnienie wymogów FIFA Quality Programme for Football Turf dotyczący oferowanego systemu nawierzchni syntetycznej (mata elastyczna (jeśli dotyczy) + sztuczna trawa + wypełnienie granulat EPDM z recyklingu) wykonanych przez akredytowane przez FIFA laboratorium (np. Labosport, ISA Sport, Sportlabs) potwierdzające jakość produktu na najwyższym poziomie FIFA Quality — edycja 2015 (dostępny na www.FIFA.com) wraz z potwierdzeniem wszystkich wymaganych parametrów technicznych.
2. Raport z badań laboratoryjnych przeprowadzony przez certyfikowane laboratorium dla systemu sztucznej trawy (mata elastyczna (jeśli dotyczy) + sztuczna trawa + wypełnienie granulat EPDM z recyklingu/techniczny) potwierdzający zgodność z normą PN-EN 15330-1:2013 lub deklaracja zgodności.
3. Sprawozdanie z badań reakcji na ogień potwierdzające, że oferowany system nawierzchni syntetycznej (sztuczna trawa + wypełnienie granulat EPDM z recyklingu/techniczny) spełnia wymagania normy PN-EN 13501-1:2018 dla materiałów podłogowych klasy min. Cfl-s1 jako materiał trudno zapalny.
4. Dokument potwierdzający posiadanie przez producenta statusu FIFA PREFERRED PRODUCER (FPP) lub FI LICENCEE PRODUCER (FLP).
5. Karty techniczne potwierdzone przez producenta dla oferowanych składników systemu nawierzchni syntetycznej tj.: maty elastycznej (jeśli dotyczy), trawy syntetycznej oraz wypełnienia (granulat gumowy EPDM z recyklingu/techniczny).
6. Autoryzacja producenta trawy syntetycznej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię.
7. Wykonawca złoży próbkę oferowanej sztucznej trawy (próbka o min. wymiarach 30 x 20 cm +1- 10%), w celu fizykalnego badania parametrów technicznych oferowanej trawy. Próbkę sztucznej trawy należy umieścić w zamkniętym opakowaniu — pudełku, uniemożliwiającym dostęp do zawartości bez uszkodzenia tego opakowania. Opakowanie winno być opisane:

Izba ustaliła, że w Rozdziale 19 SWZ, Zamawiający opisał wymagania dotyczące wadium. Zamawiający wskazał m.in.

19.2. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp.

19.3. Zgodnie z art. 97 ust. 7 P.z.p. wadium może być wnoszone według wyboru Wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

1) Pieniądzu,

- 2)Gwarancjach bankowych,
- 3)Gwarancjach ubezpieczeniowych,
- 4)Poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

W pkt 19.6. lit. a) - f) SWZ Zamawiający opisał wymagania co do wadium wnoszonego w formie poręczeń lub gwarancji:

- a)musi obejmować odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez wykonawcę określone w ustawie P.z.p., bez potwierdzania tych okoliczności,
- b)z jej treści powinno jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta do zapłaty całej kwoty wadium,
- c)powinno być nieodwołalne i bezwarunkowe oraz płatne na pierwsze żądanie,
- d)termin obowiązywania poręczenia lub gwarancji nie może być krótszy niż termin związania ofertą (z zastrzeżeniem, iż pierwszym dniem związania ofertą jest dzień składania ofert),
- e)w treści poręczenia lub gwarancji powinna się znaleźć nazwa postępowania,
- f)beneficjentem poręczenia lub gwarancji jest Miasto Łódź – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Łodzi.

Zamawiający przewidział w SWZ, że oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie w sposób nieprawidłowy lub nie utrzyma wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złoży wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 P.z.p. zostanie odrzucona (pkt 19.8. SWZ).

Izba ustaliła, że w Rozdziale 24 SWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

1Cena ryczałtowa brutto w PLN (C) - 60 punktów

2Okres realizacji zadania (R) - 20 punktów

3Termin gwarancji rękopis na wykonane roboty budowlane (G) - 20 punktów

Łącznie - 100%/100 punktów

Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska największą liczbę punktów ze wszystkich kryteriów. Uzyskana liczba punktów w ramach kryterium zaokrąglona będzie do drugiego miejsca po przecinku. Jeżeli trzecia cyfra po przecinku (i/lub następne) jest mniejsza od 5 wynik zostanie zaokrąglony w dół, a jeżeli cyfra jest równa lub większa od 5 wynik zostanie zaokrąglony w górę.

Izba ustaliła, że Załącznik nr 2 do SWZ stanowił Formularz oferty. Wykonawca był zobowiązany do wyceny m.in. następujących pozycji:

II.1	Usunięcie istniejącej sztucznej nawierzchni	
II.2	Wywiezienie i utylizacja sztucznej nawierzchni	
II.3	Przygotowanie, dostawa i uzupełnienie istniejących podbudowy	
II.4	Wykonanie umocnienia skarp	
II.5	Razemsuma wiersz 1 1 .1 do 11.5	

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Numer Oferty	Nazwa i adres wykonawcy	Cena oferty - zakres podstawowy brutto 1PLN)	Cena oferty - prawo opcji brutto 1PLN)	Cena ofert - łącznie brutto (PLN)
1	TORAKOL sp. z o.o.	1 514 991,00	140 269,20	1 655 260,20
2	INTERHALL Sp. z o.o.	1 736 760,00	487 596,60	2 224 356,60
3	Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I.S.	1 814 250,00	767 520,00	2 581 770,00

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu. Wraz z ofertą Odwołujący złożył „Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium” z dnia 8 sierpnia 2023 r. Poręczenie zostało udzielone do dnia 17 września 2023 r. Izba ustaliła, że w §5 poręczenia zostało wprowadzone następujące postanowienie: „Poręczenie udzielone na podstawie niniejszej umowy wygasa w przypadku upływu terminu ważności poręczenia, wykonania przez Zobowiązanego zobowiązania stanowiącego przedmiot poręczenia, zwolnienia Poręczyciela przez Zamawiającego ze zobowiązań

stanowiących przedmiot poręczenia, wykonania przez Poręczyciela zobowiązania wynikającego z poręczenia, nie przystąpienia Zobowiązanego do postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia, nie wybrania oferty Zobowiązanego w przypadku ostatecznego zakończenia postępowania o zamówienie i/lub wycofania oferty przez Zobowiązanego przed upływem terminu składania ofert, a także jeśli przed upływem terminu na jaki zostało udzielone Zamawiający nie zażąda od Poręczyciela zapłaty należnej kwoty."

Izba ustaliła, że w dniu 30 sierpnia 2023 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, tj. do dnia 07.10.2023 r., informując jednocześnie, że przedłużenie terminu związania ofertą, dopuszczalne jest tylko wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Izba ustaliła, że w dniu 6 września 2023 r. Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z okresem ważności wadium o 30 dni, tj. do dnia 07.10.2023 r., jednocześnie przedkładając Zamawiającemu dokument, tj. „Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium” z dnia 05.09.2023 r. W treści poręczenia zostało powtórzone oświadczenia zawarte w powrotnym dokumencie, wskazane powyżej przez Izbę.

Izba ustaliła, że Odwołujący wskazał w swojej ofercie, że za usunięcie istniejącej sztucznej nawierzchni proponuje kwotę 9.126,60 zł brutto, a za wywiezienie i jej utylizację kwotę 9.126,60 zł brutto.

Izba ustaliła, że działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, pismem z dnia 29 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia ceny oferty, a w szczególności: 1) wykonania robót budowlanych w zakresie podstawowym wraz z dokumentacją projektową 2) usunięcia istniejącej sztucznej nawierzchni, 3) wywiezienia i utylizacji sztucznej nawierzchni, 4) przygotowania, dostawy i uzupełnienia istniejącej podbudowy, 5) zarządzania procesem świadczonych robót, 6) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków robót, 7) zastosowanych materiałów, pracy sprzętu i transportu technologicznego oferowanych przez wykonawcę, 8) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, 9) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, 10) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, 11) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Pismem z dnia 1 września 2023 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienia ceny oferty. Treść wyjaśnień została zastrzeżona jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 września 2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując jako podstawę prawną art. 97 ust. 6, art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) oraz 14) ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie przedstawił szerokie uzasadnienia faktyczne odrzucenia oferty.

Izba ustaliła na podstawie dowodów złożonych przez Zamawiającego, że następujące ceny za utylizację nawierzchni trawiastej są oferowane na rynku:

- 1.korespondencja e - mail z dnia 27 listopada 2022 r., w której spółka działająca pod firmą EPUFLOOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wskazała, że koszt utylizacji nawierzchni trawiastej boiska treningowego przy ul. Małachowskiego 5 wynosi 99 zł netto/m²;
- 2.korespondencja e - mail z dnia 30 maja 2023 r., w której wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Gretasport” I.S. wskazała cenę za demontaż i utylizację nawierzchni ze sztucznej trawy na poziomie 40 zł netto/m²;
- 3.korespondencja e - mail z dnia 13 - 14 czerwca 2023 r., w której wykonawca będący spółką działającą pod firmą Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. wskazał cenę za utylizację nawierzchni ze sztucznej trawy na poziomie 28,89 zł netto/m²;
- 4.korespondencja e - mail z dnia 25 maja 2023 r., w której wykonawca spółka działająca pod firmą INTERHALL Spa z o.o. wskazała cenę za utylizację nawierzchni ze sztucznej trawy na poziomie 30,00 zł netto/m².

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Natomiast, zdaniem Izby, Odwołujący zasadnie wykazał, że nie było przesłanek do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zasadność jednak tych zarzutów pozostaje bez wpływu na wynik postępowania z uwagi na zasadne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co w konsekwencji skutkowało

oddaleniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14) Pzp

W ocenie Izby zarzut okazał się zasadny, jednakże jego zasadność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeśli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii wniesienia wadium przez Odwołującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że kwestią sporną pomiędzy stronami było istocie to czy Zamawiający będzie miał możliwości skorzystania z uprawnień przysługujących mu ze złożonego przez wykonawcę poręczenia. W tym zakresie, Izba wskazuje po pierwsze, że złożone przez Odwołującego wadium obejmuje okres związania ofertą. Jak wynika z okoliczności faktycznych ustalonych w sprawie, Zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2023 r. wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 30 dni, tj. do dnia 07.10.2023 r., informując jednocześnie, że przedłużenie terminu związania ofertą, dopuszczalne jest tylko wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Nie było sporne również w sprawie to, że w dniu 5 września 2023 r. Poręczyciel POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. z siedzibą w Szczecinie udzielił solidarnego poręczenia na okres do dnia 07.10.2023 r. (par. 3 ust. 3 umowy poręczenia), a więc poręczyciel objął zakresem poręczenia okres równy okresowi związania ofertą. Po drugie, Izba wskazuje, że w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał m.in.: „tak złożone poręczenie nie daje Zamawiającemu pewności zaspokojenia jego roszczeń z tytułu zdarzeń, które wystąpią w okresie ważności wadium – a tym samym nie spełnia funkcji wadium wskazanych w art. 98 ust. 6 PZP” oraz (...) „złożenie wadium, którego termin ważności upływa w dniu związania ważnością oferty uniemożliwia realizację funkcji zabezpieczającej, ponieważ jeśli wykonawca zwleka z zawarciem umowy do ostatniego dnia związania ofertą i ostatecznie umowy nie zawiera, roszczenia zamawiającego z tego tytułu powstają dopiero od następnego dnia, kiedy wadium już straciło swoją ważność”. W istocie więc podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było uznanie przez Zamawiającego, że jego interesy są nienależycie zabezpieczone z uwagi na to, że termin ważności poręczenia upływa w dniu związania ważnością oferty. Zatem problem poruszony w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty dotyczy możliwości wystąpienia do poręczyciela z roszczeniem w przypadku wystąpienia przesłanek zatrzymania wadium oraz procedury wystąpienia z tym roszczeniem, tj. koniecznością pisemnego zgłoszenia roszczenia w terminie związania ofertą. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że kwestia procedury wystąpienia do poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium nie została uregulowana w przepisach ustawy Pzp. Przepisy ustawy nie rozróżniają także terminu związania ofertą od terminu wystąpienia do poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium. Art. 97 ust. 5 ustawy Pzp stanowi jedynie, że wadium utrzymuje się nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą (z zastrzeżeniem wyjątków). Przepis ten nakłada zatem na wykonawców obowiązek wniesienia wadium na cały okres związania ofertą. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują natomiast żadnych obowiązków w kontekście procedury wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium. Stąd też w sytuacji, gdy poręczyciel - jak w niniejszym przypadku - zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty poręczenia, co do zasady nie ma podstaw prawnych do kwestionowania postanowień poręczenia dotyczących wystąpienia z roszczeniem przez zamawiającego. Dodatkowo należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w Rozdziale 19 wskazał wyłącznie, że wadium wniesione w formie poręczenia nie może być krótszy niż termin związania ofertą oraz, że wykonawca jest zobowiązany do utrzymywania ważności wadium nieprzerwalnie do dnia upływu terminu związania ofertą.

Powyższe okoliczności, zdaniem Izby, przesądzają o tym, że poręczenie złożona przez Odwołującego jest prawidłowe. W tym miejscu należy wskazać na wyrok Sądu Okręgowego o sygn. akt: XXIII Zs 81/22, w którym Sąd stwierdził: „Trzeba mieć na uwadze, że art. 97 ust. 5 Pzp wyraźnie stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2. W żadnym z przepisów prawa, przy tak jasnej deklaracji co do terminu, nie pojawia się natomiast kwestia wydłużenia tego terminu, aby dać zamawiającemu możliwość skutecznego skorzystania z zabezpieczenia. Dodatkowo, aktualnie obowiązująca ustawa Pzp wymaga, aby Zamawiający, określając termin związania ofertą w postępowaniu, wskazał konkretną datę (art. 220 ust. 2 Pzp), co daje pewność w zakresie okresu związania ofertą oraz odnośnie okresu, na jaki musi być ustanowione wadium. Ponadto z art. 98 ust. 1 Pzp wynika też obowiązek zwrotu wadium powstaje niezwłocznie z dniem upływu terminu związania ofertą, a Zamawiający musi dokonać czynności zwrotu w czasie nie dłuższym niż 7 dni. Zamawiający nie ustanowił dodatkowych wymagań, co więcej stanął na stanowisku, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, wybierając przy tym ofertę wykonawcy (...). Zamawiający wskazał wykonawcom w specyfikacji warunków zamówienia jednoznacznie, że wystarczający jest dla

niego termin obowiązywania gwarancji równy terminowi związania ofertą, zatem gwarancja określająca taki termin zgłaszania roszczeń nie jest niezgodna z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia SWZ, czy wymaganiami ustawowymi, a więc nie może zostać uznana za nieprawidłową. Sąd Okręgowy podziela też pogląd, że Wykonawcy nie mogą być zaskakiwani po złożeniu ofert oczekiwaniami co do dokumentu wadium, które nie zostały wyrażone a priori ani w specyfikacji warunków zamówienia SWZ, ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, ani w przepisach regulujących poszczególne instytucje np. w przepisach Kodeksu cywilnego, prawa bankowego czy prawa ubezpieczeniowego, ani nawet w jednoznacznych poglądach orzecznictwa czy jednolitej praktyce - i to w sytuacji, gdy przedmiotowego dokumentu nie można ani poprawić, ani uzupełnić. Tym bardziej w sytuacji, w której dany zamawiający nie uregulował konkretnych kwestii z zakresu wadium w specyfikacji warunków zamówienia zabezpieczając w ten sposób swoje interesy w sposób szerszy lub bardziej odpowiedni, która to sytuacja również nie zasługuje na poddawanie szczególnej ochronie, wyższej niż wynikająca z założeń ustawowych. Należy w takim wypadku założyć, że istniejące regulacje są dla zamawiającego satysfakcjonujące. A tym samym trudno zarzucać wykonawcy wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, tj. nienależycie zabezpieczający interesy zamawiającego, których nie zabezpieczył sam zainteresowany (tak też orzekła KIO w wyroku z dnia 15 października 2021 r., sygn. akt 2806/21, czy też w wyroku KIO z dnia 28 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3617/21). Warto podkreślić, że w orzecznictwie, a za nim i w piśmiennictwie, wielokrotnie wskazywano na zasadę ochrony wykonawcy przez postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, tzn. jeśli wykonawca postąpił zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia, nie może to być poczytywane na jego niekorzyść, nawet jeśli postanowienia te zawierały pewne wady lub luki. Wynika to wprost z realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości postępowania, które wymagają, aby zamawiający wszystkie istotne dla siebie wymagania, które mają spełnić wykonawcy, opisał a priori w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia, a następnie się tych wymagań przestrzegał."

W konsekwencji, wobec poczynionych ustaleń, w tym treści art. 97 ust. 5 ustawy Pzp i treści SWZ, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do uznania poręczenia złożonego przez Odwołującego za wadliwe, co oznacza, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Niemniej jednak, jak Izba wskazała powyżej, zasadność tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wyniki postępowania, bowiem oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt Pzp

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie w/w przepisów ustawy Pzp.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Należy wskazać, że pojęcie „istotności” części składowej ceny lub kosztu należy interpretować poprzez odniesienie się do „istotności” części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona. Wskazując ponownie na unormowanie zawarte w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp należy podkreślić, iż jest tam mowa o wątpliwościach zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nie chodzi jedynie o wątpliwości co do tego, czy zamówienie lub jego część w ogóle zostanie przez wykonawcę zrealizowana, ale także o wątpliwości co do tego, czy realizacja zamówienia lub jego części (za daną cenę) będzie należyta.

W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający prawidłowo ustalił, że koszt utylizacji nawierzchni boiska stanowi istotną część składową ceny. Zdaniem Izby, w przedmiotowym postępowaniu ma istotne znaczenie sposób kalkulacji kosztów utylizacji nawierzchni boiska, zarówno z względu na udział takich kosztów w kosztach realizacji zamówienia, jak również ze względu na jakość realizacji zamówienia, w tym zapewnienie przez wykonawcę, że koszty przewidziane na utylizację umożliwią zagospodarowanie tego odpadu zgodnie z przepisami ustawy o odpadach. W tym zakresie, Izba wskazuje po pierwsze, że dała wiarę dowodom złożonym przez Zamawiającego w postaci zapytań ofertowych skierowanych do przedsiębiorców. Ze złożonych przez Zamawiającego dowodów wynika, że ceny kształtują się na poziomie od ok. 30 do prawie 100 zł netto/m² za utylizację nawierzchni trawiastej. Po drugie, Izba wskazuje, że istotne z

punktu widzenia omawianego zarzutu jest określenie zakresu zobowiązań jakie wykonawca miał wycenić w kosztach realizacji zamówienia. Jak wynika z postanowień SWZ, wykonawca był zobowiązany dokonać wyceny następujących elementów składających się na przedmiot zamówienia w ramach prawa opcji: usunięcie istniejącej sztucznej nawierzchni, wywiezienie i utylizacja sztucznej nawierzchni przygotowanie, dostawa i uzupełnienie istniejących podbudowy, wykonanie umocnienia skarp. Odwołujący w złożonej ofercie wycenił koszt realizacji zamówienia w zakresie wywiezienie i utylizacja sztucznej nawierzchni na kwotę PLN 9 126,60 zł., podczas, gdy pozostali wykonawcy dokonali wyceny tego zakresu zamówienia na kwotę: 219 038,40 zł wykonawca Interhall oraz 258 300 zł wykonawca Gretasport. Uzasadniając tak niską cenę za wykonanie tego zakresu zamówienia, Odwołujący powołał się na umowę ze spółką Epufloor. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Odwołującego złożonym w piśmie z dnia 1 września 2023 r. W ocenie Izby nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, że przedstawiona przez Odwołującego umowa o współpracy (ze spółką pod firmą Epufloor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) ma pokrycie w realiach rynkowych, ponieważ kontrahent zgodził się odkupić trawiastą nawierzchnię, którą zamierza zutylizować Zamawiający. Po pierwsze, wskazać należy, że zgodnie z postanowieniami w/w umowy obejmuje ona swoim zakresem odbiór i nabycie nawierzchni, nie zaś jej utylizację. Z treści umowy w żaden sposób nie wynika w jaki sposób nawierzchnia będzie zutylizowana. Izba wskazuje, że w świetle postanowień SWZ Zamawiający narzucił wykonawcom sposób zagospodarowania zdemontowanej nawierzchni, która stanowi odpad w świetle przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, poprzez jej utylizację. Tymczasem analizując treść wyjaśnień Odwołującego udzielonych w piśmie z dnia 1 września 2023 r. wykonawca wskazał, że „(...) dzięki umowie współpracy z producentem Epufloor Sp. z o.o. Wykonawca nie ponosi kosztów z tytułu gospodarowania odpadami dotyczących zdjętej nawierzchni” oraz, że „(...) W związku z współpracą z firmą Epufloor Sp. z o.o. możliwe jest znalezienie nabywcy na zdemontowaną nawierzchnię w celu jej ponownego montażu, co nie tylko nie generuje dodatkowych kosztów a wręcz stanowi zysk, jednocześnie czyniąc zadość przepisom ww. ustawy”. Zdaniem Izby przekazanie innemu podmiotowi odpadów powstałych w wyniku realizacji zamówienia nie stanowi ich utylizacji. *De facto* takie sposób realizacji zamówienia stanowi niewykonanie nałożonego na wykonawcę obowiązku określonego w SWZ i brak jego wyceny w kosztach realizacji zamówienia. Izba podkreśla raz jeszcze w tym zakresie, że Zamawiający wprost wskazał, że przedmiotem zamawianej usługi (w zakresie prawa opcji) ma być m.in.: (i) usunięcie istniejącej sztucznej nawierzchni (vide: pkt 5.3.2. SWZ) oraz (ii) wywiezienie i utylizacja sztucznej nawierzchni (vide: pkt 5.3 9 SWZ). Izba zgadza się z Odwołującym, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „utylizacji” w SWZ, jednakże przedmiotowe zamówienie jest adresowane do profesjonalistów i w związku z tym definicja pojęć niezdefiniowanych w SWZ winna uwzględniać profesjonalny charakter prowadzonej przez wykonawców działalności gospodarczej. Tymczasem Odwołujący wskazuje, że przekazanie odpadów do podmiotu trzeciego uznać należy za utylizację odpadów. Nie można zgodzić się z Odwołującym. Przyjęcie takiej dowolności realizacji obowiązku „utylizacji” odpadów oznaczałoby *de facto* przyzwolenie na ich zagospodarowanie z pominięciem jakichkolwiek wymagań dotyczących zagospodarowania odpadów określonych w ustawie o odpadach, bez jakiegokolwiek nadzoru ze strony Zamawiającego. Należy wskazać, że zarówno utylizacja, jak i recykling odpadów to procesy polegające na przetwarzaniu określonych materiałów lub substancji w celu ich zniszczenia (w sposób niezagrażający życiu lub zdrowiu człowieka oraz środowiska naturalnego) bądź w celu uzyskania substancji o pierwotnym przeznaczeniu są elementami. Jest wiedza powszechną, że różnica między nimi polega na tym, że utylizując odpady, po prostu się ich pozbywamy czy też unieszkodliwiamy (poprzez stosowanie obróbki termicznej, chemicznej, fizycznej bądź biologicznej), a decydując się na ich recykling, powtórnie je przetwarzamy. Trudno w tej sytuacji zaakceptować wyżej zacytowane wyjaśnienia Odwołującego, który wskazał jedynie na możliwość znalezienia nabywcy na zdemontowaną nawierzchnię w celu jej ponownego montażu. W tym zakresie, Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, że przedmiotowa nawierzchnia może być w ogóle ponownie wykorzystana zgodnie z przepisami prawa i spełniać będzie wymagania w zakresie bezpieczeństwa jej użytkowania. Złożona podczas rozprawy kopia oświadczenia z dnia 27 lipca 2023 r., niepotwierdzona za zgodność z oryginałem, nie jest wiarygodnym dowodem w sprawie. Zdaniem Izby, Odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu na potwierdzenie, że rzeczywiście dokonał jakichkolwiek czynności dotyczących kalkulacji kosztów utylizacji nawierzchni boiska. Przedstawiona przez Odwołującego umowa o współpracy ze spółką Epufloor takim dowodem nie jest, gdyż z treści tego dokumentu nie wynika, że zdemontowana nawierzchnia ma być w jakikolwiek sposób ponownie wykorzystana i na jakich zasadach np. poddana określonym zabiegom, które pozwolą na jej ponowny montaż i wykorzystanie.

W ocenie Izby, należy w pełni zgodzić się z Zamawiającym, że powyższe okoliczności odmawiają wiarygodności oświadczeniu Odwołującego o zamiarze utylizacji demontowanej sztucznej nawierzchni boiska, która jak wynika z jego wyjaśnień i przedstawionej przez niego umowy – miałyby:

- po pierwsze - bez żadnych procesów przygotowujących do ponownego użycia, czy też odzysku (choćby części) zamontowana w innym, bliżej nieokreślonym miejscu,
- po drugie - Odwołujący (lub jego kontrahent z ww. umowy o współpracy) dopiero będzie poszukiwał podmiotu, który

zgodziłby się na ponowny montaż takiej nawierzchni.

W ocenie Izby, Zamawiający wykazał wiarygodne zasady szacowania kosztów realizacji zamówienia, w tym kosztów utylizacji. Przedstawiał na tę okoliczność stosowane dowody. Odwołujący zaś dowodów przeciwnych nie przedstawił. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający dokonał jakiegokolwiek przeszacowania kosztów realizacji zamówienia. Z okoliczności sprawy wynika, że to Odwołujący przyjął w swojej ofercie rażąco niską wycenę istotnej części składowej ceny tj. kosztu utylizacji nawierzchni. Stanowisko takie potwierdza również porównanie oferty Odwołującego z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu, co Zamawiający w sposób wyczerpujący przedstawił w odpowiedzi na odwołania zestawiając oferty poszczególnych wykonawców. Odwołujący poza głoślowymi zapewnieniami, że podmiot trzeci dokona utylizacji nawierzchni poprzez jej ponowne wykorzystanie na innym obiekcie nie przedstawiał żadnych dowodów na potwierdzenie takich twierdzeń. Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć korzystną dla Odwołującego interpretację postanowień SWZ i dopuścić możliwość utylizacji nawierzchni poprzez jej ponowne wykorzystanie, to koszt takiego procesu ponownego wykorzystania winien być wliczony w koszty realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający bowiem wymagał, aby taki koszt był uwzględniony w kosztach realizacji zamówienia. Pomińnięcie tego kosztu przez Odwołującego powoduje, że oferty złożone w Postępowaniu są nieporównywalne, bowiem wykonawcy wyceniali odmienny zakres zobowiązań. Odwołujący ani nie przedstawił dowodów potwierdzających możliwość ponownego wykorzystania nawierzchni, ani dowodów potwierdzających, że rzeczywiście jest jakimkolwiek obiektem, w którym przedmiotowa nawierzchnia miałaby być zainstalowana i bezpiecznie użytkowana. Izba podkreśla, że aspekty środowiskowe stanowią istotną część systemu zamówień publicznych. Podmioty publiczne są zobowiązane do podejmowania działań dzięki którym wykonywanie zamówień publicznych przekłada się na poprawę jakości środowiska. Takim narzędziem w przedmiotowym postępowaniu było uwzględnienie w procesie realizacji zamówienia kosztów utylizacji, zgodnie z obowiązującym przepisami prawa, w tym ustawy o odpadach. Nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że usunięta nawierzchnia będzie stanowić odpad, który podlega zagospodarowaniu. Tymczasem Odwołujący utożsamia zagospodarowanie z przekazaniem odpadów do podmiotu trzeciego, który w zasadzie nie wiadomo co z nim zrobi. Zamawiający nie ma żadnej pewności, że przedmiotowa nawierzchnia nie będzie porzucona w lesie lub chociażby „zutylizowana” poprzez jej przypadkowe podpalenie. Stąd też, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo postąpił dokonując odrzucenia oferty Odwołującego. Wykonawca bowiem nie wyjaśnił w jaki sposób dokona utylizacji nawierzchni. Co więcej, z oświadczeń wykonawcy wynika, że koszty utylizacji zostały przerzucone na podmiot trzeci, a więc niewycenione w ofercie Odwołującego. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie dawały wiarygodnych i rzetelnych podstaw do uznania prawidłowości wyceny istotnej części składowej ceny jaką jest utylizacja nawierzchni boiska, co zostało prawidłowo ustalone przez Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut jest spóźniony i podlega oddaleniu. Odwołujący upatrywał naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wskazując na bezpodstawne wezwanie Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w sytuacji gdy istniały podstawy do odstąpienia badania wysokości cen, w szczególności wobec przeszacowania przez Zamawiającego kosztów realizacji zamówienia, co stanowi okoliczność nie wymagającą wyjaśnienia. Izba wskazuje, że czynność wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień miała miejsce w dniu 28 sierpnia 2023 r. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy 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. Odwołujący nie zaskarżył czynności Zamawiającego w ustawowym terminie. Czynność wezwania do złożenia wyjaśnień została dokonana przez Zamawiającego w dniu 29 sierpnia 2023 r. Co więcej Odwołujący złożył wyjaśnienia w terminie wymaganym przez Zamawiającego. Kwestionowanie zatem na obecnym etapie postępowania czynności Zamawiającego jest spóźnione i bezprzedmiotowe.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 106 ust. 1 i 3 w związku z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp

Zdaniem Izby Odwołujący zasadnie podniósł zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w kontekście dokonanej oceny oferty Odwołującego.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 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 SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w

złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru. Przy czym ocena zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego winna odbywać się z poszanowaniem zasad wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i zasady proporcjonalności.

Zdaniem Izby w analizowanym stanie faktycznym dokonując oceny ofert złożonych przez wykonawców Zamawiający nie zagwarantował narzędzi, które zapewniałyby przestrzeganie w/w zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia ze względu na niespełnienie oceny fizycznej. Zamawiający przeprowadził dwie próby fizyczne – 16 i 25 sierpnia 2023 r. Po przeprowadzeniu pierwszej próby fizycznej Zamawiający poddał w wątpliwość spełnienie przez oferowaną nawierzchnię parametrów dotyczących 1) wysokości włókien, 6) wytrzymałości trawy na wrywanie (próba ręczna). Po przeprowadzeniu drugiej próby fizycznej Zamawiający stwierdził, iż nawierzchnia nie przeszła 1) próby ścierania podkładu, 2) badania struktury maty podkładowej oraz 3) badania porównawczego próbki z próbką porównawczą. Na tej podstawie Zamawiający stwierdził, że nawierzchnia nie spełnia warunków zamówienia i odrzucił ofertę. Działanie Zamawiającego nie może być uznane za prawidłowe. Po pierwsze, o ile zgodzić się można z Zamawiającym, że zarzuty Odwołującego dotyczące postanowień SWZ w zakresie zasad oceny próbek są zarzutami spóźnionymi, o tyle Zamawiający dokonując oceny ofert złożonych w postępowaniu jest związany zasadami wynikającymi z art. 16 ustawy Pzp, w tym zasadą przejrzystości. Zasada przejrzystości stanowi narzędzie umożliwiające realizację zasady równego traktowania wykonawców. W analizowanym stanie faktycznym, nie było sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający w SWZ nie zawarł żadnych postanowień co do zasad oceny próbki nawierzchni, jaką wykonawcy byli zobowiązani złożyć Zamawiającemu. Zamawiający wskazał wyłącznie, że próbka będzie podlegała badaniu w celu fizycznego badania parametrów nawierzchni. Zamawiający nie wskazał ani procedury wykonania takiego badania, ani też sposobu wyłonienia ekspertów do wykonania takiego badania. Zamawiający nie wskazał nic. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że to Zamawiający sporządza SWZ i to rolę i obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie tego dokumentu w taki sposób, aby zachowane były zasady wskazane w art. 16 ustawy Pzp. Dalej Izba wskazuje, że próbka nawierzchni, jako rodzaj przedmiotowego środka dowodowego ma potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego. Pomija jednakże Zamawiający, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym nie określił konkretnych wymagań w zakresie ścieralności podkładu oraz badania struktury maty podkładowej. Skoro zatem Zamawiający nie określił konkretnych wymagań, jakie ma spełniać przedmiot dostawy, usługi czy robót budowlanych, to dokonywanie oceny w świetle niewyrażonych w SWZ wymagań jest działaniem nieuprawnionym. Dalej Izba wskazuje, że parametry nawierzchni trawy tuftowanej w wariantcie zaproponowanym przez Odwołującego zostały określone w dokumencie Zamawiającego „Odpowiedzi_na_pytania_8_12_03-08-2023” z 08.08.2023 r. W odpowiedzi na pytanie nr 11 (s. 7-9) Zamawiający wskazał, iż dopuszcza propozycję I i propozycję II. Zgodnie z tabelą dotyczącą parametrów propozycji II trawy tuftowanej (wariant trawy wybrany przez Odwołującego) wysokość włókna winna wynieść 50 mm. Tymczasem zgodnie z informacją zamieszczoną w Karcie Technicznej oraz Raporcie badań laboratoryjnych (s.11) wysokość włókna wynosi dokładnie 50 mm. Spełnia zatem parametr zaakceptowany przez Zamawiającego. Podobnie zgodnie z tabelą parametrów propozycji II trawy tuftowanej siła zrywna pęczka winna wynosić min 100 N. Tymczasem zgodnie z informacją zamieszczoną w Raporcie badań laboratoryjnych (s. 11) wyrywność pęczka wynosi 107 N. Spełnia zatem parametr zaakceptowany przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, nie ma żadnych podstaw, aby uznać prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego, a odmówić wiarygodności danym zawartym w kartach złożonych przez Odwołującego. Zamawiający nie wskazał w SWZ, że opierać się będzie wyłącznie na swojej własnej ocenie parametrów technicznych próbki. Jeśli taka byłaby intencja Zamawiającego, to w jakim celu wymagał od wykonawców złożenia raportów z badań laboratoryjnych i kart technicznych określających parametry oferowanej nawierzchni. W końcu wskazać należy, że Zamawiający nie przekazał wykonawcom żadnych informacji przed wykonaniem badań kto wchodzi w skład zespołu dokonującego oceny, o terminie i miejscu przeprowadzenia badań. Nie podał również do wiadomości wykonawców raportów z badań. Takie działanie stanowi naruszenie zasady przejrzystości działania. Izba wskazuje ponadto, że procedura, którą Zamawiający szeroko opisał w odpowiedzi na odwołanie winna być elementem SWZ i udostępniona wykonawcom na etapie publikacji SWZ, tak, aby to wykonawcy mogli w sposób skuteczny zakwestionować jej poprawność czy prawidłowość. Ujawnienie procedury badania próbki po wniesieniu odwołania rodzi zasadne wątpliwości co do jej istnienia na etapie badania i oceny ofert, zwłaszcza, że dokument ten nie jest opatrzony żadną datą.

Izba zauważa, że ocena spełnienia wymagań zawartych w SWZ nie może odbywać się w oderwaniu od postanowień SWZ i zasad wynikających z art. 16 ustawy Pzp. Zaniechanie opisu w SWZ procedury badania próbki jest uchybieniem Zamawiającego, nie wykonawcy. Zamawiający był autorem tego dokumentu i to Zamawiający powinien opisać zasady badania próbki tak, aby zapewnić poszanowanie zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym, wykonawca nie tylko nie wiedział na kiedy, kto i na jakich zasadach dokona oceny złożonej przez niego próbki, ale również nie otrzymał wyników tych badań, ani możliwości uczestniczenia w ich

przeprowadzeniu. Co więcej, Zamawiający dokonał oceny próbki względem parametrów nie określonych w SWZ. W konsekwencji Izba uznała zarzut za zasadny. Jednakże zasadność tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w obu sprawach orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołujących.

Przewodnicząca:

.....