pSygn. akt: KIO 2042/15

WYROK
z dnia 30 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o. w Piasecznie i Prestige Invest sp. z o.o. w Gdyni**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Myszyniec z siedzibą w Myszyńcu**

przy udziale wykonawcy **W. R.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Ziel-Bud, W. R. w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o. w Piasecznie** i **Prestige Invest sp. z o.o. w Gdyni** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o. w Piasecznie i Prestige Invest sp. z o.o. w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o. w Piasecznie i Prestige Invest sp. z o.o. w Gdyni** na rzecz **Gminy Myszyniec z siedzibą w Myszyńcu** kwotę **3.887 zł 52 gr** (słownie: trzech tysięcy ośmiuset osiemdziesięciu siedmiu złotych

pięćdziesięciu dwóch groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce.**

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 2042/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Myszyniec z siedzibą w Myszyńcu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „wykonanie kompleksowych prac budowlanych w ramach realizacji zadania inwestycyjnego ".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 sierpnia 2015 r., poz. 203652.

W dniu 15 września 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia Panorama Obiekty Sportowe sp. z o.o. w Piasecznie i Prestige Invest sp. z o.o. w Gdyni, zwanych dalej „odwołującym", o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę W. R., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ziel-Bud, W. R. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym".

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego odwołujący wniósł w dniu 18 września 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez błędne zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z powodu błędnego uznania, iż oferowana przez odwołującego próbka wypełnienia do trawy - granulatu EPDM była niezgodna z zapisem Działu II pkt 5 ppkt 2 lit k) SIWZ, tj. złożona próbka granulatu była koloru „ciemnoszarego/czarnego", natomiast według zamawiającego granulat winien być koloru „jasnoszarego lub zielonego", przy czym zamawiający - poza słownym opisem kolorów - nie posłużył się żadnym innym, obiektywnym miernikiem barw granulatu, przy opisaniu przedmiotu zamówienia,
2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i użycie niedokładnych oraz niezrozumiałych określeń w zakresie opisania barwy granulatu EPDM, bowiem w ofercie granulatów dostępnych na rynku nie istnieje jeden kolor „jasnyszary" lub „zielony", zaś zamawiający nie opisał w sposób jasny i przejrzysty, jakiego koloru „jasnoszarego" lub „zielonego" domagał się barwy granulatu,
3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego żądania udzielenia wyjaśnień przez odwołującego, co do treści oferty w części dotyczącej wypełnienia do

trawy — granulatu EPDM, w świetle okoliczności mogących wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do barwy granulatu, w szczególności mając na uwadze fakt, że zamawiający nie posłużył się w treści SIWZ żadnymi normami w celu opisania barw, w których miał zostać zaoferowany granulat,
4) art. 82 ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie, iż treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ, skoro odwołujący przedstawił ofertę, w tym co do granulatu EPDM, w barwie „jasnoszarej", natomiast zamawiający nie opisał i nie sprecyzował w sposób jednoznaczny oznaczenia barwy „jasnoszary/zielony" w treści SIWZ, czego konsekwencją było niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najbardziej korzystnej, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający nie sprecyzował w SIWZ w sposób jasny i zupełny, co rozumie przez barwę „jasnoszarą lub zieloną" granulatu EPDM. Użyte w treści SIWZ oznaczenia kolorów „jasnoszary" lub „zielony", są oznaczeniami kolorów w języku potocznym, natomiast nie opisują jednoznacznie tych barw. Barwa zostaje uzyskana przez połączenie barw dopełniających. Można ją również uzyskać poprzez zmieszanie bieli i czerni. Przykładowo, w zakresie barwy określonej przez zamawiającego, jako jasnoszary można odróżnić co najmniej kilkanaście odcieni. Z kolei w zakresie systematyki palety kolorów RAL, to jest systemu opartego na porównaniu z wzorcami, których rejestr prowadzony jest przez RAL Deutsches Institut fur Gutesicherung und Kennzeichnung kolory definiowane są za pomocą czterocyfrowego kodu opisującego. Barwy szare opisane są kodami od 7000 do 7047, w sumie 37 kolorów. Odwołujący wywiódł, że zamawiający nie opisał barwy granulatu przy użyciu uznawanych, międzynarodowych norm technicznych. Należy uznać, że zaakceptował on kolorystkę szarą, w rozumieniu opisanych wyżej norm technicznych. Skoro zamawiający opisuje przed zamówienia przy użyciu nazw barw pochodzących z języka potocznego, w miejsce odpowiednich norm technicznych traktujących o tym przedmiocie, to zaakceptował on wszystkie barwy, które mogą zostać uznane za „jasnoszare". Postrzeganie barw jest zjawiskiem subiektywnym i uzależnionym od indywidualnych cech osoby je rozpoznające. Postrzeganie danej barwy może być również uzależnione od oświetlenia, w którym barwa jest postrzegana w danym momencie. Mając na

uwadze fakt, iż postrzeganie barw przez człowieka potrafi być subiektywne, na zamawiającym spoczywał obowiązek określenia tych barw w dostępny i powszechnie stosowany sposób, np. poprzez opisane wyżej kody RAL, które są powszechnie stosowane w przemyśle i budownictwie. Nie powinno zatem ulegać wątpliwości, że wykonawcy nie

mogą ponosić negatywnych konsekwencji w związku z niezastosowaniem się do niejasnych wymagań specyfikacji, a wszelkie wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego wskazał na to, że załączona próbka granulatu była w kolorze ciemnoszarym/czarnym. Zamawiający nie tylko nie odróżnia tych barw w swych wystąpieniach, ale sam nie jest w stanie sprecyzować, w jakim kolorze granulat przedstawił odwołujący. Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty można wywnioskować, iż kolor określony jako „czarny" jest de facto uznany przez zamawiającego za tożsamy z kolorem „ciemnoszarym". Jednak, kolor czarny w międzynarodowej kodyfikacji barw RAL jest opisany odmiennie (wraz z barwami białymi), numeracją od 9001 do 9018, w sumie 4 odcienie koloru czarnego. Skoro więc u zamawiającego następuje mylne postrzeganie tych kolorów właśnie z powodu ich nieprawidłowego, czy też niefachowego oznaczenia, to trudno oczekiwać od wykonawców, że są w stanie antycypować, jakie barwy zamawiający miał na myśli oraz koloru produktu, jaki zamawiający oczekiwał.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający mógł, i w świetle całokształtu okoliczności faktycznych powinien, wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy złożona próbka granulatu jest koloru „jasnoszarego" i ewentualnie zażądać wykazania, że próbka ta odpowiada wymogom postawionym w SIWZ. Zamawiający jednakże zaniechał tego działania, odrzucając ofertę odwołującego w sposób nieuzasadniony. Odwołujący dysponował i w dalszym ciągu dysponuje możliwością zaoferowania granulatu EPDM w innej, dowolnej barwie, natomiast - w porównaniu do całości przedmiotu zamówienia - granulat do zasypywania boiska nie stanowi najważniejszego i najdroższego elementu nawierzchni. Jest to bowiem element dodatkowy, który niezależnie od barwy, ma co do zasady zbliżoną cenę.

Odwołujący wywiódł także, że podstawą odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może być tylko niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a contrario za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy.

W końcowej części uzasadnienia odwołujący argumentował, że odrzucenie jego, w świetle nieprecyzyjnego zapisu SIWZ odnośnie barwy granulatu nie może ostać się, jako zgodne z prawem i zasadami uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność zamawiającego jest tym bardziej niezgodna z prawem, gdyż ewentualna niezgodność oferty z SIWZ nie miała wpływu na zasadniczą treść oferty, gdyż kolor granulatu - w przypadku nawierzchni ze sztucznej trawy - jest elementem najmniej istotnym z punktu widzenia użyteczności nawierzchni. Barwa granulatu nie ma nawet znaczenia dla estetyki obiektu, gdyż nie widać granulatu na powierzchni nawierzchni ze

sztucznej trawy; popularny "infill", czyli wypełnienie sztucznej trawy to gumowy granulat, który jest wsypywany między włókna trawy syntetycznej w celu ich stabilizacji i zapewnienia odpowiedniego komfortu gry. Znaczenie dla funkcjonalności obiektu ma więc pochodzenie i rozmiar granulatu, nie zaś jego barwa.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie W. R., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ziel-Bud, W. R. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego

stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, pismo zamawiającego z 3 września 2015 r. skierowane do odwołującego zawierające wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismo odwołującego z 7 września 2015 r., stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania z dnia 15 września 2015 r., oświadczenie Ecotires Partner sp. z o.o. w Częstochowie załączone do odwołania, oględziny próbek granulatów zaoferowanych przez wykonawców przeprowadzone w trakcie rozprawy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego

zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert może być wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Odwołujący domagał się unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie kompleksowych prac budowlanych w ramach realizacji zadania inwestycyjnego
etap I>. W dziale II pkt 5 ppkt 2) lit. k specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający wskazał, że *do zakresu rzeczowego robót budowlanych należy m.in. wypełnienie: piasek kwarcowy i granulat EPDM z recyklingu, koloru jasno-szarego lub zielonego, w ilości wg wytycznych producenta trawy.*

Ustalono ponadto, że zamawiający przesądził, iż wykonawcy obowiązani są złożyć wraz z ofertą próbkę oferowanego wypełnienia do trawy min. 100g z etykietką opisującą nazwę i typ (numer katalogowy). (dział V SIWZ w pkt 1 ppkt 10).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący. Odwołujący nie złożył wraz z ofertą próbki oferowanego wypełnienia (oferta odwołującego w aktach sprawy, okoliczność niesporna).

Ustalono także, że w dniu 3 września 2015 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia próbki oferowanego wypełnienia do trawy min. 100g z etykietką opisującą nazwę i typ (numer katalogowy) (wezwanie zamawiającego z 3 września 2015 r., w dokumentacji postępowania złożonej przez zamawiającego).

W dalszej kolejności ustalono, że odwołujący złożył zamawiającemu próbkę oferowanego wypełnienia (załącznik do pisma odwołującego z 7 września 2015 r., w dokumentacji postępowania złożonej przez zamawiającego).

Ustalono także, że zamawiający w dniu 15 września 2015 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że zgodnie z działem V pkt 1 ppkt 10 SIWZ do oferty należało dołączyć próbkę oferowanego wypełnienia do trawy min. 100g z etykietką opisującą nazwę i

typ (numer katalogowy). W dziale II w pkt 5 ppkt 2 lit. k wskazano, że granulat EPDM winien być z recyklingu, koloru jasno-szarego lub zielonego, w ilości według wytycznych producenta

trawy. Wykonawca został wezwany do uzupełnienia powyższych braków jednakże uzupełniono granulat EPDM w kolorze ciemno-szarym/czarnym, a nie jak opisywała specyfikacja – EPDM w kolorze jasno-szarym lub zielonym.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie stwierdziła, aby zamawiający dopuścił się naruszeń ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego dotyczące opisania w SIWZ przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i poprzez użycie niedokładnych lub niezrozumiałych określeń w zakresie opisania barw granulatu EPDM należało uznać za niedopuszczalne. Nie było sporne pomiędzy stronami, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez zamawiającego jest postępowaniem o wartości nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzw. progów unijnych). Powyższe wynikało także z pkt 2 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, znajdującego się w dokumentacji postępowania. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp *Krajowa Izba Odwoławcza odrzuca odwołanie, jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.* Z kolei w myśl art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, odwołującemu służyło prawo do wniesienia odwołania wyłącznie wobec następujących czynności zamawiającego:
1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4) odrzucenia oferty odwołującego.
Jak wynikało z analizy powyższego katalogu, odwołanie nie służyło odwołującemu wobec czynności zamawiającego polegającej na sporządzeniu w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp należało ocenić jako niedopuszczalne i oddalić bez merytorycznego rozpoznania. Na marginesie wskazać należy, że jeżeli odwołujący uważał, iż sposób, w jaki zamawiający opisał przedmiot zamówienia narusza przepisy ustawy Pzp, mógł skorzystać z instytucji, o której mowa w art. 181 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, *wykonawca lub uczestnik konkursu może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie*

przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. Odwołujący nie skorzystał z uprawienia, jakie dawał mu przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, zaś zamawiający treści SIWZ nie zmienił. Wskutek powyższego specyfikacja stała się ostateczna i wiążąca nie tylko dla zamawiającego ale i dla wykonawców, którzy składali oferty w tym postępowaniu, w tym również dla odwołującego.

Zgodnie z treścią działu II SIWZ pkt 5 ppkt 2 lit. k zamawiający przesądził, że granulat EPDM z recyklingu, oferowany przez wykonawców jako wypełnienie do trawy, musi mieć kolor jasno-szary lub zielony. Nadto w dziale V SIWZ w pkt 1 ppkt 10 zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek potwierdzenia m.in. ww. wymagania za pomocą próbki oferowanego wypełnienia. Jak wynikało z powyższych postanowień zamawiający nie pozostawił wykonawcom dowolności w doborze koloru oferowanego wypełnienia do trawy. Ich obowiązkiem było zaoferowanie granulatu w kolorze jasnoszarym lub zielonym i udowodnienie tego za pomocą próbki.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ocenił złożoną mu próbkę stwierdzając, że nie jest ona koloru jasnoszarego ani zielonego. Nie ulegało wątpliwości Izby, że przy ocenie barwy zaoferowanej próbki brak było podstaw do posługiwania się paletą barw wg klasyfikacji RAL. Zamawiający w treści SIWZ nie posłużył się bowiem tą nomenklaturą

poprzestając na sformułowaniach języka potocznego. Powyższe nie oznaczało jednak, że przy ocenie ofert zamawiający zobowiązany był dopuścić próbkę granulatu w każdym z odcieni szarości. Interpretacji pojęć „zielony" i „jasnoszary" należało dokonać z uwzględnieniem reguł z języka potocznego. Analiza językowa tych pojęć prowadziła do wniosku, że zamawiający spośród całej palety barw dopuścił kolor zielony w całym zakresie. Natomiast jeżeli chodzi o kolor szary, nie dopuszczono wszystkich odcieni tej barwy, a jedynie odcienie jasnoszare. Faktem jest, że w orzecznictwie Izby przyjmuje się, iż niejasne postanowienia SIWZ rozstrzyga się na korzyść wykonawcy. Reguła ta działałaby na korzyść odwołującego w analizowanej gdyby zaoferował próbkę granulatu w kolorze szarym w takim odcieniu, w którym nasycenie bieli przeważałoby nad nasyceniem czernią. Natomiast reguła ta z pewnością nie pozwala na uznanie za zgodną z SIWZ próbki granulatu w kolorze ciemnoszarym, w którym nasycenie czernią zdecydowanie przewyższa nasycenie bielą.

Izba, na zgodny wniosek stron, przeprowadziła w trakcie rozprawy dowód z oględzin próbek granulatów zaoferowanych przez wszystkich wykonawców, w tym również granulatu zaoferowanego przez odwołującego. Na podstawie tego dowodu stwierdzono, że - nawet przy bardzo życzliwej dla odwołującego interpretacji koloru próbki i uwzględniając różne oświetlenia przy których ta próbka może być postrzegana - żadną miarą nie może on być nazwany kolorem jasnoszarym. Okazana na rozprawie próbka okazał się być bowiem koloru ciemnoszarego, szaroczarnego. Barwa ta także zdecydowanie różniła się od koloru próbek

granulatu zaoferowanych przez innych wykonawców w postępowaniu, które okazały się znacznie jaśniejsze.

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający wzywał już odwołującego do uzupełnienia brakującej próbki granulatu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co uczynił pismem z dnia 3 września 2015 r. Zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów przedmiotowych o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (do których zalicza się próbka) – z uwagi na wyjątkowy charakter instytucji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może – w odniesieniu do danego dokumentu – nastąpić tylko jednokrotnie.

Chybionym okazał się również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień co do treści oferty w części dotyczącej koloru oferowanego wypełnienia do trawy. Konieczność wzywania do udzielenia wyjaśnień aktualizuje się po stronie zamawiającego wyłącznie wtedy, gdy analiza oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest jego oferta, jest źródłem wątpliwości. Odwołujący nie wykazał, aby w analizowanej sprawie po stronie zamawiającego miały powstać jakiekolwiek wątpliwości co do wykładni oświadczenia woli odwołującego. Odwołujący złożył zamawiającemu próbkę oferowanego granulatu, która charakteryzowała się określoną barwą. Treść oferty odwołującego była zatem jednoznaczna i jako taka poddawała się ocenie zgodności z treścią SIWZ, której to oceny zamawiający prawidłowo dokonał.

Izba odmówiła wiarygodności oświadczeniu firmy Ecotires Partner sp. z o.o. w Częstochowie, załączonemu do odwołania. Izba stwierdziła, że – jak słusznie podnosili na rozprawie zamawiający i przystępujący – z treści tego oświadczenia nie wynikało, aby ww. firma wypowiadała się na temat próbki granulatu złożonej przez odwołującego w analizowanej sprawie. Wzięto pod uwagę, że przedstawione Izbie oświadczenie nie wskazywało w ogóle na żadnego adresata, nie zostało opatrzone datą, nie nawiązywało do postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez zamawiającego ani do oferty złożonej przez odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść (w zakresie koloru zaoferowanego granulatu EPDM) nie odpowiadała treści SIWZ (w zakresie wymaganej barwy tego granulatu). Wbrew twierdzeniom odwołującego, wymóg odnośnie koloru wymaganego wypełnienia do trawy, był wymaganiem merytorycznym a nie wymogiem formalnym, odnoszącym się li tylko do formy oferty.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało*

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec niepotwierdzenia się żadnego z zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje *w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)." Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie: VI.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę w wysokości 287,52 zł, na podstawie

rachunków złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: ……..…