

WYROK

z dnia 3 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **19 października 2010 r.** przez **POLCOURT Spółka Akcyjna, 01-633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gdyński Ośrodek Sportu i Rekreacji, 81-538 Gdynia, ul. Olimpijska 5/9,**

przy udziale wykonawcy **Masters Spółka Akcyjna, ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża POLCOURT Spółka Akcyjna, 01-633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31 i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez POLCOURT Spółka Akcyjna, 01-633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31 tytułem wpisu od odwołania,**

1

-
- 2) dokonać wpłaty kwoty 2 027 zł 65 gr (słownie: dwa tysiące dwadzieścia siedem złotych sześćdziesiąt pięć groszy) przez POLCOURT Spółka Akcyjna, 01-633 Warszawa, ul. Gdańska 27/31 na rzecz Gdyńskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji, 81-538 Gdynia, ul. Olimpijska 5/9 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 Gdańsku.**

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gdyński Ośrodek Sportu i Rekreacji - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wymiana nawierzchni piłkarskiej z trawy sztucznej na terenie istniejącego boiska przy ul. Olimpijskiej w Gdyni. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 29.07.2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w dniu 14 października 2010 r., za pomocą faksu, zawiadomił wykonawcę Polcourt Spółka Akcyjna, ul. Gdańska 27/31, 01-633 Warszawa (dalej: „Odwołujący” lub „Polcourt”) o odrzuceniu jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy – Masters Spółka Akcyjna ul. Mickiewicza 21, 70-383 Szczecin (dalej: „Masters” lub „Przystępujący”). W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez zaoferowaną nawierzchnię z trawy syntetycznej, wymagań Zamawiającego w zakresie wymaganej wysokości włókna trawy określonej na poziomie minimum 63 mm.

W dniu 19 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Polcourt. W tej samej dacie Odwołujący w formie faksu przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 4 ustawy. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Masters, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że Zamawiający uznał, że z przedłożonych badań Labosport oraz certyfikatu FIFA STAR 2 wynika, że dotyczą one nawierzchni z trawy syntetycznej o wysokości włókien 60 mm. Zdaniem Polcourt wniosek Zamawiającego w tym zakresie jest nieuprawniony. Odwołujący zaoferował nawierzchnię z

3

trawy syntetycznej zgodną z wymaganiami Zamawiającego, tj. spełniającą wszystkie wymagane parametry, w tym dotyczący wymaganej wysokości włókna. Zdaniem Odwołującego z treści załączonej karty technicznej producenta nawierzchni a także oświadczenia producenta z dnia 27 sierpnia 2010 r. jak również załączonej do oferty próbki trawy w sposób jednoznaczny wynika, że zaoferowana trawa posiada wysokość włókna 63 mm. Faktem jest, że uzupełniony raport z badań Labosport na stronie 2 podaje wysokość włókna - 60 mm, jednak w opinii Odwołującego, z powyższego zapisu nie można wyprowadzać kategorię wniosku o zaoferowaniu trawy syntetycznej o wysokości 60 mm.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z procedurami badawczymi ustalonymi przez FIFA dotyczącymi badania jakości traw piłkarskich (raport z badań Labosport na str. 3 w pkt. 3 powołuje się wprost na procedury badawcze FIFA zawarte w powołanym wyżej podręczniku) FIFA dopuszcza rozbieżność w odniesieniu do wysokości włókna w zakresie $\pm 5\%$. Wobec przyjętych i dopuszczalnych rozbieżności między komponentem w laboratorium a deklaracjami producenta w zakresie wysokości włókna na poziomie $\pm 5\%$, zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do uznania, że przedłożone przez Odwołującego badania Labosport nie dotyczą zaoferowanej nawierzchni syntetycznej o wysokości włókna 63 mm. Tym bardziej, że badania te potwierdzają spełnienie również wszystkich pozostałych parametrów przez zaoferowaną w niniejszym postępowaniu nawierzchnię. Dopuszczalna 5% tolerancja daje podstawę do stwierdzenia, że badania te potwierdzają spełnienie przez oferowaną nawierzchnię wymogu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”). Odwołujący podnosił, że zgodnie z załączoną kartą techniczną wysokość trawy wynosi 63 mm. Dodatkowym potwierdzeniem danych zawartych w karcie technicznej jest złożone oświadczenie producenta nawierzchni potwierdzające, że na potrzeby tego konkretnego zamówienia zostanie wyprodukowana i dostarczona trawa syntetyczna o wysokości włókna 63 mm.

Odwołujący stwierdził, że w kontekście stwierdzonych przez Zamawiającego rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w karcie technicznej a informacjami zawartymi w badaniach Labosport w zakresie wysokości włókna trawy oraz powstałej na skutek tego wątpliwości czy oferowana trawa syntetyczna spełnia wymagania siwz w zakresie parametru wysokości włókna Zamawiający winien przed odrzuceniem oferty Odwołującego zwrócić się do niego o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Odwołujący podkreślał, że w sytuacji powzięcia wątpliwości dotyczących treści złożonych dokumentów

Zamawiający ma obowiązek prowadzić postępowanie wyjaśniające do momentu aż będzie w stanie prawidłowo i bez żadnych wątpliwości ocenić złożone dokumenty bez szkody dla wykonawcy, który podlega takiemu badaniu lub ocenie. Jest to o tyle istotne, gdy

4

konsekwencją powstałych wątpliwości, które w sposób zgodny z ustawą nie zostały wyjaśnione jest podjęcie tak doniosłej w skutkach czynności prawnej jaką jest odrzucenie oferty.

Odwołujący twierdził, że wobec zaoferowania przez Odwołującego nawierzchni z trawy syntetycznej zgodnej z wymaganymi siwz parametrami decyzja Zamawiającego o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji była niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Natomiast zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnić treści złożonych dokumentów w kontekście wynikającej z nich rozbieżności pozbawiło Zamawiającego możliwości prawidłowego zbadania złożonych dokumentów, a tym samym prawidłowej oceny złożonej przez Odwołującego oferty.

W dniu 20 października 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przez wykonawcę Polcourt. W dniu 22 października 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony wykonawcy Masters. Kopię przystąpienia Masters przekazał stronom postępowania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę oraz dowody, stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w rozdziale 3 siwz „Przedmiot zamówienia” dokonał opisu przedmiotu zamówienia określając wymagania, jakie musi spełniać nawierzchnia boiska. W punkcie 10 lit. b) Zamawiający określił minimalną wysokość włókna trawy syntetycznej na poziomie: min. 63 mm + min. 2 milimetry podkład. W tym samym punkcie jedynie pod lit. j) Zamawiający podał, że osnowa zabezpieczona latexem, pęczki traw muszą być całkowicie wtopione w podkład lateksowy (min. 2 min.).

W pkt. 7 ww. rozdziału siwz Zamawiający wymagał, aby oferowana nawierzchnia spełniała wymogi użytkowe zgodnie z warunkami określonymi przez FIFA Quality Concept for Football Turf (dostępny na www.FIFA.com) do poziomu minimum FIFA 1 STAR, co powinno zostać potwierdzone stosownym aktualnym certyfikatem FIFA 1 STAR/ lub FIFA 2 STAR dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni i wynikami badań laboratoryjnych (raport z badań Labosport lub ISA-Sport lub Sports Lab Ltd) potwierdzającymi zgodność parametrów oferowanej nawierzchni z wymogami FIFA.

W specyfikacji w rozdział 6 „Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają złożyć wykonawcy” Zamawiający wymienił dokumenty za pośrednictwem, których

5

wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani są wykazać, że oferowana przez nich nawierzchnia z trawy syntetycznej spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. W pkt 9 wyspecyfikowano m. in.: c) karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez producenta, e) aktualny certyfikat FIFA 2 STAR (dopuszczalny certyfikat FIFA 1 STAR) dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni i raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Lab Ltd) dotyczący oferowanej nawierzchni potwierdzający zgodność jej parametrów z FIFA Quality Concept for Football Turf (dostępny na www.FIFA.com).

Pismem z dnia 2 września 2010 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 września 2010 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący przedłożył następujące dokumenty: kartę techniczną nawierzchni potwierdzoną przez producenta, certyfikat FIFA 2 STAR dla nawierzchni oraz raport z badań laboratoryjnych Labosport, deklarację producenta dotyczącą wysokości włókna.

W karcie technicznej dla zaoferowanej nawierzchni DOMO Slide DS 60 M wskazano wysokość włókien 63 mm.

W raporcie technicznym Labosport dla nawierzchni DOMO Slide DS 60 M wskazano m. in:

- na str. 1 „Próbki traw były badane przy zastosowaniu procedur opisanych w *Podręczniku metod badawczych dla muraw piłkarskich*”.
- na str. 2 „2. Szczegóły próbek: nazwa nawierzchni: DOMO Slide DS 60 M, wysokość włókna 60 mm”.
- na str. 7 „5. Identyfikacja produktu wyniki badania: Sztuczna trawa i włókna – powyżej warstwy spodniej 62 mm”.

W oświadczeniu producent z dnia 27 sierpnia 2010 r. zawarł następującą treść: „MY, Domo ZELE N.V. oświadczamy, że nasz produkt o nazwie Domo SLIDE DS. 60 M na zadanie „Wymiana nawierzchni piłkarskiej z trawy sztucznej na terenie istniejącego boiska przy ul. Olimpijskiej w Gdyni (...) zostanie wyprodukowana o długości włókna 63 mm”.

Na rozprawie pełnomocnik Odwołującego przedłożył wydruk ze strony internetowej FIFA – tabelę 2 – „Testy produktu” w której w zakresie parametru „Sztuczna murawa i przedza” wskazano własność „Długość włosa pod podkładem” oraz „Metodę testu” – ISO 2549 w kolumnie „Dozwolona odchyłka pomiędzy próbką laboratoryjną a deklaracją

6

producenta” $\leq \pm 5\%$. Na rozprawie Odwołujący przedłożył także wyciąg z „Zaleceń udzielania rekomendacji technicznych ITB” dla wykładzin sportowych typu „trawa syntetyczna” w których na str. 7 w tabeli w zakresie wysokości trawy w wymaganiach wskazano wartość deklarowaną przez producenta $\pm 10\%$ a także metodę badawczą m. in. ISO 2549.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba dopuściła do postępowania odwoławczego wykonawcę Masters przystępującego po stronie Zamawiającego, gdyż w ocenie Izby wykonawca prawidłowo wypełnił przesłanki warunkujące skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podniesiony w odwołaniu nie potwierdził się.

Zamawiający w specyfikacji w rozdziale 3 w sposób jasny i klarowny określił wymagania dotyczące parametrów technicznych nawierzchni, w szczególności sprecyzował, że trawa ma posiadać wysokość włókna min. 63 mm. Na potwierdzenie spełniania wymogów w tym zakresie ukształtował katalog dokumentów, które miały potwierdzać spełnienie niniejszego wymagania. Jednym z wymaganych dokumentów był raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Lab Ltd), potwierdzający zgodność parametrów oferowanej nawierzchni.

Bezspornym jest, że Odwołujący przedstawił raport Labosport z którego wynika, że próbka nawierzchni, która została poddana padaniu przez laboratorium posiadała wysokość włókna 60 mm, co stoi w ewidentnej sprzeczności z zapisami rozdział 3 pkt. 10 lit. b) oraz rozdziału 6 pkt 9 lit. e) specyfikacji.

Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego przedstawionymi na rozprawie, że nawet gdyby przyjąć dane wskazane w raporcie Labosport dla wysokości włókna na poziomie 60 mm, to przy tolerancji 5% dopuszczalnej przez FIFA przedział 57-63 mm dla

7

długości włókna będzie przedziałem spełniającym wymogi ustalone przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący podnosił, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż wysokość włókien nawierzchni oferowanej przez Odwołującego kształtuje się na poziomie 62 mm wobec czego, w jego opinii zawierają się w tym przedziale i spełniają wymogi Zamawiającego.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego o możliwości posługiwania się podręcznikiem FiFA przy ocenie parametrów siwz i uznała ją za chybioną, ponieważ przywołany podręcznik w zakresie wskazanym przez Odwołującego, dotyczy jedynie badań identyfikacyjnych produktu i służy określeniu dopuszczalnej rozbieżności między komponentem w laboratorium a deklaracjami producenta dla potrzeb certyfikacji nawierzchni trawy dokonywanej przez FiFA. Odnosząc się zaś do przedłożonego wyciągu z „Zaleceń udzielania rekomendacji technicznych ITB” dla wykładzin sportowych typu „trawa syntetyczna” Izba wskazuje, iż ww. zalecenia ITB w tym przypadku nie mają zastosowania i nie można ich odnosić do stanu faktycznego niniejszego postępowania.

Zdaniem Izby nie można przyznać racji rozumowaniu Odwołującego, który z zapisu rozdziału 3 w pkt 10 lit. j), gdzie Zamawiający określił, że osnowa zabezpieczona latexem, pęczki traw muszą być całkowicie wtopione w podkład lateksowy (min. 2 min.) wywodził, że łączna wysokość włókien ma być na poziomie 63 mm. Argumentację zaprezentowaną powyżej, w kontekście zapisów siwz - roz.3 pkt. 10 lit b), gdzie Zamawiający szczegółowo sprecyzował minimalną wysokość włókna trawy syntetycznej na poziomie: min. 63 mm + min. 2 milimetry podkład – należy uznać za nietrafną, gdyż Zamawiający skonkretyzował wymaganą minimalną wysokość włókien trawy odrębnie od innych jej parametrów technicznych.

Za słuszną i prawidłową należy uznać czynność Zamawiającego, który stwierdzając w ofercie brak wymaganych dokumentów zwrócił się do Odwołującego o ich uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a po stwierdzeniu, iż jeden z przedłożonych dokumentów, tj. raport z badań Labosport, nie potwierdza spełnienia wymagań siwz w zakresie parametrów technicznych, tj. wysokości włókna min. 63 mm, odrzucił ofertę Polcourt w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodną z siwz.

Izba wskazuje, iż zgodnie z postanowieniami specyfikacji wykonawca winien przedstawić wymagane dokumenty, które będą potwierdzały, iż oferowana trawa posiada wymaganą przez Zamawiającego minimalną wysokość na poziomie 63 mm. To na podstawie tego typu danych możliwa jest i w pełni uzasadniona weryfikacja zgodności parametrów

8

technicznych oferowanych i zamawianych. W takim kontekście należy uznać prymat konkretnych danych oferowanych produktów zawartych w raporcie z badań, nad ogólnymi i opisowymi deklaracjami zawartymi w oświadczeniu producenta - niewymaganym przez Zamawiającego – oraz oświadczeniu złożonym na rozprawie, że oferta jest zgodna z wymaganiami siwz, gdy oświadczenia te pozostają w sprzeczności z danymi wynikającym z dokumentów wymaganych przez Zamawiającego (raport Labosport).

Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego w kwestii zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp. Otóż, na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że z treści dokumentów przedłożonych przez Odwołującego – raportu z badań Labosport - jasno wynikało, iż dane nie potwierdzają spełniania jego wymagań w zakresie minimalnej wysokości włókien trawy. Podkreślał, że przedłożone przez Odwołującego dokumenty były czytelne i nie budziły wątpliwości Zamawiającego. W związku z tym nie widział on potrzeby korzystania z dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp i art. 26 ust. 4 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w

oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3, § 5 ust. 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 Zamawiającego związane z dojazdem na rozprawę w kwocie 2.027,65 zł. na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

9

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

10