

Sygn. akt: KIO/KD 54/14

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 2 lipca 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 30 maja 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Prezydenta Miasta Głogowa**  
**Rynek 10**  
**67-200 Głogów**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 21 maja 2014 r.,  
(znak: UZP/DKA/PWKZ/421/53(16)/13/AO)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Wykonanie boisk sportowych w ramach budowy kompleksu „Moje Boisko-Orlik 2012” przy Szkole Podstawowej Nr 14 w Głogowie”*

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Małgorzata Stręciwilk</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Robert Skrzyszewski</b>
	<b>Ryszard Tetzlaff</b>

wyraża następującą opinię:

***zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zostają uwzględnione.***

## Uzasadnienie

### I.

Zamawiający – Gmina Miejska Głogów - działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Wykonanie boisk sportowych w ramach budowy kompleksu „Moje Boisko-Orlik 2012” przy Szkole Podstawowej Nr 14 w Głogowie*”. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „*Prezes UZP*”) przeprowadził kontrolę doraźną tego postępowania (sygn.: UZP/KND/22/12/DKD), w której stwierdził naruszenie przepisów ustawy Pzp przy udzieleniu tego zamówienia.

W związku ze stwierdzonym naruszeniem, określonym w ustaleniach kontrolnych, Prezes UZP przy piśmie z dnia 21 maja 2014 r. (znak: UZP/DKA/PWKZ/421/53(16)/13/AO), przekazał Informację o wynikach kontroli Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń w tym zakresie.

Pismem z dnia 30 maja 2014 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli Prezesa UZP.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 17 czerwca 2014 r. (znak: UZP/DKD/PWKZ/421/53(20)/13/AO) Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli.

Pismem z dnia 17 czerwca 2014 r. (znak: UZP/DKD/PWKZ/421/53(21)/13/AO) Prezes UZP, działając na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania Izby.

### II.

Izba ustaliła, że podstawą ustaleń kontrolnych Prezesa UZP było przyjęcie, że Zamawiający we wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego dopuścił się naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Nest Sp. z o.o. oraz Firma Ogrodnicza L. Architektura Zieleni, których treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „*SIWZ*”) oraz art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy Nest Sp. z o.o., który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a także art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów wykonawców Firma Ogrodnicza L. Architektura Zieleni oraz Konsorcjum: Epotis Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DUBLER” s.c. na okoliczność wystąpienia rozbieżności pomiędzy złożonymi przez nich dokumentami a specyfikacją techniczną projektu w zakresie parametrów technicznych oferowanego przez nich wypełnienia stabilizującego;

- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Nest Sp. z o.o., który nie wniósł wadium na cały okres związania ofertą, a także udzielił niniejszego zamówienia temu wykonawcy oraz art. 26 ust. 4 i/lub art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione wezwanie wykonawcy Nest Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w kwestii niezgodności występujących w przesłanym dokumencie wadialnym.

Prezes UZP podkreślił, że przedkładając atest higieniczny HK/W/0049/01/2010 Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny wydany dla żwiru filtracyjnego o granulacji 0-40 mm, przeznaczonego do uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi, wykonawca Nest Sp. z o.o. nie wykazał, że oferowany żwir spełnia wymagania zawarte w SIWZ dotyczące wypełnienia stabilizującego. Powołując się na opinię biegłego, powołanego przez UZP w powyższej sprawie, Prezes UZP podniósł, że atest higieniczny powinien dotyczyć piasku kwarcowego o parametrach wskazanych w Raporcie technicznym laboratorium Labosport, gdzie zakres wielkości ziaren został wskazany na poziomie 0,5 mm – 1,00 mm, kształt ziaren – okrągły, gęstość piasku – 1,58 g/cm<sup>3</sup>, gdyż takie parametry gwarantują prawidłową wartość użytkową nawierzchni. W opinii biegłego wskazano bowiem, iż piasek o parametrach wskazanych w Raporcie technicznym laboratorium Labosport powinien zostać ujęty w specyfikacji technicznej projektu (gdzie wskazano piasek frakcji 0,2 – 0,8 mm) oraz użyty w realizacji. Powyższe – w opinii Prezesa UZP - wskazywało na to, iż wskazany wykonawca nie spełnił wymagań SIWZ w zakresie wymogu przedłożenia atestu PZH dla piasku kwarcowego o parametrach wymaganych w specyfikacji technicznej projektu (0,2-0,8 mm). W opinii Prezesa UZP wykonawca Nest Sp. z o.o. nie wyjaśnił również rozbieżności pomiędzy parametrami piasku wskazanymi w Raporcie technicznym laboratorium Labosport (0,5 mm – 1,00 mm), a wymaganymi w specyfikacji technicznej projektu (0,2-0,8 mm). Co do występującej rozbieżności pomiędzy treścią raportu technicznego laboratorium Labosport, w którym w wydanej ocenie DOMO VarioSlide S Pro 50 dla DOMO SPORTS GRASS określono wymagania w pkt 2 dla wypełnienia stabilizującego – piasek kwarcowy: 22 kg/m<sup>2</sup>, a załączonymi do oferty parametrami technicznymi DOMO VarioSlide S Pro 50, w którym określono wypełnienie jako piasek na poziomie ok. 15 kg (w zależności od podbudowy),

Prezes UZP, opierając się na opinii biegłego, wskazał, iż wiążącą dla wykonawcy wartością jest ilość piasku 22 kg/m<sup>2</sup>, która została wskazana w Raporcie technicznym laboratorium Labosport. Tym samym też „ilość piasku kwarcowego (22 kg/m<sup>2</sup>) powinna być potwierdzona przez Deklarację firmy DOMO SPORTS GRASS”. Jednocześnie też Prezes UZP podkreślił, że w rozdziale 2 pkt 2.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wypełnienie trawy syntetycznej było zgodne z badaniem specjalistycznego laboratorium np. Labosport, a wymóg ten nie został zmieniony pomimo modyfikacji treści SIWZ, o której Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 26 maja 2010 r.

Prezes UZP, opierając się na opinii biegłego, wskazał ponadto, że oferta wykonawcy Nest Sp. z o.o. nie spełniała wymagań zawartych w SIWZ w zakresie wymogu:

1. przedłożenia atestu higienicznego dla piasku o parametrach zgodnych z wymaganiami SIWZ (0,2-0,8 mm),

2. potwierdzenia w karcie technicznej przez DOMO SPORTS GRASS, że wypełnienie stabilizujące pod powierzchnię DOMO VarioSlide S Pro 50 będzie stanowił piasek kwarcowy na poziomie 22kg/m<sup>2</sup>, czyli o wartości wskazanej w Raporcie technicznym laboratorium Labosport (wiążącej dla wykonawcy),

3. przedłożenia karty technicznej shockpadu potwierdzonej przez producenta.

Podkreślił, że z uwagi na fakt, iż Zamawiający w rozdziale 11 pkt 4.B.3 SIWZ wymagał karty technicznej nawierzchni potwierdzonej przez producenta, a w skład nawierzchni DOMO VarioSlide S Pro 50 wchodził m.in. shockpad Trocellen XC070 010, wykonawca Nest Sp. z o.o. winien przedłożyć kartę techniczną ww. shockpadu potwierdzoną przez producenta.

W tym zakresie wskazał również, że wykonawca Firma Ogrodnicza L. Architektura Zieleni także zaoferował produkt DOMO VarioSlide S Pro 50 oraz w celu wykazania spełnienia wymagań jakościowych ww. systemu nawierzchni z trawy syntetycznej, załączył do oferty m.in.:

1. autoryzację DOMO ZELE NV wydaną w dniu 1 czerwca 2010 r. dla wykonawcy Firma Ogrodnicza L. do zaoferowania produktu DOMO VarioSlide S Pro 50, z której wynika, iż nawierzchnia ze sztucznej trawy (z wyłączeniem odpowiedzialności za wykonanie podbudowy i instalacji ww. produktu) objęta jest gwarancją producenta DOMO ZELE NV na okres 60 miesięcy przy przestrzeganiu zalecanego sposobu konserwacji;

2. kartę parametrów technicznych produktu DOMO VarioSlide S Pro 50, w treści której wskazano na: strukturę włókna – polietylen (16.000 dtex), włókna monofilowe, liczbę włókien – 115.934/m<sup>2</sup>, wysokość włókna – 50 mm, wypełnienie – piasek ok. 15 kg (w zależności od podbudowy), granulát SBR ok. 6-8 kg (w zależności od podbudowy), a także wskazano na raporty z badań: FIFA 2star – Labosport, FIFA 2star 20200 cykli –

Labosport – Odbicie pionowe piłki, opór w ruchu obrotowym, deformacja, FIFA 2star – Certyfikat;

3. Raport techniczny laboratorium Labosport zawierający ocenę Domo VarioSlide S Pro 50 wydany dla Domo Sport Grass, z którego wynika, że produkt Domo VarioSlide S Pro 50 posiada wysokość włókna 50 mm, wypełnienie stabilizujące: piasek kwarcowy – 22 kg/m<sup>2</sup>, podkład Trocellen XC070 010 – prefabrykowany shockpad, łączona krzyżowo pianka PE,

4. atest higieniczny HK/W/0020/01/2009 Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny wydany dla płukanych, suszonych i klasyfikowanych piasków filtracyjnych przeznaczonych do stosowania jako materiał filtracyjny w procesie uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia, wody w basenach kąpielowych oraz jako warstwa filtracyjna w obiektach budowlanych (boiska, trawniki).

Wykonawca ten w treści oferty złożył oświadczenie o udzieleniu gwarancji zgodnie z warunkami podanymi w SIWZ na wykonane roboty i zastosowane materiały. W tym zakresie wykonawca był także wzywany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie m. in. braku zawarcia w autoryzacji DOMO SPORTS GRASS potwierdzenia odpowiedzialności za wykonanie podbudowy i instalacji produktów oraz odpowiedzialności gwarancyjnej producenta skoro w treści raportu badań laboratoryjnych Labosport dla DOMO VARIOSLIDE S PRO 50, wykonanego dla DOMO SPORTS GRASS, ujęto podbudowę tzw. shockpad, oraz o uzupełnienie dokumentacji m. in. o kartę techniczną nawierzchni z trawy syntetycznej potwierdzoną przez producenta. W efekcie Prezes UZP uznał, że w treści oferty wykonawcy Firma Ogrodnicza L. Architektura Zieleni, analogicznie jak w przypadku oferty wykonawcy Nest Sp. z o.o., występowały rozbieżności pomiędzy:

- treścią raportu technicznego laboratorium Labosport, w którym w wydanej ocenie DOMO VarioSlide S Pro 50 dla DOMO SPORTS GRASS określono wymagania w pkt 2 dla wypełnienia stabilizującego – piasek kwarcowy: 22 kg/m<sup>2</sup>, a załączonymi do oferty parametrami technicznymi DOMO VarioSlide S Pro 50, w którym określono wypełnienie jako piasek na poziomie ok. 15 kg,
- treścią raportu technicznego laboratorium Labosport, w którym w wydanej ocenie DOMO VarioSlide S Pro 50 dla DOMO SPORTS GRASS określono wymagania w pkt 5 dla wypełnienia stabilizującego – zakres wielkości cząstek: 0,5-1,00 mm, a specyfikacją techniczną projektu, gdzie wskazano piasek frakcji 0,2 – 0,8 mm.

Jego zdaniem w zakresie ww. rozbieżności Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Firma Ogrodnicza L. Architektura Zieleni do złożenia wyjaśnień. Wobec powyższego Prezes UZP wskazał, że oferta wykonawcy Firma Ogrodnicza L. Architektura Zieleni nie spełniła wymagań zawartych w SIWZ w zakresie wymogu przedłożenia karty technicznej shockpadu potwierdzonej przez producenta, a zatem powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto – zdaniem Prezesa UZP - Zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wskazujących na spełnienie przez nawierzchnię DOMO VarioSlide S Pro 50 wymagań SIWZ w związku z wystąpieniem rozbieżności w treści załączonych do oferty dokumentów oraz specyfikacji technicznej projektu dotyczącej parametrów technicznych wypełnienia stabilizującego – wielkości cząsteczek piasku kwarcowego.

Prezes UZP podniósł także, że wykonawca Konsorcjum: Epotis Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DUBLER” s.c. przedłożył, w celu wykazania spełnienia warunków zawartych w SIWZ, raport techniczny laboratorium Labosport zawierający ocenę MONDOTURF NSF MONOFIBRE 11 45 AE STAR FTS wydany dla Mondo SPA, z którego wynika, że powyższy produkt posiada wysokość włókna 45 mm, wypełnienie: termoplastyczne (7000 g/m<sup>2</sup>) oraz piasek kwarcowy (22000 g/m<sup>2</sup>), wielkość cząsteczek piasku kwarcowego: 0,5-1,0 mm, natomiast w załączonej do oferty karcie technicznej produktu MONDOTURF NSF MONOFIBRE 11 45 AE STAR FTS wskazano, że wypełnienie stanowi krzemionka piaskowa o frakcji 0,4-1,00 mm. Podkreślił przy tym, że w specyfikacji technicznej projektu wymagano wypełnienia piaskiem o frakcji 0,2 – 0,8 mm. Według Prezesa UZP z dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający nie wezwał wykonawcy Konsorcjum: Epotis Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DUBLER” s.c. do uzupełnienia dokumentów w związku z ww. rozbieżnością w załączonej do oferty dokumentacji oraz specyfikacji technicznej projektu. Tym samym – jego zdaniem - Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów wskazujących na spełnienie przez nawierzchnię MONDOTURF NSF MONOFIBRE 11 45 AE STAR FTS wymagań SIWZ w związku z wystąpieniem rozbieżności w treści załączonych do oferty dokumentów oraz specyfikacji technicznej projektu dotyczącej parametrów technicznych wypełnienia stabilizującego – wielkości cząsteczek piasku kwarcowego.

Co do drugiej kwestii Prezes UZP podniósł, że Wykonawca Nest Sp. z o.o. nie zabezpieczył swojej oferty przez cały okres związania ofertą wadium, a powyższe wskazuje na konieczność wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Podkreślił też, że po upływie terminu składania ofert wykonawcy nie posiadają możliwości uzupełnienia wadium w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż dokument wadium nie jest uznawany za dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego, jego zdaniem, brak było możliwości poprawienia zapisów gwarancji ubezpieczeniowej wskazanego wykonawcy w związku z nieobjęciem gwarancją

całego przedłużonego okresu związania ofertą, co powinno być powodem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Prezes UZP w Informacji o wyniku kontroli doraźnej przedstawił stan faktyczny w przedmiotowym zakresie. Podkreślił, że zgodnie z rozdziałem 12 SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do wniesienia wadium w wysokości 30.000,00 zł przed upływem terminu składania ofert, zaś Wykonawca Nest Sp. z o.o. załączył do oferty Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG10/0112/10/0054, ważną w okresie od dnia 2 czerwca 2010 r. do dnia 2 lipca 2010 r. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, pismem z dnia 24 czerwca 2010 r., wezwał wykonawcę Nest Sp. z o.o. do przedłużenia terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z przedłużeniem ważności wadium. W odpowiedzi na powyższe Wykonawca Nest Sp. z o.o. pismem z dnia 28 czerwca 2010 r. wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą, bez wskazania w powyższym oświadczeniu o ile dni przedłuża okres związania ofertą, zaś z załączonego do ww. pisma aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG10/0112/10/0054, wydanego w dniu 28 sierpnia 2010 r. (poprawna data: 28 czerwca 2010 r.) wynika, iż ważność obowiązywania gwarancji została przedłużona do dnia 28 sierpnia 2010 r., tj. o 57 dni. Prezes UZP podkreślił, że Zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2010 r., nie powołując się na żadną podstawę prawną, wezwał wykonawcę Nest Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w powyższej kwestii. Pismem z dnia 21 lipca 2010 r. wykonawca Nest Sp. z o.o. udzielił wyjaśnień, z których wynika, iż w przesłanym aneksie do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium błędnie wpisano datę wystawienia aneksu oraz termin przedłużenia ważności wadium, a do ww. pisma załączono poprawnie wypełniony aneks do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG10/0112/10/0054, wydany w dniu 28 czerwca 2010 r.

### III.

Jednocześnie też Izba na podstawie treści zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego ustaliła, że Zamawiający wskazał, że zarzuty zawarte w Informacji Prezesa UZP o wynikach kontroli doraźnej dotyczą dwóch kwestii:

- 1) wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, która - zdaniem kontrolującego - powinna być odrzucona jako nie spełniająca wymagań zamawiającego w zakresie właściwości nawierzchni boiska sportowego do gry w piłkę nożną oraz
- 2) nie dokonania wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania z uwagi na wadliwie wniesione wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Pozostałe zarzuty zawarte w Informacji, stwierdzające naruszenie przepisów ustawy Pzp i odnoszące się do ofert złożonych przez Konsorcjum Epotis Sp. z o.o. i P.U.H DUBLER s.c oraz Firmę Ogrodniczą L.. Architektura Zieleni (wykonawcy zostali wykluczeni

z postępowania) – zdaniem Zamawiającego - nie mają wpływu na wynik postępowania i w związku z powyższym Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach pozostawił je bez wyjaśnienia.

Co do zarzutów dotyczących wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Nest Sp. z o.o. z Wrocławia Zamawiający podniósł, że po zmianie SIWZ dokonanej w dniu 26.05.2010 r. wymagał, aby boisko do gry w piłkę nożną miało nawierzchnię z trawy sztucznej na podkładzie z maty elastycznej (jeżeli nawierzchnia tego wymaga) - typ maty elastycznej oraz jej grubość ma być zgodna z badaniami laboratoryjnymi np. Labosport. Na kolejne zapytania, które dotyczyły podbudowy pod nawierzchnię z trawy sztucznej, Zamawiający potwierdził i wskazał z jakich składników taka podbudowa ma się składać. Podkreślił, że nawierzchnia sportowa z trawy sztucznej może być układana na podbudowie z kruszywa, na której układa się maty elastyczne typu shockpad lub typu mineralno-syntetycznego z mieszaniny granulatu SBR 1-3,5 mm, lepiszczą poliuretanowego i gysu kwarcowego o grubości 35 mm, które stanowią bezpośrednią podbudowę pod trawę. Według niego w opisie wariantu II wyraźnie dał możliwość (poprzez wskazanie – jeżeli jest wymagana) budowy boiska sportowego z trawy sztucznej albo na podkładzie mineralno - syntetycznym lub też na podkładzie z mat elastycznych. Podkreślił, że wykonawca wybrał wariant II w wersji podkładu z maty elastycznej typu shockpad, który jest typowym podkładem pod nawierzchnie z trawy sztucznej i składając ofertę w wariantcie opisanym przez Zamawiającego złożył również odpowiednie dla tego wariantu, wymagane przez Zamawiającego, dokumenty m.in. karta techniczna nawierzchni, raport Labosport-u i atest PZH. Według Zamawiającego wykonawca zaoferował nawierzchnię z trawy sztucznej typu Dorno Varioslide S Pro 50 producenta Dorno ŽELE NV i dla tej trawy przedstawił odpowiednie dokumenty potwierdzające wymagania Zamawiającego. Zamawiający podniósł, że wymagał od wykonawców przedstawienia dokumentów, które dotyczyły nawierzchni boiska z trawy sztucznej, zaś nie wymagano innych dokumentów dla innych elementów boiska np. podbudowy, granulatów. Wskazał, że wymagano:

- a) certyfikatu FIFA Star 2 dla obiektu, gdzie zainstalowano trawę przedstawioną w ofercie,
- b) raportu z badań przeprowadzonych przez certyfikowane laboratorium dla oferowanej sztucznej trawy,
- c) certyfikatu zgodności produkcji trawy z normą PN-EN-15330-1:2008,
- d) karty technicznej oferowanej nawierzchni,
- e) atestu PZH dla trawy i wypełnienia,
- f) autoryzacji producenta trawy syntetycznej dla wykonawcy i udzielonej gwarancji na tę nawierzchnię.

W ocenie Zamawiający powyższe zestawienie wskazuje na to, że nie wymagał on



żadnego innego dokumentu, który odnosiłby się do np. podbudowy czy podkładu, zatem wykonawca nie miał obowiązku przedkładać innych dokumentów niż wymagane w SIWZ. Wskazał, że wykonawca zaoferował nawierzchnię ze sztucznej trawy typu Dorno Varioslide S Pro 50 na podkładzie elastycznym typu shockpad z wypełnieniem z piasku kwarcowego i granulatu SBR i dla takiego rodzaju nawierzchni wykonawca Nest Sp. z o.o. przedstawił wymagane dokumenty. Zamawiający podkreślił, że wykonawca oferował system nawierzchni sportowej: sztuczna trawa + podkład (mata) elastyczny i w tym zakresie w ofercie przedstawił:

- a) autoryzację producenta nawierzchni ze sztucznej trawy wraz z deklaracją gwarancji na tą trawę (wyłączając podbudowę i instalację - bo za te elementy odpowiedzialny jest wykonawca, a nie producent sztucznej trawy i nie wymagano deklaracji producenta na podbudowę),
- b) deklarację zgodności,
- c) raport Labosport,
- d) kartę techniczną (w treści której nie podaje się rodzaju podbudowy czy podkładu elastycznego dla wypełnienia),
- e) certyfikat FIFA Star 2 dla wybudowanego obiektu.

Z treści raportu wykonanych badań przez Labosport wynika, że produkt Dorno Varioslide S Pro 50 badany został na próbkach przygotowanych przez producenta i zgodnie z instrukcjami producenta oraz Podręcznikiem metod badawczych muraw piłkarskich. Badania przeprowadzono na próbce wypełnionej stabilizatorem piaskiem kwarcowym w ilości 22 kg/m<sup>2</sup> oraz granulatem SBR w ilości 7 kg/m<sup>2</sup> na podkładzie elastycznym typu shockpad. Karta techniczna nawierzchni typu Dorno Varioslide S Pro 50 nie dotyczy innego produktu niż badany przez Labosport, a ilości wypełnienia wskazane w karcie - 15 kg/m<sup>2</sup> według Zamawiającego wyraźnie odnoszą się do rodzaju podbudowy (lub podkładu), zatem mogą ulegać zmianie stosownie do zastosowanego podkładu czy podbudowy.

Według Zamawiającego stanowisko kontrolującego, że istniejąca niezgodność pomiędzy kartą techniczną, a raportem badań laboratoryjnych dyskwalifikuje wykonawcę jest oczywiście nieuprawnione. Podniósł, że ilości wypełnienia stabilizującego zależą od rodzaju podbudowy lub stosowania bądź nie - mat elastycznych.

W ocenie Zamawiającego zarzut dotyczący złożenia do oferty atestu PZH dla piasku kwarcowego o innym granulacie niż wymagany w raporcie laboratorium należy uznać za nieuzasadniony. Podkreślił, iż zgodnie z raportem badań nawierzchni sportowej Dorno Varioslide S Pro 50 wypełnieniem był piasek kwarcowy o granulacie 0,5 - 1,0 mm, w specyfikacji technicznej wskazano piasek frakcji 0,2 - 0,8 mm, zaś na potwierdzenie posiadania i dostępu do wypełnienia kwarcowego wykonawca przedłożył atest higieniczny PZH żwiru filtracyjnego dla frakcji 0 - 4 0 mm i wyjaśnienie z dnia 16.07.2010 r., w którym

przedstawia nazewnictwo i zakres nim objęty dla żwiru filtracyjnego stosowane przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego. Wykonawca wyjaśnił Zamawiającemu, że w zakresie frakcji 0 - 40 mm znajdują się wyselekcjonowane ziarna frakcji 0,05 - 1,0 mm i są to pisaki oraz powyżej tej frakcji są to żwiry. Według Zamawiającego atest wydany przez PZH nie rozgranicza się na rodzaje frakcji i należało przyjąć, że w zakresie badanych frakcji jest również frakcja zasypowa dla nawierzchni z trawy sztucznej, a potwierdzeniem powyższego jest stanowisko zajęte przez autora projektu, tj. Pracownia Projektowo-Usługowa „Maroks” s.c., którego ostateczna opinia zarówno na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. po otrzymaniu wyjaśnień wykonawców i obecnie, potwierdzona pismem nr 12/05/2014 z dnia 28.05.2014 r. jest zgodna ze wskazanymi wyjaśnieniami.

Co do zarzutu wadliwego wniesienia wadium przez wykonawcę Nest Sp. z o.o. Zamawiający wskazał na rolę wadium w procesie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał, iż zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. W związku z powyższym przywołał art. 70 par. 4 Kc, który stanowi, że wadium to określona suma pieniędzy składana w poczet zabezpieczenia dotrzymania warunków danej umowy. Wskazał też na funkcje, jakie spełnia wadium podczas prowadzonego przetargu, iż służy ono przede wszystkim zapewnieniu wiarygodności majątkowej uczestnika, który podejmuje się przyjęcia oferty, co oznacza, że zastrzeżenie wadium w warunkach przetargowych skutkuje wprowadzeniem ograniczenia, które zapewnia zawarcie umowy w sytuacji, kiedy jej ważność zależy od szczególnych ustawowo określonych warunków. Dodatkowo w jego ocenie wadium powoduje zmniejszenie do minimum ryzyka niebezpieczeństwa udziału osób działających w złej wierze. Wadium zatem ma zaspokoić pokrycie roszczeń zamawiającego w przypadku, jeżeli wybrany wykonawca uchyła się od zawarcia umowy i wnoszone jest przez uczestnika postępowania działającego w dobrej wierze mającego za cel wygranie przetargu i uzyskanie zamówienia, gdyż w przeciwnym przypadku składanie oferty pozbawiony byłoby sensu.

Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Nest Sp. z o.o. złożył w określonym przez Zamawiającego terminie i zabezpieczył ofertę w odpowiedniej kwocie w wadium, co wskazuje, że działanie wykonawcy było w dobrej wierze z zamiarem późniejszego zawarcia umowy. Podkreślił, że w toku prowadzonego postępowania, przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający pismem z dnia 28.06.2010 r. (z uwagi na dokonywane czynności sprawdzające i wyjaśniające) zwrócił się - na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp do wszystkich uczestników postępowania o przedłużenie okresu związania ofertą na kolejne 60 dni wraz z przedłużeniem wadium, zaś wykonawca Nest Sp. z o.o. złożył oświadczenie o wyrażeniu

zgody na przedłużenie okresu związania ofertą na kolejne 60 dni oraz załączył dokument potwierdzający przedłużenie ważności wadium na nowy okres związania ofertą. W ocenie Zamawiającego, przedłużając okres związania ofertą i przedłużając okres ważności wadium, wykonawca Nest Sp. z o.o. popełnił niezamierzony błąd, przedkładając aneks do gwarancji wadialnej na okres do 28 sierpnia 2010 r., a nie jak to powinno być do 31 sierpnia 2010 r. Błąd ten – według Zamawiającego - popełnił gwarant InterRisk wystawiający gwarancję wadialną na okres podstawowy i na okres przedłużonego związania ofertą. Uwzględniając powyższe Zamawiający pismem z dnia 21.07.2010 r. zwrócił się do wykonawcy Nest Sp. z o.o. o wyjaśnienie niezamierzonego błędu i w tym samym dniu otrzymał odpowiedź wraz z poprawionym dokumentem gwarancyjnym na okres obowiązywania do 31.08.2010 r. Zdaniem Zamawiającego czynności dokonane przez wykonawcę Nest Sp. z o.o. należy uznać za działanie w dobrej wierze potwierdzające zamiar dalszego udziału w przetargu i chęć zawarcia umowy, gdyż Zamawiający przez cały okres swojego działania był w posiadaniu wadium w pełnej kwocie i mógłby z niego skorzystać w sytuacji tego wymagającej i nie można uznać braku ciągłości w dysponowaniu zabezpieczeniem wadialnym. Podkreślił, że zakończył postępowanie i z wybranym wykonawcą, który złożył ofertę z najniższą ceną, zawarł w dniu 28.07.2010 r. umowę, o czym zawiadomił w BZP Nr 203701-2010.

W jego ocenie zarzut podnoszony w informacji o dokonanej kontroli doraźnej o braku podstawy prawnej do zwracania się do wykonawcy o wyjaśnienie popełnionego błędu w dacie gwarancji wadialnej należy uznać za nieuzasadniony z następujących powodów:

- zamawiający zauważył rozbieżność (błąd) pomiędzy oświadczeniem wykonawcy o przedłużeniu okresu związania ofertą na kolejne 60 dni, a datą ważności aneksu przedłużającego ważność wadium,
- mając na względzie wolę dalszego uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu przetargowym, miał pełne podstawy do wyjaśnienia zaistniałej omyłki (błędu).

Według niego działania Zamawiającego w tym względzie nie naruszały żadnego z zakazów zarówno ustawy Pzp, jak i również przepisów Kodeksu cywilnego.

#### **IV.**

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenie kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w Informacji o wynikach kontroli Prezesa UZP, podzieliła stanowisko Prezesa UZP.

Izba, stwierdzając powyższe, wydała rozstrzygnięcie w sprawie w oparciu o granice zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego. W tym zakresie Izba uznała, biorąc pod uwagę treść zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP, że

zastrzeżenia te nie obejmują zarzutów z Informacji o wyniku kontroli doraźnej dotyczących ofert złożonych przez Konsorcjum Epotis Sp. z o.o. i P.U.H DUBLER s.c. oraz Firmę Ogrodniczą L.. Architektura Zieleni, a jedynie zarzutu dotyczącego wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania jej odrzucenia z powodu sprzeczności z treścią SIWZ jako nie spełniającej wymagań Zamawiającego w zakresie właściwości nawierzchni boiska sportowego do gry w piłkę nożną oraz zarzutu dotyczącego nie dokonania wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania z uwagi na wadliwie wniesione wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Podkreślenia jednak wymaga okoliczność, iż kontrola sprawowana przez Prezesa UZP, zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp, ma charakter kontroli legalnej, polegającej na badaniu zgodności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy Pzp. W tym zakresie zatem Prezes UZP ma prawo i obowiązek wykazywania podmiotowi zamawiającemu wszelkich naruszeń przepisów ustawy Pzp, których ten dopuścił się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność wpływu określonego naruszenia przepisów ustawy Pzp powinna być przez Prezesa UZP oceniana w toku prowadzonej kontroli w kontekście wskazania zamawiającemu informacji o stwierdzonych naruszeniach i ich wadze (art. 164 ust. 2, czy w przypadku kontroli uprzedniej zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej – art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), czy jako podstawa do samego wszczęcia kontroli doraźnej (art. 165 ust. 1 ust. 3 i 4 ustawy Pzp), czy też przede wszystkim jako podstawa do rozważenia wystąpienia przez Prezesa UZP w trybie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 168 pkt 3 ustawy Pzp do sądu powszechnego o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W oparciu o powyższe jednak brak jest podstaw do stwierdzenia, że wszystkie naruszenia przepisów ustawy Pzp, które zostały stwierdzone przez Prezesa UZP w toku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, muszą charakteryzować się wpływem na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby można było mówić o jakimkolwiek naruszeniu ustawy Pzp. Zdaniem Izby w toku kontroli taka ocena stwierdzonych przez Prezesa UZP naruszeń powinna nastąpić, jednakże brak wpływu na wynik postępowania nie konwaliduje określonego naruszenia przepisów ustawy Pzp, którego dopuścił się zamawiający.

Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa UZP, w tym opinie biegłego powołanego przez Prezesa UZP, wyrażone w Informacji o wynikach kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszone przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa UZP, stwierdziła,

że w przedmiotowej sprawie Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przywołanych w Informacji o wynikach kontroli.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do kwestii braku przedłożenia przez wykonawcę Nest Sp. z o.o. dokumentu karty technicznej oferowanej nawierzchni potwierdzonej przez jej producenta Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie potwierdziły się. Izba stwierdziła w tym zakresie, że Zamawiający, ustalając wymogi SIWZ co do opisu przedmiotu zamówienia w zmodyfikowanym odpowiednimi na zapytania do treści SIWZ rozdziale 2 pkt 2.1 SIWZ, wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje budowę boiska do piłki nożnej o wymiarach 30,0 m x 62,0 m o powierzchni 1860 m<sup>2</sup> (pole gry 26,0 m x 56,0 m), w tym:

- podbudowę przepuszczalną,
- nawierzchnię do piłki nożnej „sztuczna trawa”

Nawierzchnia ta miała mieć następujące właściwości i technologię układania, które zostały określone w dokumentacji projektowej (załącznik nr 3 do SIWZ) i SST (załącznik nr 2 do SIWZ). W tym zakresie Zamawiający zastąpił wymogi SIWZ poprzez anulowanie pierwotnych wymogów opisanych w Wariancie I i wprowadzenie Wariantu II, tj.: wskazano na wysokość włókna min. 40 mm i mniejszą niż 60 mm na podkładzie z maty elastycznej, jeżeli jest wymagana \*typ maty, jej grubość oraz wypełnienie trawy syntetycznej zgodnie z badaniem laboratorium np. Labosport)

1. Typ włókna: monofil;
2. Skład chemiczny włókna: polietylen;
3. Ciężar włókna: min. 11 000 Dtex
4. Gęstość trawy: min. 97 000 włókien /m<sup>2</sup>

Zamawiający też w rozdziale 11 pkt 4 lit. B SIWZ w celu wykazania spełnienia wymagań jakościowych dotyczących systemu nawierzchni z trawy syntetycznej określił też katalog żądanych dokumentów przedmiotowych:

1. aktualny certyfikat FIFA 2 Star dla obiektu wykonanego z oferowanego systemu nawierzchni i raportu z badań przeprowadzonych przez laboratorium (Labosport lub ISA-Sport lub Sports Labs Ltd), dotyczący oferowanej nawierzchni, potwierdzający zgodność jej parametrów z FIFA Quality Concept for Football Turf,
2. certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN 15330-1:2008, lub aprobata techniczna ITB, lub rekomendacja techniczna ITB,
3. karta techniczna oferowanej nawierzchni, potwierdzona przez jej producenta,
4. atest PZH lub równoważny dla oferowanej nawierzchni i wypełnienia,
5. autoryzacja producenta trawy syntetycznej, wystawiona dla wykonawcy na realizowaną inwestycję wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na tę nawierzchnię.

Zdaniem Izby dla oceny braku przedłożenia przez wykonawcę Nest Sp. z o.o. – tak w ofercie, jak i w wyniku wezwania do uzupełnienia braków oferty (braku dokumentu przedmiotowego) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - karty technicznej nawierzchni potwierdzonej przez producenta, istotna była ocena wskazanych wyżej postanowień SIWZ i rozstrzygnięcie, czy Zamawiający żądał od wykonawców w tym postępowaniu karty technicznej także w odniesieniu do maty elastycznej, jeżeli takowa była niezbędna do zaoferowania (w tym maty shockpad Trocellen XC070 010 oferowanej przez wskazanego wykonawcę). W tym kontekście Izba stwierdziła, opierając się na opinii powołanego przez Prezesa UZP biegłego, jak i wykładni postanowień SIWZ przywołanych powyżej, iż wskazana mata elastyczna oferowana przez wykonawcę Nest Sp. z o.o. mieści się w pojęciu „nawierzchnia”. Takie stwierdzenie znalazło się przede wszystkim w opinii biegłego powołanego przez UZP, który stwierdził, że wykonawca Nest Sp. z o.o., oferując nawierzchnię o nazwie DOMO VARIOSLIDE S PRO 50/SBR – k3000.400.t24.ito, zaoferował tak samą wykładzinę DOMO VARIOSLIDE S PRO 50, jak też jej wypełnienie użytkowe SBR, piasek kwarcowy stanowiący wypełnienie stabilizujące oraz wskazany shockpad. Biegły swoje stanowisko opierał przede wszystkim na treści oferty wskazanego wykonawcy, a w szczególności w oparciu o badania specjalistycznego laboratorium Labosport. Złożone przez tego wykonawcę To twierdzenie biegłego – zdaniem Izby - znajduje uzasadnienie w treści postanowień SIWZ. Zamawiający, żądając dokumentu – karty technicznej dotyczącej nawierzchni, co prawda nie sprecyzował dokładnie co ma oznaczać to pojęcie („nawierzchnia”), które z całą pewnością utożsamiał z pojęciem „trawy syntetycznej”, jednakże treść pozostałych wymogów dotyczących żądanych dokumentów przedmiotowych wskazuje, że Zamawiający wyróżniał pojęcie „nawierzchni” od pojęcia „wypełnienia”, za które nie można uznać wskazanej maty elastycznej. Niewątpliwie w tym zakresie należy również ocenić postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, do którego odnoszą się żądane przez Zamawiającego w postępowaniu przywołane dokumenty przedmiotowe. W tym zakresie Zamawiający opisując wymogi dotyczące oczekiwanej trawy syntetycznej wyraźnie już wskazywał też na wymogi odnoszące się do maty elastycznej, jeżeli takowa będzie wymagana dla oferowanego przez konkretnego wykonawcę produktu. Skoro oferowany przez wykonawcę Nest Sp. z o.o. produkt dla swej funkcjonalności wymaga także zaoferowania określonej maty elastycznej, co wynika z treści oferty wskazanego wykonawcy, również dla tego produktu, który mieści się w pojęciu: „nawierzchnia” („trawa syntetyczna”) wymagane jest przedłożenie określonego dokumentu przedmiotowego, które potwierdzone byłoby przez producenta. Autoryzacja producenta trawy DOMO ZELE NV dla oferowanego przez wykonawcę Nest Sp. z o.o. produktu potwierdza udzielenie gwarancji na trawę, jednakże producent DOMO ZELE NV nie udziela

gwarancji m.in. na shockpad, ponieważ shockpad, który nie jest częścią podbudowy tylko podkładem elastycznym, nie jest produktem DOMO ZELE NV. Wskazaną argumentację przedstawił sam wykonawca w udzielonych Zamawiającemu na jego żądanie wyjaśnieniach. Zdaniem Izby wskazaną argumentacją wykonawca ten potwierdził Zamawiającemu, że oferowana mata shockpad nie jest podkładem (a faktycznie Zamawiający co do podkładu nie żądał przedstawienia karty technicznej wraz z potwierdzeniem producenta). Skoro zatem nie jest podkładem stanowi ściśle związany z nawierzchnią jej element techniczny, niezbędny do całości oferowanego produktu – nawierzchni (trawy syntetycznej). Tym samym zatem skoro Zamawiający oczekiwał od wykonawców przedłożenia dokumentu przedmiotowego w postaci karty technicznej oferowanej nawierzchni, potwierdzonej przez jej producenta, wykonawca winien był taki dokument przedłożyć. W skład oferowanej przez Nest Sp. z o.o. nawierzchni DOMO VarioSlide S Pro 50 wchodził bowiem m.in. shockpad Trocellen XC070 010 i wykonawca ten winien przedłożyć kartę techniczną ww. shockpadu potwierdzoną przez producenta. Brak takiego dokumentu potwierdzonego przez producenta w odniesieniu do elementu oczekiwanej i oferowanej przez wykonawcę nawierzchni (w tym maty elastycznej shockpad Trocellen XC070 010) dyskwalifikuje ofertę wykonawcy w kontekście wykazania jej zgodności z treścią SIWZ.

Odnosząc się w drugiej kolejności do kwestii braku przedłożenia przez wykonawcę Nest Sp. z o.o. dokumentu atestu higienicznego odnoszącego się do oczekiwanego przez Zamawiającego w SIWZ wypełniania (granulat piasek kwarcowy suszony frakcji 0,2-0,8 mm) Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie potwierdziły się.

Izba stwierdziła w tym zakresie, że Zamawiający, udzielając wyjaśnień do treści SIWZ, w sposób konkretny potwierdził wymóg co do oczekiwanego wypełniania, wskazując na wypełnienie trawy: granulat piasek kwarcowy suszony frakcji 0,2-0,8 mm (pkt 3.1.2 specyfikacji technicznej projektu pn. Opis techniczny do projektu wykonawczego budowy obiektów sportowych (boisk szkolnych) przy Szkole Podstawowej Nr 14 w Głogowie objętych programem „Moje boiska ORLIK 2012”).

Przedłożony przez wykonawcę Nest Sp. z o.o., na wezwanie Zamawiającego, atest higieniczny HK/W/0049/01/2010 Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny wydany został dla żwiru filtracyjnego o granulacji 0-40 mm, przeznaczonego do uzdatniania wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi. Tym samym – zdaniem Izby – wskazany wykonawca nie wykazał, że oferowany żwir spełnia wymagania zawarte w SIWZ dotyczące wypełnienia stabilizującego. Opierając się na opinii biegłego, powołanego przez UZP w przedmiotowej sprawie, stwierdzić należy, że przedłożony atest higieniczny powinien dotyczyć piasku kwarcowego o parametrach wskazanych w Raporcie technicznym laboratorium Labosport, który został przedłożony przez tego wykonawcę

w odniesieniu do oferowanej nawierzchni, gdzie m.in. zakres wielkości ziaren został wskazany na poziomie 0,5 mm – 1,00 mm, gdyż takie parametry gwarantują prawidłową wartość użytkową nawierzchni.

Słusznie wskazał Prezes UZP, że wskazany wykonawca nie wyjaśnił rozbieżności pomiędzy parametrami piasku wskazanymi w raporcie technicznym laboratorium Labosport (0,5 mm – 1,00 mm) a wymaganymi w specyfikacji technicznej projektu (0,2-0,8 mm). Wyjaśnienia wykonawcy Nest Sp. z o.o., iż Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego – Państwowy Zakład Higieny w ww. atencie użył nazewnictwa *żwir filtracyjny o frakcji 0-40 mm*, co obejmuje równocześnie piaski kwarcowe o frakcji 0,05-1,00 mm, jak i żwiry o frakcji 2,00-40,00 mm”, są zdaniem Izby niewystarczające i nieuzasadnione.

Jednocześnie też biegły zauważył, że w tym zakresie powinien mieć zastosowanie piasek o parametrach określonych w specyfikacji technicznej zamówienia (piasek frakcji 0,2-0,8 mm). Istotną rozbieżnością w tym zakresie, stwierdzoną również przez biegłego, była ilość wypełnienia piaskiem kwarcowym. W karcie technicznej oferowanej przez Nest Sp. z o.o. nawierzchni wskazuje się na ilość ok. 15 kg piasku tymczasem w przedłożonym raporcie z badań laboratorium Labosport wskazuje się na ilość 22 kg/m<sup>2</sup> piasku i ta wartość, biorąc pod uwagę również wymagane przez Zamawiającego badania, powinna być wiążąca dla wykonawcy. Izba stwierdziła, że powyższe samodzielnie nie może być uznane za niezgodność z SIWZ, bowiem w tym zakresie Zamawiający konkretnych i jednoznacznych wymogów w SIWZ nie określił. Prezes UZP nie wskazał w tym zakresie konkretnego postanowienia SIWZ, z którym oferta wskazanego wykonawcy byłaby sprzeczna. W tym przypadku mamy co najwyżej do czynienia z wewnętrzną sprzecznością w ofercie wykonawcy, która została przez niego w dostateczny sposób - zdanie Izby - wyjaśniona. Przedłożony raport z badań potwierdzał w konkretnym przypadku wymaganą ilość piasku (22 kg/m<sup>2</sup>), zaś karta techniczna odnosi się do ilości piasku wymaganej w zależności od oferowanej podbudowy. Niemniej jednak w tym przypadku powyższe nie może wpływać na konwalidację oferty wykonawcy Nest Sp. z o.o., z racji tego, iż inne okoliczności, w tym dotyczące oferowanego wypełnienia (piasek kwarcowy 0,2-0,8 mm), wskazują wprost na niegodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ.

Odnosząc się w trzeciej kolejności do kwestii zaniechania wykluczenia wykonawcy Nest Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na brak wniesienia wadium na cały okres związania ofertą, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie potwierdziły się.

Izba potwierdziła w tym zakresie ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UZP, które nie były kwestionowane przez Zamawiającego w ramach zgłoszonych zastrzeżeń od wyników kontroli. Zamawiający podkreślił, że wskazany wykonawca, przedłużając okres związania ofertą i przedłużając okres ważności wadium na wezwanie Zamawiającego



w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, popełnił niezamierzony błąd przedkładając aneks do gwarancji wadialnej na okres do 28 sierpnia 2010 r., a nie - jak to powinno być - do 31 sierpnia 2010 r. Zamawiający wskazywał, że błąd ten popełnił gwarant InterRisk wystawiający gwarancję wadialną na okres podstawowy i na okres przedłużonego związania ofertą.

Z taką argumentacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. W świetle aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp termin związania ofertą ma istotne znaczenie dla ważności oferty składanej przez wykonawcę, stanowiąc o woli wykonawcy ubiegania się o dane zamówienie na określonych warunkach i z drugiej strony wskazując na zapewnienie dla zamawiającego, że wykonawca nie wycofał się z przedmiotu świadczenia i warunków na jakich ten został Zamawiającemu zaoferowany. Wadium zaś stanowi finansowe zabezpieczenie oferty wykonawcy i wiąże wykonawcę do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiąc przede wszystkim o zabezpieczeniu interesów podmiotu zamawiającego. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo – jeżeli jest to możliwe – z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Brak przedłużenia wadium na przedłużony okres związania ofertą zaś – zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Skoro w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca Nest Sp. z o.o., przedłużając termin związania ofertą o określony czas – 60 dni, nie przedłużył jednocześnie na ten czas wadium - na okres do 31 sierpnia 2010 r. (przedłużenie to nastąpiło do dnia 28 sierpnia 2010 r., tj. o 57 dni), to zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. W tym zakresie mamy do czynienia wprost z niedopełnieniem dyspozycji art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem wykonawca Nest Sp. z o.o. przedłużył ważność wadium, przedkładając aneks do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, na okres krótszy niż przedłużenie terminu związania ofertą.

Próba konwalidacji ważności wadium w trybie procedury wyjaśnień prowadzonej z wykonawcą przez Zamawiającego, nastąpiła w dniu 21 lipca 2010 r., kiedy to wykonawca Nest Sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu prawidłową już gwarancję wadialną z przedłużeniem ważności wadium do dnia 31 sierpnia 2010 r. Przedłużenie to nastąpiło dopiero w dniu 21 lipca 2010 r., podczas gdy pierwotnie złożona w ofercie tego wykonawcy gwarancja wadialna była wniesiona na okres od 2 czerwca 2010 r. do dnia 2 lipca 2010 r. Tak więc wniesienie poprawnej gwarancji wadialnej do Zamawiającego nastąpiło już po upływie pierwotnego okresu zabezpieczenia wadialnego oferty. Z punktu widzenia skuteczności wniesienia wadium (jego przedłużenia) istotne znaczenie ma złożenie

finansowego zabezpieczenia oferty fizycznie u zamawiającego, tak, aby podmiot ten miał potencjalną możliwość zaspokojenia się z tego zabezpieczenia. Z tych też względów nie można również mówić o zachowaniu ciągłości prawidłowego - tj. zgodnego z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp – zabezpieczenia wadialnego oferty wykonawcy Nest Sp. z o.o.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż wyjaśnienia udzielone w tym zakresie przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego nie mogą w żaden sposób konwalidować pierwotnie wniesionej przez tego wykonawcę gwarancji wadialnej (aneksu do niej). Wadium bowiem nie stanowi treści oferty wykonawcy tylko – jak wskazano powyżej - jej finansowe zabezpieczenie. Tymczasem procedura wyjaśnień wynikająca z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadzona jest przez podmiot zamawiający w odniesieniu do treści oferty. Podobną rolę spełnia również art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który to przepis odnosi się do wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (tj. dokumentów podmiotowych i przedmiotowych); z pewnością zaś nie odnosi się do instytucji zabezpieczenia oferty wykonawcy składanej w postępowaniu o zamówienie publiczne, przewidzianej odrębnie w ustawie Pzp, w art. 45 (wadium). Tak więc prowadzone przez Zamawiającego wyjaśnienia w tym zakresie były nieuprawnione i w żaden sposób nie mogły konwalidować czynności wykonawcy nieprawidłowego – niezgodnego z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp - przedłużenia terminu związania ofertą.

Zdaniem Izby – wobec wykazanego formalnego naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego - nie mają w tym zakresie żadnego znaczenia dodatkowe okoliczności wskazane przez Zamawiającego w zgłoszonych zastrzeżeniach, takie jak: działanie przez wykonawcę w dobrej wierze, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym w postępowaniu wykonawcą na warunkach określonych przez Zamawiającego w okresie trwania nowego okresu związania ofertą i w okresie ważności wadium, czy też popełniony błąd, który został zauważony przez Zamawiającego oraz sama wola dalszego uczestnictwa wskazanego wykonawcy w postępowaniu przetargowym. Przy ocenie prawidłowości wniesienia wadium ocena powyższego powinna być dokonywana w odniesieniu do treści dokumentu wadialnego, a nie dodatkowych okoliczności występujących w postępowaniu o zamówienie publiczne, a tym bardziej okoliczności, które mają miejsce po wniesieniu wadium (jak np. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy przykładowo prawidłowa realizacja tej umowy przez wykonawcę).

Tym samym też, biorąc pod uwagę wskazaną powyżej argumentację Izby, jak również dokonując oceny stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy Pzp, zdaniem Izby w tym przypadku zastrzeżenia Zamawiającego co do wyników kontroli Prezesa UZP nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....