

Konsekwencją powyższych naruszeń była obraza przepisu art. 82 ust. 3 PZP spowodowana błędnym uznaniem, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż przepis ten wyraża w sobie normę o charakterze bezwzględnie obowiązującym (*ius cogentis*). W treści powyższego przepisu istotne znaczenia ma element jej hipotezy w postaci zwrotu "musi odpowiadać", co należy odczytywać, że pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ istnieć powinna tożsamość merytoryczna - funkcjonalna odnosząca się do istotnych składników przyszłego zobowiązania, a więc nie tożsamość formalna (słowna, pojęciowa). Przekładając powyższą normę prawną na grunt praktyczny wskazać należy, iż zgodnie z ujętym w jej treści nakazem, skierowanym, co istotne, zarówno do podmiotu zamawiającego, jak również do wykonawców, zakres i sposób realizacji świadczenia musi być zgodny z zakresem i sposobem dookreślonym przez Zamawiającego w treści SIWZ – przy czym, nieusuwalnym brakiem oferty skutkującym jej odrzuceniem jest sprzeczność oferty z SIWZ, **co do jej istotnych elementów**. Jak wskazuje judykatura (por. wyr. SO w Gorzowie Wlkp. z 9.11.2005 r., VII Ga 44/05, niepubl.). Zob. także wyr. KIO z 25.3.2013 r., KIO 578/13: *Podstawą odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pr. Zam. Publ., jest 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. [...] Oceniając zachowanie zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba doszła do wniosku, że zamawiający nadinterpretuje dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pr. Zam. Publ., rozszerzając możliwość zastosowania tego przepisu na elementy oferty, które de facto nie stanowią essentialia negotii przyszłej umowy. W ocenie Izby tylko te elementy oferty, które mają decydujące znaczenie, czy to w możliwości uznania takiej oferty za najkorzystniejszą, czy też możliwości zawarcia umowy, wyłączają możliwość rozszerzenia sankcji wynikających z omawianego przepisu na elementy obiektywnie nieistotne".* Jak wskazano wyżej, brak precyzji w określeniu przez zamawiającego wymogów **nie może pociągać czy wywoływać negatywnych skutków po stronie wykonawcy** (por. wyr. KIO z 12.1.2010 r., KIO/UZP 1641/09; wyr. KIO z 21.2.2013 r., KIO 269/13: *SIWZ jest jednym z podstawowych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jednym z głównych dokumentów, na podstawie którego wykonawcy sporządzają ofertę. Specyfikacja stanowi instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób powinni sporządzić poprawnie ofertę, przy czym jeśli wykonawcy wykażą spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego zgodnie z zapisami siwz, Zamawiający nie może odrzucić oferty takiego wykonawcy. Wykonawca czytając siwz nie może się domyślać, jakie wymagania powinien spełnić startując do przedmiotowego postępowania. Wymagania Zamawiającego powinny być określone w SIWZ przez [zamawiającego - przyp. autora] w sposób jednoznaczny, niebudzący wątpliwości, gdyż sporządzona przez Zamawiającego siwz wiąże zarówno Zamawiającego jak i wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych też względów siwz musi być precyzyjna i jednoznaczna, a jakiegokolwiek wątpliwości powstałe na tym tle powinny być, przy poszanowaniu przepisów prawa rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Zamawiający nie może również obowiązkowi sporządzenia oraz doprecyzowania zapisów siwz przerzucać na wykonawców"). Zamawiający powinien przy tym tak interpretować i oceniać oferty wykonawców, aby w ramach przepisów ustawy w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, co w pełni koresponduje z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego i sprawnego wydatkowania środków publicznych (wyr. KIO z 8.10.2008 r., KIO/UZP 1401/09). Podobnie, zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 p.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść oferty kreuje natomiast oświadczenie (zobowiązanie) wykonawcy. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie, w tym odnoszone do sprecyzowania przedmiotu dostawy - nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszonymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, w tym do sprecyzowania oferowanego świadczenia -*

co stanowi element sine qua non oferty, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ (tak KIO w wyr. z dn. 25.01.2017 r., KIO 103/17).

Nawet, gdyby przyjąć, iż niezgodność oferty Panorama Obiekty Sportowe była w jakimś – nieznacznym – zakresie niezgodna z treścią SIWZ, to nie mogła ona stanowić podstawy dla jej odrzucenia. Rodzaj granulatu, umieszczonego w dolnej warstwie nawierzchni, nie ma znaczenia dla parametrów użytkowych oraz trwałości nawierzchni, co Odwołujący wykazał niezakwestionowanymi przez Zamawiającego dokumentami, tym bardziej, że SBR jest zaferowany z produkcji pierwotnej kolorze czerwonym. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego, jakie parametry mają mieć charakter istotny, podlegający ocenie, celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. To zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb, pod warunkiem, że nie uchybia to zasadom równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zasady te doznają uszczerbku jeśli, wskutek postanowień zamawiającego możliwość, racjonalnie skalkulowanej oferty praktycznie upada (por. wyrok KIO z dn. 04.06.2013 r., KIO 1189/13).

6. Zamawiający przedwcześnie odrzucając ofertę Panorama Obiekty Sportowe, nie dał Odwołującemu możliwości wykazania, iż ma do czynienia z produktem równoważnym, którego właściwości i parametry odpowiadały parametrom postawionym przez Zamawiającego. Celem umieszczenie przez ustawodawcę dyspozycji art. 30 ust. 4 PZP, dzięki któremu jest umożliwienie ubiegania się o zamówienie publiczne tym wykonawcom, którzy mogą zaferować rozwiązania równoważne, spełniające wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia.

Odwołujący wykazał za pomocą wyników badań niezależnego laboratorium, posiadającego wymagany przez Zamawiającego Certyfikat IAAF, iż zaferowana nawierzchnia spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego. Rodzaj granulatu oraz jego kolor w dolnych warstwach nie stanowiły kryterium wyboru nawierzchni, zatem obowiązkiem Zamawiającego było dopuszczenie rozwiązania równoważnego, które mogło zawierać inne rozwiązanie, niż granulát EPDM. Wykładania art. 29 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia wątpliwości, że po stronie Zamawiającego w przypadku, gdy sporządza opis przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, że obowiązany jest poza wskazaniem określenia "lub równoważne" również podać wyznaczniki dopuszczonej równoważności, które będą stanowiły wytyczne przy dokonywaniu oceny ofert, Zamawiający powinien zatem wskazać opis równoważność w sposób jasny, zrozumiały i precyzyjny tj. opis tego co będzie uważał za ofertę równoważną.

Tak jak Odwołujący wskazał powyżej, granulát SBR Virgin może zostać wyprodukowany w dowolnym kolorze i w przypadku zaferowanej nawierzchni jest on w kolorze czerwonym, jednolitej barwie, takiej jak nawierzchnia użytkowa, wykonana z granulatu EPDEM. Zamawiający nie sprecyzował również, czy nawierzchnia ma być jednolita w jednej, jedynej warstwie, czy też miała być jednolita w danej warstwie. Nie istnieje bowiem nawierzchnia typu FULL-PUR złożona z jednej warstwy granulatu i lepszczą poliuretanowego; Zamawiający zatem – nie precyzując tej kwestii – powinien dopuścić nawierzchnię zaferowaną przez Panorama Obiekty Sportowe.

Tym samym pomimo, że w ustawie z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych nie wyartykułowano wprost przepisu nakazującego Zamawiającemu opisanie sposobu potwierdzania równoważności oferowanych rozwiązań, to jednak wobec obowiązku jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia oraz dopuszczenia rozwiązań równoważnych (art. 29 ust. 1 i 3 p.z.p., art. 30 ust. 4 p.z.p.), opisanie sposobu

przygotowania ofert, a także sposobu ich oceny (art. 36 ust. 1 pkt 10 i 13 p.z.p.), należy przyjąć, że Zamawiający by mógł ocenić, czy oferowane rozwiązania równoważne, spełniają wymóg równoważności, zgodnie z art. 30 ust. 5 p.z.p., musi je odnieść do co najmniej minimalnych wymagań opisanych w SIWZ.

7. Odwołujący stoi na stanowisku, iż wykazał równoważność nawierzchni w zakresie parametrów będących przedmiotem oceny oferty (parametrów technicznych, takich jak: Grubość całkowita, Wytrzymałość na rozciąganie, Wydłużenie podczas zerwania, Odkształcenie pionowe, Zdolność amortyzowania siły), zatem to, czy głębsza warstwa nawierzchni jest wykonana z czarnego lub czerwonego granulatu nie ma najmniejszego znaczenia dla parametrów użytkowych nawierzchni.

Zamawiający naruszył dyspozycję art 7 ust. 1 PZP i naczelną zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców preferując w sposób nieuzasadniony nawierzchnię wykonaną w całości z granulatu EPDM, w świetle braku obiektywnych przesłanek dla uznania, iż Panorama Obiekty Sportowe zaoferowała produkt gorszy, o niższej jakości. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawca nie jest uprawniony, aby ustalać za zamawiającego, jakie parametry mają mieć charakter istotny, podlegający ocenie, celem otrzymania produktu zaspakajającego oczekiwania w jak najszerszym zakresie. To zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, którego przeprowadzenie ma doprowadzić do zaspokojenia jego potrzeb, pod warunkiem, że nie uchybia to zasadom równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zasady te doznają uszczerbku jeśli, wskutek postanowień zamawiającego możliwość, racjonalnie skalkulowanej oferty praktycznie upada (por. wyrok KIO z dn. 04.06.2013 r., KIO 1189/13).

W ocenie Odwołującego, motywy rozstrzygnięcia odnośnie odrzucenia oferty skarżących pozwalają na wysunięcie wniosku, iż Zamawiający niejako "na siłę" wyszukiwał argumentów w celu odrzucenia oferty. Co więcej, Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, iż w sposób nieuzasadniony preferuje nawierzchnię z granulatu EPDM, czemu dał wyraz w sformułowaniu: *w przypadku wątpliwości lub zarzutu ze strony Wykonawcy, że niejednorodny kolor nawierzchni nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia celów Zamawiającego mógł on wnieść odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówienia i postanowień SIWZ w terminach zgodnych z ustawą Pzp, czego nie uczynił* (pisownia oryginalna). W tym miejscu podkreślić należy, iż Odwołujący skorzystał ze swojego prawa i zadał zamawiającemu pytanie wz rodzaju nawierzchni. Instytucja zadania pytania jest równoważna do Odwołania w sprawie treści ogłoszenia. Niestety Zamawiający nie udzielił wystarczająco precyzyjnej odpowiedzi.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania bez stosowania przywilejów i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wskazywane warunki lub kryteria uczestnictwa w postępowaniu nie powinny więc preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz oceny ofert powinno następować według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś na podstawie innej wiedzy zamawiającego. Oczywiście jednak jest, że zamawiający, określając warunki uczestnictwa w postępowaniu, nie może czynić tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnemu wykonawcy lub wykonawcom konkretnego produktu, o ściśle oznaczonych przez zamawiającego parametrach (por. P. Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 4, Warszawa 2014, wyd. CH Beck).

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyr. z dnia 5 czerwca 2014 r. (KIO 938/14) *Zamawiający jest*

zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nieograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, zaś w innym orzeczeniu z dnia 28 maja 2014 r. (KIO 970/14) wskazano, iż zamawiający ma prawo opisać sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tak, aby dopuścić szeroką konkurencję do udziału w postępowaniu, natomiast wszelkie ograniczenia w dostępie do zamówienia powinny być usprawiedliwione obiektywną potrzebą zamawiającego, a nie jedynie oczekiwaniem jednego z wykonawców dogodniejszych warunków konkurowania.

Zaskarżone stanowisko Zamawiającego w tej mierze z całą pewnością nie jest zgodne z przytoczonymi wyżej przepisami Prawa zamówień publicznych i nie może zasługiwać na akceptację. Opisane uzasadnienie odrzucenia oferty powoduje, iż naruszana jest naczelna zasada bezstronności zamawiającego w zakresie faworyzowania wykonawców, zaś taki sposób prowadzenia postępowania narusza w sposób oczywisty zasadę równego traktowania wykonawców

W tym stanie rzeczy skarżący wnosi i wywodzi, jak powyżej.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 8 maja 2017 roku, czyli w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 2 PZP. Z uwagi bowiem, iż liczony od dnia 2 maja 2017 roku, 5-dniowy termin mija w niedzielę (7 maja 2017 roku), odwołanie wniesione zostało następnego dnia, po dniu ustawowo wolnym od pracy, to jest 8 maja 2017 roku. Zgodnie z treścią art. 115 k.c. (stosowany poprzez art. 14 ustawy P.z.p.) jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego (art. 115 k.c.).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 8 maja 2017 roku tj. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Załączniki:

1. odpis pełnomocnictwa wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa,
2. informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z KRS Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o.
3. wydruk ogłoszenia z Monitora Sądowego i Gospodarczego Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o.
4. odpis pisma Labosport z dn. 25.02.2014 r.
5. odpis dowodu nadania odwołania Zamawiającemu.

Piaseczno, dnia 07 kwietnia 2016 roku.

PEŁNOMOCNICTWO

Ja, niżej podpisany Krzysztof Klepacki – Prezes Zarządu upoważniony do samodzielnego składania oświadczeń woli w imieniu Panorama Obiekty Sportowe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie (KRS: 0000438344) **udzielam niniejszym pełnomocnictwa z prawem udzielania substytucji radcy prawnemu Jarosławowi Pietrasowi oraz radcy prawnemu Adamowi Łyszkowskiemu, każdemu z nich z osobna.**

Niniejszej pełnomocnictwo upoważnia do:

- ❖ reprezentowania Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. przed Sądami powszechnymi wszystkich instancji oraz Sądem Najwyższym,
- ❖ reprezentowania Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. przed organami administracji publicznej, sądami administracyjnymi oraz Naczelnym Sądem Administracyjnym,
- ❖ reprezentowania Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. przed wszystkimi osobami i organami,
- ❖ prowadzenia w imieniu Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o. negocjacji oraz zawierania i podpisywania ugód, według uznania pełnomocnika,

PANORAMA
OBIEKTY SPORTOWE Sp. z o.o.
Klepacki
Inżynier Krzysztof Klepacki
PREZES ZARZĄDU



MONITOR SĄDOWY i GOSPODARCZY

Warszawa, dnia 13 listopada 2013 r. **Nr 219 (4336)**

Poz. 15868-15962

Poz. w KRS 276400-277659

UWAGA

Na podstawie art. 23 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o redukcji niektórych obowiązków obywateli i przedsiębiorców (Dz. U. Nr 232, poz. 1378) z dniem 1 stycznia 2013 r. zostaje zniesiony Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski B”.

Z dniem 1 stycznia 2013 r. ogłoszenia m.in. sprawozdań finansowych określonych w przepisach ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223, z późn. zm.) publikowane są w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

Od 1 stycznia 2013 r. zniesiony zostaje obowiązek publikacji sprawozdań finansowych wraz z wymaganymi dokumentami dla podmiotów, które składają sprawozdania finansowe do KRS i których wpisy do Rejestru przekazywane są zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy o KRS bezpośrednio do publikacji w Monitorze Sądowym i Gospodarczym. Dla jednostek nieobjętych przepisami KRS, jeśli ich sprawozdania podlegają badaniu na mocy art. 64 ustawy o rachunkowości, z dniem 1 stycznia 2013 r. powstaje obowiązek publikacji w Monitorze Sądowym i Gospodarczym.

**Numer rachunku bankowego:
Ministerstwo Sprawiedliwości
NBP O/O Warszawa**

77 1010 1010 0400 1922 3100 0000