

Sygn. akt: KIO/UZP 598/08

WYROK
z dnia 02.07.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy
Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ /rozprawie* w dniu /w dniach* 01.07.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wilanów, 02-958 Warszawa, ul. Stanisława Kostki Potockiego 11** protestu /protestów* z dnia 04.06.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz **POLCOURT S.A., 01-510 Warszawa, ul. Generała Zajęczka 11, lok. C7** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul.**

Tamka 38

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38** na rzecz **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wilanów, 02-958 Warszawa, ul. Stanisława Kostki Potockiego 11,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38**

U z a s a d n i e n i e

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Wilanów, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Gimnazjum nr 116 przy ul. Uprawnej 9/17 – budowa boiska”. Znak sprawy: 13/WIR/2008.

Ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w dniu 08.04.2008 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr ogłoszenia 71066 - 2008.

Do upływu terminu składania ofert złożono 3 oferty.

W dniu 28.05.2008 r. Wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe S.A., 00-355 Warszawa, ul. Tamka 38 – zwany dalej „Odwołującym” otrzymał, za pomocą faksu, zawiadomienie o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę – POLCOURT S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Gen. Zajączka 11 lok. C7, która w uzyskała 100 punktów. W zawiadomieniu tym Zamawiający zawarł również informację, iż oferta złożona przez Odwołującego, cyt.: „jest ofertą kompletną i złożoną prawidłowo i uzyskała 97 punktów”. Zawiadomienie zawierało także informację o wykluczeniu jednego z wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i odrzuceniu jego oferty.

W dniu 04.06.2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest Odwołującego, cyt.: „W związku z wyborem oferty POLCOURT S.A. dokonany z naruszeniem następujących przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych:

- art. 24 ust. 1 punkt 10 (wybranie oferty POLCOURT S.A. podlegającego wykluczeniu za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu);
- art. 24 ust. 2 punkt 2 i 3 (niewykluczenie POLCOURT S.A. za podanie w ofercie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania oraz za niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu);
- art. 24 ust. 4 (nieodrzućenie oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu);
- art. 26 ust. 3 (wezwanie POLCOURT S.A. do uzupełnienia treści oferty przez dołączenie zestawienia materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia);
- art. 89 ust. 1 punkt 2 (wybranie oferty o treści nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia);
- art. 87 ust. 1 (dopuszczenie do uzupełnienia treści oferty po jej złożeniu i otwarciu).”

Podnosząc przytoczone wyżej zarzuty, Odwołujący sformułował w proteście zażądania:

- „- unieważnienia czynności wyboru oferty POLCOURT S.A.,
- wykluczenia POLCOURT S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za złożenie w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz za niespełnienie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia zawodowego,
- odrzucenia jego oferty jako złożonej przez podmiot wykluczony,
- odrzucenia jego oferty za treść nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem oferty POLCOURT S.A.”

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, przede wszystkim:

1. POLCOURT S.A. podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp za brak niezbędnej wiedzy i doświadczenia zawodowego ponieważ, mimo sprzedaży w całości przedsiębiorstwa POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz przedsiębiorstwu POLCOURT S.A. w rozumieniu art. 55¹ i 55² Kodeksu cywilnego, POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz nadal prowadzi działalność gospodarczą na podstawie aktualnego wpisu do rejestru działalności gospodarczej prowadzonej przez Prezydenta m.st. Warszawy pod numerem 449811 w zakresie tam opisanym. Ponadto, po terminie sprzedaży POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz składała oferty i uczestniczyła w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Zatem, doświadczenie zawodowe firmy POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz nie było przedmiotem transakcji sprzedaży sfinalizowanej dnia 26.10.2007 r.

2. W ofercie POLCOURT S.A. nie nazwano syntetycznych nawierzchni sportowych, które wykonawca zamierzał zainstalować na boisku. Nazwy oferowanych nawierzchni pojawiły się dopiero w zestawieniu materiałów uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego dokonane z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ wezwanie dotyczyło dokumentu nie podlegającego uzupełnieniu, a w konsekwencji art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ dopuszczenie do uzupełnienia oferty tym zestawieniem doprowadziło do zmiany treści oferty.

Dlatego, oferta POLCOURT S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

3. Pismem z dnia 20.05.2008 r. Zamawiający wezwał POLCOURT S.A. do uzupełnienia kart technicznych oferowanych nawierzchni i atestów PZH.

Z dokumentów dostarczonych przez POLCOURT S.A. wynika, że oferowane nawierzchnie spełniają wymagania SIWZ. Jednakże karty techniczne złożone przez POLCOURT S.A. w innych postępowaniach, toczących się równolegle, a także aktualne aprobaty techniczne ITB zawierają informacje inne niż zawarte w dokumentach, które wykonawca uzupełnił.

Informacje zawarte w kartach technicznych i oświadczeniach producenta sztucznej trawy są niezetelne i wymagają badania.

Zdaniem Odwołującego, POLCOURT S.A. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zaoferowane nawierzchnie ze sztucznej trawy nie spełniają wymagań technicznych sformułowanych w piśmie Zamawiającego z dnia 30.04.2008 r., a w konsekwencji oferta POLCOURT S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

4. Do oferty POLCOURT S.A. nie dołączono zestawienia materiałów, jakie wykonawcy zamierzają użyć do wykonania zamówienia. Zestawienie to obligatoryjnie należało dołączyć do oferty jako integralną część zobowiązania ofertowego, zgodnie z pkt 7-7.1 pozycja 11 SIWZ.

Zestawienie to zostało uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, na wezwanie Zamawiającego, mimo, że zestawienie to nie jest ani dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ani dokumentem potwierdzającym, że przedmiot oferty spełnia warunki techniczne sformułowane w SIWZ, w rozumieniu art. 25 ust. 1 Pzp.

Dlatego, oferta POLCOURT S.A. podlega odrzuceniu, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu swoje przystąpienie złożył Wykonawca – POLCOURT S.A., odpierając podniesione w proteście zarzuty. Przystąpienie to Zamawiający otrzymał dnia 11.06.2008 r., w odpowiedzi na wezwanie doręczone w dniu 10.06.2008 r.

Wykonawca POLCOURT S.A. w swoim przystąpieniu wskazał na bezzasadność podnoszonych w proteście zarzutów. Podniósł, że:

1. Nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby nie wykazał, iż posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie. Na potwierdzenie spełnienia wymogów Zamawiającego Przystępujący przedstawił stosowne dokumenty wymagane przez Zamawiającego, w tym odpowiednie referencje. Przystępujący podniósł, iż w dniu 02.10.2007 r., na podstawie umowy sprzedaży z dnia 02.10.2008 r. Marek Piotrowicz prowadzący działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej sprzedał na rzecz POLCOURT S.A. Przedsiębiorstwo F.W. POLCOURT w rozumieniu art. 55¹ Kc, zwane dalej także „Przedsiębiorstwem”.

W świetle art. 55² Kc, stanowiącego, że czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, POLCOURT S.A. legitymuje się niezbędną wiedzą i doświadczeniem (referencje) oraz potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówień publicznych w zakresie, w jakim dysponowało nimi Przedsiębiorstwo F.W. POLCOURT . Przystępujący wskazał również, iż wraz z Przedsiębiorstwem F.W. POLCOURT przeniesione zostały na POLCOURT S.A., w szczególności, aktywa majątkowe jakimi dysponowało to Przedsiębiorstwo oraz

pracownicy, również w zakresie w jakim, za ich pośrednictwem, wykonywane były dotychczas i mają być wykonywane zamówienia publiczne.

Firma POLCOURT S.A. powstała w wyniku nabycia praw i zobowiązań od POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz, w drodze sukcesji uniwersalnej.

Przystępujący podniósł, że przedsiębiorca nie musi prowadzić przedsiębiorstwa, aby móc prowadzić działalność gospodarczą, stąd z faktu nie wyrejestrowania Przedsiębiorstwa F.W. Marek Piotrowicz z ewidencji działalności gospodarczej nie można wywieść, że nie doszło do sprzedaży przedsiębiorstwa, w tym zbycia jego składników, takich jak suma doświadczeń zawodowych, wiedzy, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej. Ewentualne składanie ofert w innych postępowaniach przez POLCOURT F.W. Marek Piotrowicz ofert w innych postępowaniach, po zbyciu przedsiębiorstwa, z powoływaniem się na jego składniki, stanowiłoby powód wykluczenia tego wykonawcy z tych postępowań, natomiast w żadnym razie nie wpływa na prawidłowość oferty Przystępującego, złożonej w niniejszym postępowaniu.

2. Zamawiający nie przedstawił wzoru zestawienia materiałów, dlatego oferent mógł załączyć takie zestawienie na swoim druku. Jeżeli nawet uznać, że wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia dotyczącego nazw producentów materiałów, to oświadczenie takie należy uznać jako oświadczenie składane na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Celem złożenia takiego oświadczenia jest bowiem weryfikacja przez Zamawiającego, czy zaoferowane nawierzchnie spełniają wymagania określone w SIWZ. Zgodnie z art. 26 ust. 3 nie złożenie takiego oświadczenia skutkuje koniecznością wezwania przez Zamawiającego do jego uzupełnienia. Nie doszło zatem do zmiany treści oferty, w sensie zmiany oświadczenia woli zawarcia z Zamawiającym umowy dotyczącej zamówienia publicznego (oferta sensu stricte). Natomiast możliwość uzupełnienia oferty rozumianej jako dokumenty i oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, wynika wprost z art. 26 ust. 3 Pzp.

3. POLCOURT S.A. zaoferowała nawierzchnię „sztuczna trawa” spełniającą całkowicie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, co wynika z załączonych kart technicznych.

Wysokość włókna zaoferowanej przez Przystępującego trawy wynosi 60 mm, natomiast Zamawiający wymagał minimalnej wysokości 37 mm.

Odnosząc się do zarzutu niespełnienia przez nawierzchnię wymogu dotyczącego minimalnej gęstości włókien, Przystępujący stwierdził, że gęstość włókna trawy równa się wartości gęstości włosa (pęczków) x 16. Wobec powyższego gęstość włókien oferowanej trawy wynosi 143200, natomiast gęstość pęczków wynosi 8950.

Podobnie zarzut, jakoby zaoferowana przez Przystępującego nawierzchnia nie spełnia wymogu ciężaru całkowitego oraz dteku są bezzasadne. Jednocześnie, Przystępujący podniósł, iż Aprobata Techniczna ITB, na którą powołuje się Protestujący, została wydana w roku 2003. Od czasu jej wydania producent nawierzchni, zgodnie z polityką rozwoju firmy, dokonywał w swoich produktach modyfikacji parametrów technicznych. Dlatego ocena ofert przez Zamawiającego może odbywać się tylko w oparciu o dane załączone przez wykonawców do swojej oferty, a nie na podstawie danych znajdujących się w innych postępowaniach przetargowych lub w Aprobacie Technicznej – dokumencie nie wymaganym przez Zamawiającego i nie obowiązującym w aktualnym stanie prawnym.

Rozstrzygnięciem z dnia 12.06.2008 r. Zamawiający oddalił protest, jako bezzasadny. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, co następuje.

1. Z załączonej do zgłoszenia przestąpienia POLCOURT S.A. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu umowy sprzedaży przedsiębiorstwa z dnia 02.10.2007 r. wynika, „iż jej przedmiotem jest zespół składników majątkowych i niemajątkowych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie projektowania, budowy i wyposażenia obiektów sportowych i związanej z tym infrastruktury stanowiących przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ Kc. Nie postanowiono o wyłączeniu jakichkolwiek składników przedsiębiorstwa. Umowa zawiera także postanowienia dotyczące przejścia zakładu pracy na innego pracodawcę na gruncie art. 23¹ Kodeksu pracy. Należy zatem stwierdzić, że doszło do przeniesienia całego przedsiębiorstwa.

Upoważnia to firmę POLCOURT S.A. do powoływania się na doświadczenie nabytego przedsiębiorstwa i udzielone referencje.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał, iż jego stanowisko w sprawie jest zgodne z orzecznictwem KIO.

2. Zamawiający wskazał na treść przepisu art. 26 ust. 3 Pzp oraz par. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605).

Podniósł również, że w pkt 7.1.11 SIWZ Zamawiający zawarł postanowienie, że kompletna oferta musi zawierać m.in. zestawienie materiałów jakie wykonawca będzie stosować przy realizacji przedmiotu zamówienia.

W ofercie złożonej przez POLCOURT S.A., w zestawieniu materiałów brakowało dla niektórych materiałów wskazania, jakie materiały będą użyte do realizacji przedmiotowego zadania. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia tabeli zestawienia materiałów o nazwy producentów dla materiałów, które będą użyte przy realizacji przedmiotowego zadania.

Z tych względów Zamawiający uznał za niezasadny, sformułowany w pkt 4 uzasadnienia, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLCOURT S.A. z powodu nie załączenia do oferty wymaganego zestawienia materiałów.

3. Przedłożone przez POLCOURT S.A. dokumenty zwane przez tego Wykonawcę kartami technicznymi a przez Odwołującego - oświadczeniami producenta, zostały uznane przez Zamawiającego, gdyż zawierają wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne produktu zawarte w karcie technicznej, pozwalające na ocenę spełnienia wymagań technicznych. Zgodnie z pkt 2 SIWZ „Przedmiot zamówienia” – Zamawiający dopuścił możliwość montażu urządzeń i materiałów równoważnych do urządzeń i materiałów przyjętych w projektach wykonawczych i STWiOR. Dlatego, dla potrzeb budowy boiska do siatkówki został uznany polipropylen jako materiał nie gorszy niż polietylen.

POLCOURT S.A. złożył także wyjaśnienie dotyczące gęstości włókien materiału przeznaczonego do wykonania boiska do siatkówki, umożliwiające przeliczenie jednostek. Zamawiający uznał dokumenty przedstawione przez POLCOURT S.A. za wiarygodne.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 17.06.2008 r. (data pisma 16.06.2008 r.), Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, poprzez złożenie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście oraz wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty POLCOURT S.A.,
- wykluczenie POLCOURT S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia,
- odrzucenie jego oferty jako złożonej przez podmiot wykluczony,
- odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ,
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z wyłączeniem oferty POLCOURT S.A.

W dniu 24.06.2008 r. do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, złożył swoje przystąpienie wykonawca – POLCOURT S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Skład orzekający Izby odniósł się do zarzutu zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego Wykonawcy POLCOURT S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz ust. 2 pkt 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu braku niezbędnej wiedzy i doświadczenia zawodowego. Rozstrzygając, czy Wykonawca POLCOURT S.A. uprawniony był w niniejszym postępowaniu o zamówienie posłużyć się, jako własnym, doświadczeniem do wykonania zamówienia nabytym przez POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz, skład orzekający ustalił i zważył, co następuje.

Wykonawcy powinni spełniać łącznie wszystkie przesłanki określone w art. 22 ust. 1 Pzp, w tym posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie. Brak spełnienia którejkolwiek z przesłanek wymienionych w ust. 1 stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o zamówienie.

Ustalono, że na podstawie umowy sprzedaży z dnia 02.10.2008 r. Marek Piotrowicz prowadzący działalność gospodarczą na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej sprzedał na rzecz POLCOURT S.A. Przedsiębiorstwo F.W. POLCOURT w rozumieniu art. 55¹ Kc, zwane dalej także „Przedsiębiorstwem”, ze skutkiem na dzień 26.10.2007 r.

Sprzedaż dotyczyła zespołu składników majątkowych i niemajątkowych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie projektowania, budowy i wyposażania obiektów sportowych i związanej z tym infrastruktury, stanowiących przedsiębiorstwo.

W myśl art. 55¹ Kc, przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Wyliczenie składników przedsiębiorstwa zawarte w tym przepisie jest jedynie przykładowe. W skład przedsiębiorstwa mogą wchodzić także inne składniki, nie wymienione wprost w tym przepisie. Przedsiębiorstwo stanowi zorganizowaną całość, mającą znaczenie gospodarcze. Istotnym składnikiem przedsiębiorstwa są niematerialne dobra prawne o charakterze

majątkowym, które są zbywalne, jak np: ustalona renoma przedsiębiorstwa, klientela, doświadczenie zawodowe, wiedza, umiejętności, zdolność organizacyjna i inne.

Z tych względów, w ocenie Składu orzekającego Izby, dopuszczalne jest przeniesienie tych wartości na inny podmiot, który będzie się nimi posługiwać w swojej działalności gospodarczej. Zbycie przedsiębiorstwa, co do zasady, skutkuje przeniesieniem na nabywcę, wszystkich składników przedsiębiorstwa, w tym także jego wiedzy i doświadczenia.

Charakter pojęcia przedsiębiorstwa oraz treść umowy sprzedaży z dnia 02.10.2007 r. uzasadniają stwierdzenie, że POLCOURT S.A. nabyła doświadczenie F.W. Polcourt Marek Piotrowicz i doświadczeniem tym może się posługiwać jako uczestnik postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym powoływać się na referencje udzielone nabytemu Przedsiębiorstwu.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący nie wykazał, czy przedsiębiorca POLCOURT Firma Wielobranżowa Marek Piotrowicz, który sprzedał na rzecz POLCOURT S.A. to przedsiębiorstwo w dalszym ciągu jest uczestnikiem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i w jakim zakresie. Dlatego Skład Orzekający Izby uznał za bezpodstawny zarzut zaniechania wykluczenia POLCOURT S.A. z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na posiadane niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia. Z tych względów Skład Orzekający Izby nie rozstrzygał o dopuszczalności powoływania się przez sukcesora na doświadczenie przedsiębiorstwa przejętego.

2. W pkt. 7 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy” w ppkt 7.1. „Zawartość oferty” w poz. 11 Zamawiający zawarł wymóg załączenia do oferty „Zestawienia materiałów jakie Wykonawca będzie stosował przy realizacji przedmiotu zamówienia”

Zamawiający nie określił, w jaki sposób zestawienie to należy sporządzić, w tym również nie podał, jakie elementy winno ono zawierać.

Pismem z dnia 14.05.2008 r. Zamawiający powołując się na art. 26 ust. 3 Pzp wezwał POLCOURT S.A. do uzupełnienia „tabeli zestawienia materiałów o nazwy producentów dla materiałów, które będą użyte przy realizacji przedmiotowego zamówienia”, wyszczególnionych w tym wezwaniu.

Postępując się numeracją pozycji zgodną z załączonym do oferty POLCOURT S.A. zestawieniem materiałów, Zamawiający wymienił, m.in.:

- „28. Trawa syntetyczna do piłki nożnej na warstwie shockpad gr 1cm
- 29. Trawa syntetyczna boiska do siatkówki na warstwie schockpad gr 1cm
- 30. Nawierzchnia poliuretanowa (warstwa elastyczna + warstwa gr 13mm)”.

W dniu 20.05.2008 r. POLCOURT S.A. doręczył Zamawiającemu żądane dokumenty, w tym zestawienie materiałów. W zestawieniu tym POLCOURT S.A. wskazał nazwę producentów m.in. syntetycznych nawierzchni sportowych, wskazując, iż producentem trawy syntetycznej do piłki nożnej na warstwie shockpad gr 1 cm oraz trawy syntetycznej boiska do siatkówki na warstwie schockpad gr 1cm jest LIMONTA Sport, natomiast nawierzchnia poliuretanową (warstwa elastyczna + warstwa gr 13mm)” jest produkcji BSG Zgierz.

Skład orzekający Izby uznał za niezasadny zarzut Odwołującego, iż uzupełnienie dokumentów nastąpiło z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż dotyczyło dokumentu nie podlegającego uzupełnieniu, a w konsekwencji tego doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ w wyniku tego uzupełnienia doszło do zmiany treści oferty a oferta POLCOURT S.A. powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.. Skład orzekający ustalił bowiem, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ obowiązku wskazania w ofercie nazwy producentów materiałów, które zostaną użyte do wykonania zamówienia. W SIWZ określony został wymóg załączenia do oferty „zestawienia materiałów jakie wykonawca będzie stosował przy realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 7.1 poz. 11 SIWZ), bez doprecyzowania sposobu jego sporządzenia.

Oferta złożona w niniejszym postępowaniu, w której nie wskazano nazwy producentów materiałów nie jest niezgodna z treścią SIWZ, zatem nie podlega z tego powodu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednocześnie, Skład Orzekający Izby zwraca uwagę, iż Zamawiający nie powinien żądać uzupełnienia dokumentów o treści, których nie wymagał w SIWZ, jednak to POLCOURT S.A. mógł czynić z tego powodu zarzut Zamawiającemu. Zamawiający był natomiast uprawniony w toku badania i oceny ofert żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący zaoferowania przez POLCOURT S.A. nawierzchni ze sztucznej trawy, nie spełniającej – w ocenie Odwołującego – wymogów SIWZ, określonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 30.04.2008 r. wprowadzającym modyfikację nr III do SIWZ.

Zgodnie z dokonaną modyfikacją SIWZ – pkt 2 .2 powołanego wyżej pisma, gęstość wykładziny sportowej typu „Trawa syntetyczna” stosowana do budowy boiska do piłki nożnej

winna wynosić: „ gęstość (ilość włókien/m²: min. 97 000”. POLCOURT S.A. zaoferował w poz. 28 zestawienia materiałów (s. 56 oferty) wykonanie tego boiska przy zastosowaniu trawy syntetycznej do piłki nożnej na warstwie shockpad gr 1cm, o liczbie włókien 143.2000, a więc spełniającej wymogi SIWZ. Wynika to w sposób jednoznaczny ze specyfikacji trawy „Soccerpro TOP 60.

Niezasadny okazał się również zarzut dotyczący niezgodności treści oferty złożonej przez POLCOURT S.A. z treścią SIWZ z powodu zaoferowania do budowy boiska do siatkówki trawy z włókna polipropylenowego, zamiast włókna polietylenowego. Skład orzekający Izby ustalił w tym zakresie, że oferta zawierająca propozycję wykonania boiska do siatkówki przy użyciu trawy syntetycznej z włókien polipropylenowych jest zgodna z treścią SIWZ. Określając parametry trawy syntetycznej do budowy boiska do siatkówki Zamawiający określił wprawdzie, w pkt 2.3 pisma wprowadzającego modyfikację nr III do SIWZ: „ rodzaj włókna: polietylenowe, fibrylowane, proste”, jednakże w pkt 2.2.1. SIWZ Zamawiający wskazał, iż „dopuszcza możliwość montażu urządzeń i materiałów równoważnych do urządzeń i materiałów przyjętych w projektach wykonawczych i STWiOR”. Zamawiający oraz Przystępujący wykazali na rozprawie, iż włókno polipropylenowe jest zamiennikiem w stosunku do włókna polietylenowego. O równoważności tych dwóch składników włókna, tj. polietylenowego i polipropylenowego zaświadcza treść pisma producenta LIMONKA Sport, z dnia 30.06.2008 r.

W świetle powyższego Skład Orzekający orzekł jak w sentencji.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*