

Sygn. akt: KIO/504/11
KIO/517/11

WYROK
z dnia 25 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 10 i 11 marca 2011 r. przez

- 1. Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS S.A. ul. Barbary 21, 40-053 Katowice (sygn. akt: KIO/504/11)**
- 2. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Spółka Komandytowa (Lider Konsorcjum), ALSTAL Budownictwo Sp. z o.o. i Masters S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Jacewo 76, 88-100 Inowrocław (sygn. akt: KIO/517/11)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Toruń, ul. Wały Gen. Sikorskiego 10, 87-100 Toruń**

przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Hydrobudowa Polska S.A. (Lider Konsorcjum) i PBG S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, 62-081 Przeźmierowo, zgłaszających swoje przystąpienie do obydwu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego i**
- 2) wykonawcy: Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS S.A. ul. Barbary 21, 40-053 Katowice, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/517/11 po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS S.A. ul. Barbary 21, 40-053 Katowice i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Spółka Komandytowa (Lider Konsorcjum), ALSTAL Budownictwo Sp. z o.o. i Masters S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Jacewo 76, 88-100 Inowrocław i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS S.A. ul. Barbary 21, 40-053 Katowice i wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Spółka Komandytowa (Lider Konsorcjum), ALSTAL Budownictwo Sp. z o.o. i Masters S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Jacewo 76, 88-100 Inowrocław tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO/504/11

KIO/517/11

Uzasadnienie

Gminę Miasta Toruń (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę hali sportowo-widowiskowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Toruniu”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 5 listopada 2010 r. pod nr 2010/S 215-329942.

W postępowaniu tym dwóch wykonawców złożyło odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W dniu 10 marca 2011 r. wykonawca Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS S.A. (dalej: „Odwołujący Budus”) złożył odwołanie, przekazując w tym samym dniu jego kopię Zamawiającemu, a w dniu 11 marca 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Spółka Komandytowa (Lider Konsorcjum), ALSTAL Budownictwo Sp. z o.o. i Masters S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Inowrocławiu (dalej: „Odwołujący Konsorcjum Alstal”), przekazując także w tym samym dniu jego kopię Zamawiającemu.

Do obydwu postępowań odwoławczych w dniu 14 marca 2011 r. na skutek wezwań ze strony Zamawiającego, skierowanych w dniu 11 marca 2011 r., swoje przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Hydrobudowa Polska S.A. (Lider Konsorcjum) i PBG S.A. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Wysogotowie, poczta Przeźmierowo (dalej: „Przystępujący Hydrobudowa”). Kopie przystąpień zostały przekazane stronom postępowań odwoławczych.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/517/11, wszczętego na skutek odwołania Konsorcjum Alstal, swoje przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego BUDUS S.A. (dalej: „Przystępujący Budus”), na skutek wezwania ze strony Zamawiającego z dnia 11 marca 2011 r. Kopie przystąpień zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika:

I. Stanowisko Odwołującego Budus

Odwołujący podniósł, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp dokonał następujących czynności lub zaniechał dokonania czynności, do których był zobowiązany, tj.:

1. zaniechał odrzucenia oferty KONSORCJUM Hydrobudowa na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. zaniechał wezwania KONSORCJUM Hydrobudowa do uzupełnienia dokumentów;
3. dokonał wyboru oferty KONSORCJUM Hydrobudowa jako najkorzystniejszej;
4. zaniechał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wskazane zaniechania lub czynności podjęte przez Zamawiającego – w ocenie Odwołującego - zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i postanowień SIWZ. W szczególności naruszają one dyspozycję art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 8), art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 90 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a także postanowienia pkt 2, 3.7.a) i 4.7 SIWZ oraz § 4 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- 1) dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty KONSORCJUM Hydrobudowa jako najkorzystniejszej;
- 2) dokonania czynności odrzucenia oferty KONSORCJUM Hydrobudowa lub, z ostrożności procesowej, wezwania KONSORCJUM Hydrobudowa do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów oraz dokonania poprawki omyłki w ofercie tego wykonawcy;
- 3) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że oferta KONSORCJUM Hydrobudowa jest niekompletna, treść jej nie odpowiada SIWZ, w związku z tym oferta powinna być przez Zamawiającego odrzucona, a jeśli tego nie uczynił, winien wezwać KONSORCJUM Hydrobudowa do złożenia w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz do uzupełnienia dokumentów.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że cena oferty KONSORCJUM Hydrobudowa może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i cen

pozostałych ofert. Oferta ta zawiera cenę (w wysokości 121.793.370,00 zł), która rażąco odbiega od wartości szacunkowej zamówienia (wartość netto zamówienia – 144.984.769,54 zł; wartość brutto – 176.881.418,84 zł) oraz od cen pozostałych ofert (średnia cena ofert, bez uwzględnienia skrajnie niskich cen ofert KONSORCJUM Hydrobudowa i wykonawcy SKANSKA S.A., wynosi 147.478.532,00 zł). Wskazał on też na kwotę jaką Zamawiający podał podczas otwarcia ofert, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia – w wysokości 155.000.000,00 zł. Powyższe wskazuje – zdaniem Odwołującego – że porównanie tych wartości wskazuje, że cena oferty KONSORCJUM Hydrobudowa jest o 31% niższa od wartości szacunkowej zamówienia, o 21% niższa od kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, i o 17,5% niższa od średniej ceny wyliczonej z cen 8 ofert złożonych w przedmiotowym przetargu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien wszcząć procedurę wyjaśniającą przewidzianą art. 90 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta KONSORCJUM Hydrobudowa zawiera rażąco niską cenę. Nie wszczynając tej procedury zdaniem Odwołującego naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Odwołujący wskazał na postanowienia pkt 3.7.a) SIWZ, gdzie Zamawiający zażądał wykazania się brakiem podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp przez każdego z wykonawców. Przywołał też postanowienie pkt 4.7. SIWZ, gdzie Zamawiający zażądał załączenia do oferty: aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Wskazał, że co do oferty KONSORCJUM Hydrobudowa załączono dwa dokumenty dotyczące członka zarządu lidera KONSORCJUM – HYDROBUDOWA pana Rafała Macieja Damasiewicza:

1. ZAPYTANIE O UDZIELENIE INFORMACJI O OSOBIE (str. 83 oferty), i
2. INFORMACJA O OSOBIE Z KRAJOWEGO REJESTRU KARNEGO (str. 84 oferty).

W Krajowym Rejestrze Karnym (KRK) ZAPYTANIA nie opatrzone standardową pieczęcią o treści „NIE FIGURUJE w KARTOTECE KARNEJ KRAJOWEGO REJESTRU KARNEGO”, gdzie tak opatrzone ZAPYTANIE staje się informacją potwierdzającą, że urzędujący członek organu zarządzającego osoby prawnej nie figurując w rejestrze KRK nie był prawomocnie skazany za przestępstwa wyliczone w art. 24 ust. pkt 8). W przypadku p. Damasiewicza ZAPYTANIE opatrzone w KRK pieczęcią o treści: „ODPOWIEDŹ W ZAŁĄCZENIU”, co zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 2) ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym z dnia 24 maja 2004 r. (Dz.U.08.50.292 j.t. ze zm.) oznacza: „Informacja o osobie, sporządzona na podstawie danych osobowych zgromadzonych w Rejestrze, zawiera dane

osobowe w zakresie objętym zapytaniem lub wnioskiem albo stwierdzenie, że osoba nie figuruje w Rejestrze”. Nie opatrzenie ZAPYTANIA dotyczącego p. Damasiewicza klauzulą „nie figuruje w Rejestrze” zdaniem Odwołującego jest potwierdzeniem, że wskazana osoba figuruje tam w jakimś zakresie, a odpowiedź, której mowa wyżej w postaci INFORMACJI O OSOBIE Z KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO, określiła w jakim zakresie ta osoba nie figuruje w rejestrze nie figuruje. W załączonej odpowiedzi INFORMACJA O OSOBIE Z KRAJOWEGO REJESTRU KARNEGO zawarto informację: „Nie figuruje w Kartotece Karnej w podanym zakresie. Powyżej tego stwierdzenia znajduje się określenie zakresu i brzmi: „Zakres danych, które były przedmiotem informacji o osobie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Dz. U. 2007 Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.”. Odwołujący wskazał, że informacja ta była wydana w dniu 4 listopada 2010 r., kiedy już od dawna obowiązywał inny tekst jednolity ustawy Pzp, także już ze zmianami, tj. tekst jednolity ustawy Pzp: Dz. U. 2010 Nr 113 poz. 759 z późn. zm. INFORMACJA O OSOBIE Z KRAJOWEGO REJESTRU KARNEGO wydana w zakresie w niej wskazanym- zdaniem Odwołującego - nie potwierdza, że p. Damasiewicz nie był prawomocnie skazany za przestępstwa przeciwko środowisku. Odwołujący wskazał tutaj na poszczególne zmiany ustawy Pzp i ósmą zmianę z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz.U.09.206.1591), która weszła w życie w dniu 22 grudnia 2009 r., na podstawie której wprowadzono do art. 24 ust. 1 ustawy Pzp dodatkowe przestępstwo, przestępstwo przeciwko środowisku.

W związku powyższym zdaniem Odwołującego KONSORCJUM Hydrobudowa nie potwierdziło spełniania warunku określonego w pkt 3.7.a) SIWZ. Nie wykazało braku podstaw do wykluczenia, a skoro tak, to Zamawiający winien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku braku podstaw do wykluczenia.

W trzeciej kolejności Odwołujący podniósł, że w formularzu ofertowym (str. 4 oferty) KONSORCJUM Hydrobudowa zawarło niewłaściwy termin realizacji zamówienia. Odwołujący przywołał modyfikację pkt 2 SIWZ z dnia 1 grudnia 2010 r., zgodnie z którą określenie terminu realizacji zamówienia winno być następujące: „Wymagany termin wykonania przedmiotu zamówienia: - rozpoczęcie robót: w terminie nie dłuższym niż 7 dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy; - zakończenie: a) I etap - obejmujący roboty kubaturowe, uzbrojenie i zagospodarowanie terenu oraz inne objęte dokumentacją projektową (z wyłączeniem zieleni) w ciągu 550 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy; b) II etap - obejmujący wykonanie zieleni do dnia 15 grudnia 2012 r.” W formularzu ofertowym załączonym do oferty KONSORCJUM Hydrobudowa, termin realizacji zamówienia został natomiast określony na: „Nie więcej niż 550 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia UMOWY”. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że dla Zamawiającego po

modyfikacji SIWZ ważny był także termin rozpoczęcia realizacji zamówienia (nie dłużej niż 7 dni od zawarcia umowy). Zamawiający oczekiwał także rozbicia terminu zakończenia realizacji zamówienia na dwa etapy. Odwołujący podkreślił, że powyższe może mieć znaczenie dla faktycznego terminu realizacji zamówienia. Zamawiający bowiem wskazał termin zakończenia II etapu obejmującego wykonanie zieleni konkretną datą, tj. do dnia 15 grudnia 2012 r. Jeżeli wystąpią problemy z terminem zawarcia umowy (składanie i rozpoznawanie odwołań wykonawców i inne nie przewidziane okoliczności) to termin 550 dni od zawarcia umowy może wykroczyć poza datę 15 grudnia 2012. Zatem w takiej sytuacji termin realizacji zamówienia, określony w ofercie przez KONSORCJUM Hydrobudowa, uprawni je do zakończenia etapu II po 15 grudnia 2012 r. KONSORCJUM Hydrobudowa w formularzu ofertowy określiło zatem własny termin realizacji całego zamówienia, nie zobowiązało się do zrealizowania etapu II w terminie nieprzekraczalnym do 15 grudnia 2012 r. Ta niezgodność treści oferty w stosunku do SIWZ została przez Zamawiającego niezauważona choć powinien winien tę ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał też, że ta niezgodność treści oferty z SIWZ jest istotna dotyczy bowiem *essentialia negotii* oferty i przyszłej umowy, zatem nie można mówić o możliwości dokonania poprawki tej niezgodności traktując ją jako omyłkę nieistotną, dającą się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Zamawiający nie może dokonać poprawki niezgodności oferty doprowadzając jej treść do zgodności z SIWZ, bowiem nie zna woli KONSORCJUM Hydrobudowa w tym zakresie. Nie ma także w ocenie Odwołującego w tym przypadku znaczenia oświadczenia woli, co do terminu realizacji zamówienia, ogólne oświadczenie złożone na formularzu ofertowym o zapoznaniu się z treścią wzoru umowy i akceptacji go w całości.

Odwołujący wskazał także na art. 46 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp, wskazując, że Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie. Na podstawie tego przepisu ustawy Pzp należało stwierdzić, że KONSORCJUM Hydrobudowa byłoby uprawnione do odmowy podpisania umowy, do treści której wpisano by inny od zaoferowanego przez KONSORCJUM Hydrobudowa termin realizacji zamówienia. W przypadku odmowy podpisania umowy, Zamawiający – według Odwołującego - nie posiadałby uprawnienia do zatrzymania wadium, bowiem proponowałby podpisanie umowy na warunkach określonych w SIWZ, a nie w ofercie KONSORCJUM.

II. Stanowisko Odwołującego Konsorcjum Alstal

Odwołanie Konsorcjum Alstal zostało złożone od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum

Hydrobudowa zaniechaniu przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa oraz ofert złożonych przez Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „BUDUS”) oraz Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Mostostal”) jako niezgodnych z treścią SIWZ, ewentualnie zaniechaniu czynności wezwania wszystkich ww. wykonawców do uzupełnienia złożonych ofert.

W tym zakresie zarzucił on Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 30 ust. 5, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez:

- 1) wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Hydrobudowa podczas, gdy oferta ta winna zostać odrzucona z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ w zakresie oferowanych nawierzchni, a więc
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa,
- 3) zaniechanie wykluczenia z postępowania BUDUS pomimo, iż wykonawca ten nie spełniał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kierownikiem robót sanitarnych spełniającego wymagania określone w SIWZ, ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty BUDUS, pomimo, iż oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie oferowanych nawierzchni,
- 4) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Mostostal, pomimo, iż oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie oferowanych nawierzchni, ewentualnie poprzez
- 5) zaniechanie wezwania Konsorcjum Hydrobudowa, BUDUS oraz Mostostal do uzupełnienia złożonych ofert o dokumenty wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie, że oferowane roboty spełniają wymagania określone w SIWZ oraz jej załącznikach oraz zaniechanie wezwania BUDUS do uzupełniania dokumentów potwierdzających, że zaproponowany w ofercie kierownik robót sanitarnych posiada uprawnienia wymagane przez Zamawiającego.

W związku z powyższym wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa,
2. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia ofert złożonych przez Konsorcjum Hydrobudowa, BUDUS oraz przez Mostostal, ewentualnie wezwanie ww. wykonawców do uzupełniania złożonych ofert na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

4. przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu kosztów przedłożonych na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.
5. Ponieważ wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania, niniejsze odwołanie winno zostać uwzględnione w całości w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Wskazał na postanowienia SIWZ co do wymagań Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. I tak szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunki jego realizacji zawierają zgodnie z pkt 1.2. SIWZ określają:

- a) dokumentacja projektowa, stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ wraz z przedmiarem robót, stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ,
- b) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, stanowiąca załącznik nr 2 do SIWZ,
- c) wzór umowy stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ.

Celem potwierdzenia, że oferowana robota budowlana spełnia wymagania Zamawiającego do oferty należało dołączyć zgodnie z pkt. 4.14. SIWZ, Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków jakościowych), tj.:

- a) karty techniczne oferowanych nawierzchni sportowych wraz z certyfikatami i aprobatami organizacji Związków Sportowych dla rozgrywek najwyższej klasy:
 - lekkoatletyki - IAAF, PZLA
 - piłki siatkowej - FIVB, PZPS
 - piłki koszykowej- FIBA, PZKosz
 - piłki ręcznej - IHF, EHF, ZPRP
- b) karty techniczne systemu oświetlenia areny sportowej potwierdzające spełnienie wymagań wskazanych w dokumentacji projektowej dotyczących oświetlenia wraz z autoryzacją producenta:
 - wykaz proponowanych urządzeń oraz ich karty katalogowe z danymi w j. polskim.
- c) karty techniczne systemu nagłośnienia areny sportowej potwierdzające spełnienie wymagań wskazanych w dokumentacji projektowej dotyczących nagłośnienia wraz z autoryzacją producenta:
 - wykaz proponowanych urządzeń oraz ich karty katalogowe z danymi w j. polskim.

W toku postępowania powyższe postanowienia SIWZ były przedmiotem licznych pytań wykonawców w szczególności w zakresie wymaganych dokumentów oraz ewentualnej możliwości zaoferowania produktów równoważnych. W tym zakresie Odwołujący wskazał na istotną z tego punktu widzenia odpowiedź nr 1 Zamawiającego udzieloną w dniu 14 grudnia

2010 r. - (będąca sprostowaniem odpowiedzi udzielonej w dniu 1 grudnia 2010 r.). Odwołujący ze wskazanych wyjaśnień treści SIWZ wywodzi, że Zamawiający poza określeniem wymaganych dokumentów, wskazał na podstawie jakich kryteriów oceniał będzie, czy zaoferowany produkt (nawierzchnia) jest produktem równoważnym do opisanego w dokumentacji technicznej. Według niego wskazane kryteria te to:

1. posiadanie wymaganego certyfikatu związków sportowych - zgodnie z dokumentacją projektową,
2. spełnianie parametrów technicznych dla poszczególnych nawierzchni - zgodnie z dokumentacją projektową
3. odpowiadanie poszczególnym opisom technologicznym - zgodnie z dokumentacją projektową.

Jako przykład podał zapisy dokumentacji projektowej - „SPECYFIKACJA TECHNICZNA WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH; SST- 09; POKRYWANIE PODŁÓG I ŚCIAN, NAWIERZCHNIE SPORTOWE" s. 115-116 (które to zapisy odpowiadają zapisom Opisu Technicznego Boiska i Urządzenia Sportowe s. 11-12), określające określoną technologię wykonania nawierzchni, parametry techniczne nawierzchni oraz wymagane certyfikaty

W świetle dokumentacji projektowej zdaniem Odwołującego dla wykazania „warunków równoważności” nawierzchni trzeba spełnić trzy wymogi:

- 1) nawierzchnia równoważna musi posiadać te same certyfikaty związków sportowych (w tym przypadku FIBA) co rozwiązanie przyjęte w projekcie
- 2) nawierzchnia równoważna musi posiadać te same parametry techniczne co rozwiązanie przyjęte w projekcie
- 3) nawierzchnia równoważna musi odpowiadać opisowi technologicznemu z projektu i być zbudowana z takich samych części składowych, (tj. nawierzchnia powierzchniowo elastyczna do montażu wewnątrz budynków, gr. 44 mm (demontowalna), warstwa spodnia: 18 mm włókninowa pianka kompozytowa, warstwa środkowa: 12 mm sklejka brzoza, warstwa wierzchnia: 14 mm parkiet z warstwa ścierna o grubości 3,6 mm, Dąb lub Buk, lakier o wysokiej wytrzymałości), co rozwiązanie przyjęte w projekcie.

Wskazał, że podobne wymagania znalazły się w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych Sst - 09; „Pokrywanie Podłóg I Ścian, Nawierzchnie Sportowe” jak i w Opisie Technicznym co do pozostałych nawierzchni.

Odwołujący wskazał też na wymagania Zamawiającego co do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków jakościowych, które ostatecznie w dniu 4 stycznia 2011 r., a następnie w dniu 5 stycznia 2011 r. zostały przez Zamawiającego zmodyfikowane

na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp tj. zmiany treści pkt 4.14 a) SIWZ, który otrzymał brzmienie:

„4-14 Dokumenty potwierdzające spełnienie warunków jakościowych, które należy dołączyć do oferty.

a) karty techniczne oferowanych nawierzchni sportowych wraz z certyfikatami i aprobatami organizacji Związków Sportowych dla rozgrywek najwyższej klasy: -lekkoatletyki-1AAF,

- piłki siatkowej - FIVB,

- piłki koszykowej- FIBA - (certyfikat FIBA załączyć nawet jak utracił ważność z dniem 31.12.2010 r., zaktualizowany certyfikat przedłożyć zamawiającemu najpóźniej w dniu podpisania umowy),

- piłki ręcznej - I HF, EHF - (certyfikat EHF załączyć nawet jak utracił ważność z dniem 31.12.2010 r., zaktualizowany certyfikat przedłożyć zamawiającemu najpóźniej w dniu podpisania umowy)."

Wskazał też na odpowiedź Zamawiającego z dnia 20 grudnia 2010 r. na pytanie nr 11, gdzie Zamawiający wskazał, iż: „wymaga się, aby do oferty załączone zostały oryginalne karty techniczne producenta zawierające parametry oferowanych nawierzchni oraz oświetlenia i nagłośnienia opatrzone pieczęcią i podpisem producenta, bądź kserokopie ww. dokumentów potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osoby do tego upoważnione - zgodnie z pkt 9.3 SIWZ."

Podnosząc zarzuty dotyczące wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Hydrobudowa oraz zaniechania jej odrzucenia przez Zamawiającego Odwołujący wskazał, że wykonawca nie spełnił wymogów SIWZ w zakresie:

1. Hala główna - nawierzchnia demontowalna do koszykówki, bukowa (wymagana karta techniczna i certyfikat FIBA) - załączono wymaganą kartę, jednak z informacji w niej zawartych wynika, iż Konsorcjum Hydrobudowa zaoferowało nawierzchnię wykonaną w innej technologii, nierównoważnej do tej przewidzianej w dokumentacji technicznej. Wykonawca zaoferował nawierzchnię Haro Romę 20 jako rzekomo równoważną do nawierzchni opisanej w projekcie, tymczasem posiada ona inne parametry i całkowicie odmienną budowę, zatem zgodnie ze sposobem oceny równoważności wskazanym przez Zamawiającego nie może zostać uznana za nawierzchnię równoważną.
2. Hala główna - nawierzchnia demontowalna do koszykówki, dębowa (wymagana karta techniczna) - załączono do oferty kartę techniczną, lecz z jej treści wynika, iż Konsorcjum Hydrobudowa zaoferowało nawierzchnię wykonaną w innej technologii, nierównoważnej do tej przewidzianej w dokumentacji technicznej oraz o innych parametrach technicznych niż wymagane przez Zamawiającego. Wykonawca zaoferował nawierzchnię Haro Romę 20 jako rzekomo równoważną do nawierzchni

opisanej w projekcie, tymczasem posiada ona inne parametry i całkowicie odmienną budowę. Zatem zgodnie ze sposobem oceny równoważności wskazanym przez Zamawiającego nie może zostać uznana za nawierzchnię równoważną.

3. Hala treningowa - nawierzchnia wielofunkcyjna drewniana (wymagana karta techniczna) - załączono wymaganą kartę techniczną, lecz z jej treści wynika, iż Konsorcjum Hydrobudowa zaoferowało nawierzchnię wykonaną w innej technologii, nierównoważnej do tej przewidzianej w dokumentacji technicznej oraz o innych parametrach technicznych niż wymagane przez Zamawiającego. Wykonawca zaoferował nawierzchnię Haro Berlin 12 lub 13 lub 21 (nie wiadomo, którą z nich, bowiem karta dotyczy wszystkich odmian) jako rzekomo równoważną do nawierzchni opisanej w projekcie. Tymczasem bez względu na typ (Berlin 12 lub 13 lub 21) posiada ona inne parametry i całkowicie odmienną budowę. Zatem zgodnie ze sposobem oceny równoważności wskazanym przez Zamawiającego nie może zostać uznana za nawierzchnię równoważną.
4. Pozostałe sale sportowe: siłownia, sala ćwiczeń i sala do sztuk walki - Konsorcjum Hydrobudowa nie załączyło do oferty wymaganych kart technicznych dla oferowanych nawierzchni, wymaganych przez Zamawiającego, dlatego też brak jest w ofercie informacji o oferowanych podłogach, co uniemożliwia weryfikację oferty w tym zakresie pod kątem równoważności zaoferowanych nawierzchni.

Tymczasem Zamawiający stwierdził, że oferta Konsorcjum Hydrobudowa jest zgodna z treścią SIWZ (nie wdrożył on też postępowania zmierzającego do uzupełnienia oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), co było – w ocenie Odwołującego - niedopuszczalne.

Podkreślił, że także z przesłanych przez Konsorcjum Hydrobudowa wyjaśnień i uzupełnień nie wynika, iż zaoferowana nawierzchnia do koszykówki oraz do hali treningowej jest systemem równoważnym do opisanego w dokumentacji technicznej. W szczególności podkreślił, że w zakresie parametrów technicznych oraz technologii wykonania (grubość nawierzchni) oferowany produkt jest produktem gorszym, co wyłącza możliwość uznania go za równoważny.

Wskazał także, że Konsorcjum Hydrobudowa w treści złożonej oferty nie wykazało, aby oferowane rozwiązania były równoważne odnośnie wskazanych sal. Powołał się na art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Powołał się tutaj także na orzecznictwem KIO, wywodząc z niego, że na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, iż oferowany przez niego produkt jest równoważny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadził wyjaśnienia kwestii równoważności jednej z podłóg (dotyczącej nawierzchni demontowalnej do koszykówki) i pytał Konsorcjum Hydrobudowa o równoważność nawierzchni Haro Romeę 20 do Sportable Tarketta. Zaniechał zaś podobnej procedury co do pozostałych typów nawierzchni.

Podnosząc zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez BUDUS Odwołujący wskazał, że wykonawca nie spełnił wymogów SIWZ w zakresie:

1. Hala główna - nawierzchnia demontowalna do koszykówki, bukowa (wymagana karta techniczna i certyfikat FIBA) - załączono wymaganą kartę techniczną, system zgodny z projektem, ale brak jest wymaganej przez Zamawiającego pieczęci i podpisu producenta na załączonej karcie technicznej. Pomimo uzupełnienia oferty przez BUDUS pismem z dnia 10 lutego 2011 r. i przedstawienia zupełnie nowej karty technicznej dla ww. nawierzchni, w dalszym ciągu występują te same błędy: karta nie zawiera ani podpisu, ani pieczęci producenta nawierzchni (spośród widocznych na karcie pieczęci żadna nie należy do producenta i spośród widocznych na karcie podpisów żaden nie należy do osoby uprawnionej do reprezentowania producenta).
2. Hala główna - nawierzchnia demontowalna do koszykówki, dębowa (wymagana karta techniczna) - załączono wymaganą kartę techniczną, system zgodny z projektem, ale ponownie brak jest pieczęci i podpisu producenta na załączonej karcie technicznej. Pomimo uzupełnienia oferty przez BUDUS pismem z dnia 10 lutego 2011 r. i przedstawienia zupełnie nowej karty technicznej dla ww. nawierzchni w dalszym ciągu występują te same błędy: karta nie zawiera ani podpisu, ani pieczęci producenta nawierzchni (spośród widocznych na karcie pieczęci żadna nie należy do producenta i spośród widocznych na karcie podpisów żaden nie należy do osoby uprawnionej do reprezentowania producenta).
3. Hala treningowa - nawierzchnia wielofunkcyjna drewniana (wymagana karta techniczna) - BUDUS nie załączył do oferty wymaganej karty technicznej, dlatego też brak jest w ofercie informacji o oferowanej podłodze, co uniemożliwia weryfikację oferty w tym zakresie pod kątem równoważności zaoferowanych nawierzchni. Pomimo takiego rażącego braku Zamawiający stwierdził, że oferta BUDUS jest zgodna z treścią SIWZ (nie wdrożył on też postępowania zmierzającego do uzupełnienia oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), co jest niedopuszczalne. Nawet gdyby przyjąć założenie, że do wykonania ww. hali zaoferowano którąś z wymaganych nawierzchni to Odwołujący stwierdził, że żadna z nich nie odpowiada parametrom i cechom przewidzianym w projekcie dla Hali treningowej.

4. Pozostałe sale sportowe: siłownia, sala ćwiczeń i sala do sztuk walki - również w tym przypadku BUDUS nie załączył do oferty kart technicznych wymaganych przez Zamawiającego, dlatego też brak jest w ofercie informacji o oferowanych podłogach, co uniemożliwia weryfikację oferty w tym zakresie pod kątem równoważności zaoferowanych nawierzchni. Pomimo takiego braku Zamawiający stwierdził, że oferta BUDUS jest zgodna z treścią SIWZ (nie wdrożył on też postępowania zmierzającego do uzupełnienia oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Nawet gdyby przyjąć założenie, że do ww. pomieszczeń zaoferowano którąś z wymaganych nawierzchni to Odwołujący stwierdził, że żadna z nich nie odpowiada parametrom i cechom przewidzianym w projekcie dla tych pomieszczeń.

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez BUDUS jest niezgodna z SIWZ i winna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że wykonawca BUDUS podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, bowiem zaproponowany przez niego kierownik robót sanitarnych nie posiadał uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń wodociągowo - kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjno-gazowych. Z naruszeniem przywołanego przepisu ustawy Pzp, Zamawiający zaniechał jednak czynności wykluczenia z postępowania.

Podnosząc zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez oferty złożonej przez Mostostal Odwołujący wskazał, że wykonawca nie spełnił wymogów SIWZ w zakresie:

Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia

1. Hala główna - nawierzchnia demontowalna do koszykówki, bukowa (wymagana karta techniczna i certyfikat FIBA) - karta techniczna załączona do oferty nie zawiera wymaganej pieczęci i podpisu producenta. Z informacji zawartych w tejże karcie wynika, iż zaoferowano nawierzchnię o innych parametrach oraz technologii wykonania niż te wskazane w dokumentacji technicznej, a w konsekwencji nie można uznać, iż zaoferowana nawierzchnia jest równoważna do przewidzianej w dokumentacji technicznej. Wykonawca zaoferował nawierzchnię Haro Romę 25 jako rzekomo równoważną do nawierzchni opisanej w projekcie, tymczasem posiada ona inne parametry. Nie posiada ważnego certyfikatu FIBA (od 2011 roku certyfikat ten wydawany jest dla nowej odmiany tejże nawierzchni: Haro Romę 20) i ponadto zaoferowana nawierzchnia posiada całkowicie odmienną budowę. Zatem zgodnie ze

sposobem oceny równoważności wskazanym przez Zamawiającego produkt ten nie może zostać uznany za nawierzchnię równoważną.

2. Hala główna - nawierzchnia demontowalna do koszykówki, dębowa (wymagana karta techniczna) - karta techniczna załączona do oferty nie zawiera wymaganej pieczęci i podpisu producenta. Z informacji zawartych w tejże karcie wynika, iż zaoferowano nawierzchnię o innych parametrach i technologii wykonania niż te wskazane w dokumentacji technicznej, a w konsekwencji nie można uznać, iż zaoferowana nawierzchnia jest równoważna do przewidzianej w dokumentacji technicznej. Wykonawca zaoferował nawierzchnię Haro Romę 25 jako rzekomo równoważną do nawierzchni opisanej w projekcie. Tymczasem posiada ona inne parametry i całkowicie odmienną budowę. Zatem zgodnie ze sposobem oceny równoważności wskazanym przez Zamawiającego produkt ten nie może zostać uznany za nawierzchnię równoważną.
3. Hala główna - nawierzchnia demontowalna do siatkówki, (wymagana karta techniczna i certyfikat FIVB) - załączono wymaganą kartę lecz nie zawiera ona wymaganej pieczęci i podpisu producenta, nawierzchnia zgodna z projektem.
4. Hala główna - nawierzchnia demontowalna do piłki ręcznej, (wymagana karta techniczna i certyfikaty IHF i EHF) - załączono wymaganą kartę lecz nie zawiera ona wymaganej pieczęci i podpisu producenta, nawierzchnia zgodna z projektem.
5. Hala treningowa - nawierzchnia wielofunkcyjna drewniana (wymagana karta techniczna) - karta techniczna nie zawiera wymaganej pieczęci i podpisu producenta. Z informacji zawartych w tejże karcie wynika, iż zaoferowano nawierzchnię o innych parametrach i technologii wykonania niż te wskazane w dokumentacji technicznej, a w konsekwencji nie można uznać, iż zaoferowana nawierzchnia jest równoważna do przewidzianej w dokumentacji technicznej. Wykonawca zaoferował nawierzchnię Haro Berlin 21 jako równoważną do nawierzchni opisanej w projekcie. Tymczasem posiada ona inne parametry i całkowicie odmienną budowę. Zatem zgodnie ze sposobem oceny równoważności wskazanym przez Zamawiającego nie może zostać uznana za nawierzchnię równoważną.
6. Pozostałe sale sportowe: siłownia, sala ćwiczeń i sala do sztuk walki - wykonawca nie dopełnił obowiązku dołączenia do oferty kart technicznych oferowanych nawierzchni. Pomimo wskazanego braku uniemożliwiającego weryfikację oferty pod kątem jej równoważności, Zamawiający uznał, naruszając przy tym przepisy ustawy Pzp, że oferta Mostostal jest zgodna z SIWZ. Nawet gdyby przyjąć założenie, że do wykonania ww. pomieszczeń zaoferowano którąś z wymaganych nawierzchni to należy stwierdzić, że żadna z nich nie odpowiada parametrom i cechom przewidzianym w projekcie dla tych pomieszczeń.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że w ofercie Mostostal brak jest:

- podpisu i pieczęci producenta na kartach technicznych oświetlenia,
- autoryzacji producenta na kartach technicznych oświetlenia.

Wskazał także, że zaoferowany przez Mostostal system nagłośnienia (ABT) jest niezgodny z projektem, a nadto nie jest systemem równoważnym do przewidzianego w dokumentacji projektowej. Wskazał też na art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym to Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wobec powyższego stwierdził, że oferta złożona przez Mostostal jest niezgodna z treścią SIWZ i winna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem obydwu odwołań, które to przesłanki wynikają z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że obydwaj Odwołujący mają interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Odwołujący Budus, którego oferta została sklasyfikowana w postępowaniu na drugiej pozycji w rankingu ofert, stawia w odwołaniu zarzuty dotyczące oferty najkorzystniejszej. Podobnie Odwołujący Konsorcjum Alstal, którego oferta została sklasyfikowana w postępowaniu na czwartej pozycji w rankingu ofert, stawia w odwołaniu zarzuty dotyczące oferty najkorzystniejszej ale również ofert ujętych w klasyfikacji przed ofertą Konsorcjum Alstal, tj. oferty Budus i Mostostal.

Przyjęte w postępowaniu przez Zamawiającego kryterium cenowe jako jedyne kryterium oceny ofert oraz okoliczność kwestionowania przez Odwołujących wszystkich ofert i wykonawców usytuowanych w rankingu oceny ofert przed ofertami odwołujących się wykonawców wskazuje wprost na to, że wykazywane przez tych wykonawców naruszenia przepisów ustawy Pzp wpływają na sytuację tych odwołujących się wykonawców w postępowaniu. Sytuacja ta związana jest bezpośrednio z możliwością uzyskania

przedmiotowego zamówienia publicznego przez Odwołującego Budus i Odwołującego Konsorcjum Alstal. Tym samym zatem powyższe wskazuje na pozbawienie możliwości uzyskania przez obydwu Odwołujących zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie szkody.

Rozpoznając odwołania Izba uznała je za niezasadne.

Izba uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o zamówienie publiczne, nadesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz dokument opisu technicznego zamówienia, SIWZ, przedłożone do wglądu Izby w oryginale w toku rozprawy, jak również dokumentację techniczną STWOR, ze strony internetowej Zamawiającego znajdującej się pod adresem: www.bip.torun.pl. Izba włączyła także w poczet materiału dowodowego dokumenty i materiały przedkładane w toku rozprawy przez Odwołujących i Przystępujących, tj.:

- 1) zestawienie porównawcze spełniania wymogów równoważności trzech ofert: Konsorcjum Hydrobudowa, Budus i Mostostal sporządzone przez Odwołującego Konsorcjum Alstal
- 2) pisma Tarkett Wykładziny Sp. z o.o. z dnia 25 stycznia 2011 r. i z dnia 21 marca 2011 r.
- 3) pismo Tarkett Sports z dnia 16 marca 2010 r. (w tłumaczeniu 2011 r.)
- 4) Pismo z dnia 10 września 2010 r. Podkarpackiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa
- 5) Pismo z dnia 22 marca 2011 r. Zastępcy prezydenta Miasta Toruń
- 6) Pisma z dnia 14 marca 2011 r. Masters Obiekty Sportowe
- 7) Opinia Dedeco z dnia 22 lutego 2011 r.
- 8) Zestawienia porównawcze nawierzchni Spotable i Haro Rome 20, Proflex M i Haro Berplin 13 sporządzone przez Przystępującego Konsorcjum Hydrobudowa
- 9) Sprawozdanie z badań MPA Stuttgart sporządzone przez Uniwersytet w Stuttgarcie dotyczące nawierzchni sportowej Berlin 13
- 10) Sprawozdanie z badań MPA Stuttgart sporządzone przez Uniwersytet w Stuttgarcie dotyczące nawierzchni sportowej Rom 20 mobil.

Izba uwzględniła także stanowiska stron postępowań odwoławczych oraz jego uczestników zaprezentowane na piśmie i ustnie w toku rozprawy.

Co do pierwszej sprawy odwołania o sygn. akt: KIO/504/11 złożonego przez BUDUS

Izba ustaliła, co następuje:

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum Hydrobudowa wezwania do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy w postępowaniu

- 1) Zamawiający wartość szacunkową przedmiotu zamówienia określił na promie: 144 984 769,54 zł netto, tj. 37 766 285,37 euro. Na otwarciu ofert wskazał na kwotę 1 555 000 000,00 zł jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie przedmiotowego zamówienia (pkt 2 – część ogólna i pkt 9 – część szczegółowa protokołu postępowania)
- 2) W postępowaniu złożono oferty o następujących wartościach (Druk ZP-12 załącznik do protokołu postępowania):
 - 121 793 370,00 zł (Konsorcjum Hydrobudowa)
 - 146 675 009,26 zł (Polimex – Mostostal S.A.)
 - 138 909 044,98 zł (Budus)
 - 159 290 746,18 zł (Konsorcjum Alpine Construction Polska Sp. z o.o.)
 - 143 623 158,03 zł (Mostostal Warszawa S.A.)
 - 145 136 310,00 zł (Konsorcjum Alstal)
 - 152 520 000,00 zł (Karmar S.A.)
 - 147 426 992,12 zł (Konsorcjum Erbud)
 - 146 247 000,00 zł (PRI POL-AQUA S.A.)
 - 125 787 680,76 zł (Skanska S.A.)
- 3) Cena była jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu (pkt 17.3 SIWZ)

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz zarzut stawiany przez Odwołującego, i przedstawioną argumentację w tym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, aby były podstawy do wystąpienia przez Zamawiającego wobec oferty Konsorcjum Hydrobudowa w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. z zapytaniem o wyjaśnienie ceny rażąco niskiej. Podstawą zarzutu Odwołującego Budus jest twierdzenie o tym, że cena ofertowa Konsorcjum Hydrobudowa rażąco odbiega od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, która powiększona o wartość podatku VAT wynosi 176 881 418,84 zł. Odnosząc się do tej argumentacji Izba stwierdziła, że matematyczne wskazanie na różnicę pomiędzy daną ceną ofertową, a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną do wartości brutto nie może uprawdopodobniać rażąco niskiej ceny ofertowej. Konieczne byłoby w tym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że cena, którą

Konsorcjum Hydrobudowa zaproponowało nie dając możliwości należytego wykonania danego zamówienia publicznego bez ponoszenia strat przez tego wykonawcę. Proste zestawienie ceny ofertowej i wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia w szczególności jeśli przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia zarzutu przez Izbę. Zwrócić bowiem należy uwagę, że wartość szacunkowa na roboty budowlane ustalana jest na podstawie kosztorysu inwestorskiego – stosownie do regulacji zawartej w art. 33 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Szacunek ten w przypadku robót budowlanych dokonywany jest – zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy Pzp – nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania. W przedmiotowym postępowaniu wartość ta została ustalona w dniu 15 października 2010 r. (pkt 2 części ogólnej protokołu postępowania) zaś otwarcie ofert nastąpiło w dniu 11 stycznia 2011 r. (pkt 9 części szczegółowej protokołu postępowania). W okresie pomiędzy ustaleniem wartości szacunkowej zamówienia, a otwarciem ofert zwłaszcza przy zamówieniach na roboty budowlane może dochodzić do określonego rodzaju sytuacji finansowych na rynku dostaw i usług realizowanych w ramach robót budowlanych, które mogą mieć znaczący wpływ na wysokość cen ofertowych z tytułu realizacji danego zamówienia. Doświadczenie życiowe wskazuje także na to, że kosztorysy inwestorskie przygotowywane przez zamawiających mogą zawierać zawyżone wartości wyspecyfikowanych tam materiałów i określonych prac, bowiem kosztorysy przygotowywane są w oparciu o stawki przewidziane w odpowiednich zastawieniach cenowych sporządzanych także wstecz z pewną rezerwą czasową w stosunku do sporządzanego kosztorysu. Na powyższe okoliczności choćby wskazuje decyzja Zamawiającego o przeznaczeniu na sfinansowanie niniejszego zamówienia kwoty niższej niż wynikająca z kosztorysu inwestorskiego (kwota 155 000 000,00 zł, a nie kwota 176 881 418,84 zł, stanowiąca powiększenie wartości netto z kosztorysu inwestorskiego o kwotę podatku VAT).

Warto także zauważyć, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – jak wynika z pkt 1.6 SIWZ – przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego. Tym samym też – zgodnie z dyspozycją art. 32 ust. 3 ustawy Pzp – w ramach wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia uwzględnił także wartość zamówień uzupełniających. Stąd też ustalenie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia na tak wysokim poziomie bez stosownego odliczenia od niej wartości zamówień uzupełniających (-50% wartości zamówienia podstawowego) nie może stanowić podstawy oceny, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, skoro oferty w przedmiotowym postępowaniu nie obejmują zamówień uzupełniających, które to zamówienia będą stanowiły ewentualnie w przyszłości przedmiot

odrębnego postępowania i odrębnie negocjowanych warunków wysokości wynagrodzenia wykonawcy należnego z tytułu zleczanych mu odrębnie robót budowlanych.

Odwołujący Budus próbował wykazywać także rozbieżności w ofercie Konsorcjum Hydrobudowa w stosunku do ofert pozostałych wykonawców (17,5%). Przedstawione przez Odwołującego w tym zakresie wyliczenia Izba uznała za niewiarygodne. Opierają się one bowiem na obliczeniu średniej ceny ofertowej w postępowaniu przy odrzuceniu dwóch najniższych cen ofertowych. Tego rodzaju obliczenie Izba uznała za tendencyjne i niewiarygodne z punktu widzenia przydatności dla oceny, czy cena jest rażąco niska.

Odniesienie się przez Odwołującego tylko do wartości podawanej na otwarciu ofert przez Zamawiającego w stosunku do wartości oferty Konsorcjum Hydrobudowa (21%) jako wyznacznik ceny rażąco niskiej Izba uznała za niemiarodajny. Samodzielnie ten wyznacznik nie może stanowić o uprawdopodobnieniu okoliczności związanych z rażąco niską ceną, bowiem kwota podawana na otwarciu ofert nie stanowi wprost wartości zamówienia. Jest to kwota, w której mieszczą się możliwości finansowe Zamawiającego w odniesieniu do konkretnego zamówienia. Biorąc pod uwagę przepisy ustawy Pzp nie musi to być kwota oparta o szczegółowy szacunek danej konkretnej inwestycji, a więc wartości przedmiotu zamówienia, do której odnosi się norma zawarta w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazany zarzut oparty był zatem jedynie na twierdzeniach Odwołującego Budus, które w ocenie Izby nie były miarodajne dla potwierdzenia się zarzutu. Twierdzenia te nie były także poparte żadnymi dowodami, stąd też Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Hydrobudowa z postępowania z powodu nie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

- 1) Zamawiający określił w SIWZ wymóg wykazania się przez wykonawców brakiem podstaw do wykluczenia z postępowania stosownie do przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 3.4. SIWZ)
- 2) Zamawiający wymagał, aby w przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie każdy z wykonawców wykazał brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (pkt 3.7 lit. a) SIWZ)
- 3) Na potwierdzenie warunku dotyczącego niekaralności członków zarządu wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (pkt 4.7 SIWZ)

- 4) Konsorcjum Hydrobudowa w swojej ofercie przedstawiło dokumenty z KRK dotyczące Pana Rafała Maciej D. – członka zarządu lidera Konsorcjum Hydrobudowa, tj. firmy Hydrobudowa Polska S.A., a były to:
- Zapytanie o udzielenie informacji o osobie z dnia 3 listopada 2010 r. z adnotacją „*Odpowiedź w załączeniu*” i podaniem w pkt 11 tego dokumentu jako wskazanie postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie: „*art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 1655*” (str. 83 oferty Konsorcjum Hydrobudowa) oraz
 - Informacja o osobie z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 4 listopada 2010 r. z adnotacją: „*nie figuruje w Kartotece Karnej w podanym zakresie*” i wskazaniem zakresu danych, które były przedmiotem informacji o osobie: „*art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Dz. U. 2007, Nr 223, poz. 165 z późn. zm.*” (str. 84 oferty Konsorcjum Hydrobudowa).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz zarzut stawiany przez Odwołującego i przedstawioną argumentację w tym zakresie Izba stwierdziła, że zarzut podnoszony przez Odwołującego, jakoby Konsorcjum Hydrobudowa nie spełniało warunków podmiotowych udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie niekaralności w odniesieniu do jednego z członków zarządu lidera konsorcjum, nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby przedłożone przez Konsorcjum Hydrobudowa dokumenty z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzają, że Pan D. nie był karany z tytułu przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp, w tym także co do przestępstw przeciwko środowisku. Przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty mają charakter dokumentów urzędowych, stąd też brak jest podstaw do ich kwestionowania przez Izbę. W informacji z Kartoteki Karnej wynika, że wskazana osoba nie figuruje w prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości rejestrze. W tym to rejestrze z punktu widzenia informacji niezbędnych z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą znajdować się informacje odnośnie osoby Pana D. Skoro właściwy organ państwowy potwierdził, że w tym rejestrze nie ma żadnych informacji o karalności danej osoby nie ma też podstaw do podważania tego dokumentu. Odwołujący też nie uprawdopodobnił w żaden inny sposób, że wskazana osoba mogłaby jednak być karaną. Dokument wystawiony z datą 4 listopada 2010 r. z punktu widzenia wymogów ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie jest aktualna, a Odwołujący nie uprawdopodobnił, że pomiędzy datą wystawienia tego dokumentu, a otwarciem ofert sytuacja co do karalności wskazanej osoby zmieniłaby się.

Niezasadnym jest również twierdzenie Odwołującego, że wskazanie w zapytaniu o udzielenie informacji o osobie podany został nieaktualny Dziennik Ustaw odnoszący się do

ustawy Pzp, co wskazuje na możliwość nie wzięcia pod uwagę przez organ wydający informację o osobie co do jej karalności przestępstw przeciwko środowisku, w związku z wprowadzeniem ich do ustawy Pzp w późniejszym terminie, do którego nie odnosi się przywołany Dziennik Ustaw z roku 2007. Podkreślić należy, że informacja odnośnie niekaralności osób udzielana jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 50, poz. 580) w oparciu o dane znajdujące się w prowadzonym Rejestrze Karnym według stanu na dany dzień, w którym owa informacja jest udzielana. Brak jest w tym zakresie możliwości udzielenia informacji wstecz. Jeśli w tym zakresie w Rejestrze znajdowałyby się informacje co do karalności w zakresie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Pzp powyższe podlegałyby ujawnieniu w tym rejestrze. Jeśli dana osoba w ogóle nie figuruje w Kartotece Karnej oznacza to nic innego jak odniesienie się do wszystkich tam ujawnianych przestępstw, w tym także tych o których mowa we wskazanych przepisach ustawy Pzp. Zwrócić ponadto należy uwagę to, że w samym dokumencie Informacja o osobie z Krajowego Rejestru Karnego wskazano na Dziennik Ustaw odnoszący się do ustawy Pzp z 2007 r., a nie aktualny z 2010 r., jednak z przypisem „z późn. zm.”, co oznacza, że uwzględniono tak także zmiany przepisów ustawy Pzp następujące po roku 2007 do chwili wystawienia owego dokumentu.

Uwzględniając powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Hydrobudowa z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ.

- 1) Zamawiający początkowo w SIWZ określił termin realizacji zamówienia na: „*nie więcej niż 550 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy*” (pkt 2 SIWZ oraz § 4 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy przed modyfikacją)
- 2) Modyfikacją SIWZ z dnia 1 grudnia 2010 r. Zamawiający wprowadził zmiany zapisów SIWZ i wzoru umowy co do terminu realizacji zamówienia wprowadzając zapis: „*Wykonawca rozpocznie roboty objęte niniejszą umową w terminie nie dłuższym niż 7 dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy i zakończy: a) I etap – obejmujący roboty kubaturowe, uzbrojenie i zagospodarowanie terenu oraz inne objęte dokumentacją projektową (z wyłączeniem zieleni) w ciągu 550 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia umowy; b) II etap – obejmujący wykonanie zieleni do dnia 15 grudnia 2012 r.*”
- 3) W ustalonym przez Zamawiającego załączniku do SIWZ Formularzu ofertowym Zamawiający oczekiwał wypełnienia pustej rubryki: „*Termin realizacji zamówienia*” (załącznik nr 4 do SIWZ)

- 4) Zamawiający oczekiwał dołączenia do oferty zaakceptowanego wzoru umowy – załącznik nr 5, wskazując, iż jest to jeden z dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę (pkt 4.2 SIWZ)
- 5) Konsorcjum Hydrobudowa w swojej ofercie na formularzu ofertowym w rubryce Termin realizacji zamówienia wprowadziło zapis: „*Nie więcej niż 550 dni kalendarzowych liczonych od dnia zawarcia UMOWY*” (str. 4 oferty)
- 6) Konsorcjum Hydrobudowa do swojej oferty dołączyło parafowany wzór umowy uwzględniający jego zmiany z dnia 1 grudnia 2010 r. (str. 17-30 oferty)

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że oferta Konsorcjum Hydrobudowa nie zawierała sprzeczności co do jej treści z treścią SIWZ w zakresie terminu realizacji zamówienia, która to ewentualna sprzeczność kwalifikowałaby tę ofertę do odrzucenia w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazany w formularzu ofertowym Konsorcjum Hydrobudowa termin wykonania zamówienia na 550 dni od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego wynikał także z postanowień SIWZ i wzoru umowy po wprowadzonych zmianach z dnia 1 grudnia 2010 r. Co do pierwszego etapu robót Zamawiający, również po modyfikacji SIWZ, Zamawiający przewidział bowiem wskazany termin wykonania zamówienia. Brak uwzględnienia w ramach terminu realizacji zamówienia w samym formularzu ofertowym bardziej szczegółowych wymogów co do terminu wykonania zieleń do dnia 15 grudnia 2012 r. w żadnym przypadku nie może być uznany za sprzeczność merytoryczną oferty Konsorcjum Hydrobudowa z SIWZ, powodującą różnego rodzaju zagrożenia, na które wskazywał Odwołujący Budus, związane z niebezpieczeństwem niewykonania zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego oraz brak możliwości zatrzymania wadium w przypadku odmowy podpisania umowy przez tego wykonawcę. Termin wykonania prac w ramach drugiego etapu jest niczym innym, jak tylko uszczegółowieniem podstawowego terminu wskazującego na 550 dni. Wskazywanie najbardziej marginalnych sytuacji, których prawdopodobieństwo zdarzenia się w niniejszym stanie faktycznym jest znikome (przedłużenie się procedury przetargowej do czerwca br.) może wskazywać co najmniej na daleko idący formalizm ze strony Odwołującego. Jasnym dla składu orzekającego Izby było, iż Konsorcjum Hydrobudowa zaakceptowało wszystkie warunki związane z terminem realizacji zamówienia, w tym także co do wykonania zieleń, wynikające z modyfikacji SIWZ i złożyło w tym zakresie wiążące oświadczenie woli. O powyższym świadczy także wzór umowy uwzględniający zmiany SIWZ, który wykonawca ten - zgodnie z postanowieniami SIWZ - załączył zparafowany do oferty. Zgodnie z wymogami SIWZ wskazany wzór umowy, zaakceptowany przez wykonawcę miał stanowić wprost dokument składający się na ofertę. Nie sposób zatem było pominąć tego dokumentu, dokonując oceny ofert. Zamawiający w

oparciu o niego nie powinien być mieć jakichkolwiek wątpliwości, że Konsorcjum Hydrobudowa w pełni akceptuje ostateczne wymogi SIWZ w zakresie terminu wykonania zamówienia tak co do etapu I, jak i etapu II, stąd też nawet wyjaśnienia oferty tego wykonawcy we wskazanym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp byłyby zbędne.

Uwzględniając powyższe Izba uznała wskazany zarzut za niezasadny.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Hydrobudowa i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania co zarzucał Odwołujący Budus. Powyższe potwierdza, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w tym zakresie w treści odwołania.

Co do drugiej sprawy odwołania o sygn. akt: KIO/517/11 złożonego przez Konsorcjum Alstal Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła, że żaden z podnoszonych w odwołaniu przez Konsorcjum Alstal zarzutów nie znalazł potwierdzenia. Podstawą takiego rozstrzygnięcia dokonanego przez Izbę było przede wszystkim nieudowodnienie przez Odwołującego zarzutów związanych z niezgodnością treści ofert trzech wykonawców z treścią SIWZ co do równoważności oferowanych nawierzchni sportowych w stosunku do opisanych w SIWZ i przedłożenia w tym zakresie odpowiednich – zgodnych z wymogami SIWZ – dokumentów, jak również zarzutu, odnoszącego się do spełniania warunku podmiotowego udziału w postępowaniu przez wykonawcę Budus, dotyczącego potencjału osobowego. Stwierdzić należało, że to na Odwołującym (Konsorcjum Alstal) spoczywa ciężar udowodnienia, że podnoszone przez niego zarzuty związane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, są zasadne, skoro z określonych okoliczności – postanowień SIWZ i treści złożonych ofert wywodzi określone skutki prawne, tj. konieczność odrzucenia ofert oraz wykluczenia wykonawcy (art. 6 k.c). Podstawą zarzutów podnoszonych przez Odwołującego są przede wszystkim twierdzenia tego wykonawcy o nierównoważności zaoferowanych przez wskazanych wykonawców określonych nawierzchni sportowych. Przedstawione zaś w toku rozprawy przez Odwołującego Konsorcjum Alstal dowody w tym zakresie okazały się niewystarczające dla potwierdzenia zarzutów odwołania.

Podnoszone przez Odwołującego zarzuty należało podzielić i uszeregować w trzy grupy:

- 1) zarzuty dotyczące równoważności określonych, oferowanych przez wykonawców Konsorcjum Hydrobudowa i Mostostal nawierzchni sportowych co do:
 1. Hali głównej – nawierzchnia demontowalna do koszykówki (buk) i oferowanej tam nawierzchni Haro Rome 20 przez Konsorcjum Hydrobudowa i nawierzchni Haro Rome 25 oferowanej przez Mostostal,
 2. Hali głównej – nawierzchnia demontowalna do koszykówki (dąb) i oferowanej tam nawierzchni Haro Rome 20 przez Konsorcjum Hydrobudowa i nawierzchni Haro Rome 25 oferowanej przez Mostostal,
 3. Hali treningowej – nawierzchnia drewniana i oferowanej tam nawierzchni Haro Berlin 13 przez Konsorcjum Hydrobudowa i nawierzchni Haro Berlin 21 oferowanej przez Mostostal;

- 2) zarzuty dotyczące dokumentów kart technicznych, odnoszących się do oferowanych nawierzchni przez wykonawców: Konsorcjum Hydrobudowa, Budus i Mostostal co do:
 1. Hali głównej – nawierzchnia demontowalna do koszykówki (buk) i braku pieczęci i podpisu na kartach technicznych oferowanych nawierzchni przez Budus i Mostostal,
 2. Hala główna – nawierzchnia demontowalna do siatkówki i braku pieczęci i podpisu na karcie technicznej oferowanej nawierzchni przez Mostostal,
 3. Hala główna – nawierzchnia demontowalna do piłki ręcznej i braku pieczęci i podpisu na karcie technicznej oferowanej nawierzchni przez Mostostal,
 4. Hali treningowej – nawierzchnia drewniana i braku pieczęci i podpisu na kartach technicznych oferowanych nawierzchni przez Budus i Mostostal,
 5. Pozostałe sale sportowe i braku pieczęci i podpisów na kartach technicznych oferowanych nawierzchni przez Budus i Mostostal,
 6. Oświetlenie i nagłośnienie i braku w tym zakresie pieczęci i podpisów na kartach technicznych oferowanego systemu oświetlenia i nagłośnienia oraz autoryzacji w ofercie Mostostal.

- 3) zarzut dotyczący niespełnienia przez wykonawcę Budus warunku dotyczącego kierownika robót sanitarnych, który – wedle zarzutu Odwołującego - nie posiadał uprawnień budowlanych bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń wodociągowo - kanalizacyjnych, cieplnych, wentylacyjno-gazowych.

Odnosząc się do pierwszej grupy zarzutów Izba stwierdziła, że Zamawiający w SIWZ (w dokumentacji projektowej i STWOR) wskazał z jednej strony konkretne parametry techniczne i zastosowaną technologię co do nawierzchni sportowych wymaganych na poszczególnych powierzchniach hali. Przy opisie przedmiotu zamówienia stosował on nazwy konkretnych producentów i konkretnych produktów, na których oparł wymagane parametry i technologie w zakresie poszczególnych nawierzchni sportowych. Zamawiający oczekiwał także, że poszczególne powierzchnie będą posiadały określonego rodzaju certyfikaty wydawane przez organizacje związków sportowych w poszczególnych dyscyplinach. W odpowiedzi na pytania dotyczące tych postanowień SIWZ Zamawiający uszczegółowił, iż przywoływane nazwy własne użyte w ramach opisu przedmiotu zamówienia i oczekiwanych nawierzchni sportowych należy traktować wyłącznie jako przykładowe. Wskazał on też, że dopuszcza nawierzchnie równoważne do projektowanych w SIWZ. Także – jak słusznie wywodził Odwołujący Alstal – zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1 z dnia 14 grudnia 2010 r. Zamawiający poinformował, że za równoważne do projektowanych nawierzchni będzie można uznać tylko nawierzchnie, które:

- posiadają wymagane certyfikaty związków sportowych
- spełniają parametry techniczne dla poszczególnych nawierzchni
- odpowiadają poszczególnym opisom technologicznym.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający wprowadzając możliwość składania ofert równoważnych w zakresie nawierzchni sportowych określił też w na pewnym stopniu ogólności wymogi weryfikacji tej równoważności. Pozostawiając na razie na boku kwestie związane z posiadaniem odpowiednich certyfikatów przez nawierzchnie nie można jednak z zapisów SIWZ oraz jej wyjaśnień wywodzić, że wszystkie parametry techniczne oraz wszystkie aspekty stosowanej technologii szczegółowo w stosunku „jeden do jednego” muszą być wypełnione przez nawierzchnie równoważne. Taki sposób myślenia i postępowania prowadziłyby bowiem do stwierdzenia, że tylko określone wprost w dokumentacji projektowej i STWOR nawierzchnie z konkretną nazwą i określeniem producenta mogą spełniać wymogi SIWZ. W takiej sytuacji mielibyśmy do czynienia z obejściem przepisów ustawy Pzp, dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i jedynie z pozornym dopuszczeniem w SIWZ równoważności ofert. Taki sposób postępowania byłby

także sprzeczny z założeniem równoważności, którą Zamawiający w SIWZ w przedmiotowym postępowaniu wprost dopuszczał.

Warto w tym zakresie wrócić uwagę, że Zamawiający we wskazanej odpowiedzi na pytanie nr 1 do SIWZ z dnia 14 grudnia 2010 r. nie wskazał, że dla spełniania wymogu równoważności konieczne jest spełnienie wszystkich parametrów technicznych odnoszących się do poszczególnych nawierzchni sportowych. Uwzględniając powyższe należało w tym zakresie dokonać ustaleń, w jakim zakresie Zamawiający powinien był brać pod uwagę zgodność co do oferowanych parametrów technicznych, czy oferowanej technologii innej niż określona w SIWZ nawierzchni. Izba uznała, że wystarczającym w tym zakresie była ocena poszczególnych parametrów technicznych i technologii, które dawałyby Zamawiającemu osiągnięcie tych samych funkcjonalności przez nawierzchnię, zgodnie z wymogami SIWZ. Dla oceny tychże funkcjonalności z kolei istotne było, aby określone nawierzchnie posiadały certyfikaty organizacji sportowych (IAAF, FIVB, FIBA, IIIHF, EHF). Ocena tych funkcjonalności winna się także odbywać w oparciu o normy, które także były pośrednio przywoływane w dokumentacji projektowej Zamawiającego. Niezasadnym byłoby przy ocenie stopnia równoważności porównywanie wszystkich parametrów poszczególnych nawierzchni do parametrów wskazanych w SIWZ co do przykładowo wymienionej tam nawierzchni.

Odwołujący w treści odwołania, jak i na rozprawie, nie wykazał takich niezgodności oferowanych przez Konsorcjum Hydrobudowa i Mostostal nawierzchni z wymogami SIWZ w kontekście nie spełniania określonych funkcjonalności nawierzchni, które prowadziłyby do niezgodności tej nawierzchni z normami, czy wydanymi co do nich certyfikatami.

Druga kwestia, która wymagała w tym zakresie rozstrzygnięcia przez Izbę to była kwestia rozumienia postanowień SIWZ przez Odwołującego Konsorcjum Alstal, że karty techniczne powinny wskazywać wszystkie parametry techniczne i wszystkie aspekty wymaganej przez Zamawiającego technologii oferowanych nawierzchni. Udzielona przez Zamawiającego odpowiedź nr 8 na zapytanie do SIWZ z dnia 24 listopada 2010 r. wskazuje, że karty techniczne są oczekiwane przez Zamawiającego dla weryfikacji zgodności oferowanych produktów z SIWZ. Z powyższego w żaden sposób nie można jednak wywodzić, że Zamawiający oczekiwał potwierdzenia w kartach technicznych poszczególnych nawierzchni sportowych wszystkich wymaganych parametrów technicznych i stosowanej technologii. Dokument karty technicznej – jak podnoszono w toku rozprawy – nie został uregulowany tak co do zakresu treściowego (merytorycznego), jak i jakiejś szczególnej formy w obowiązujących przepisach prawa – w tym zakresie strony postępowania odwoławczego oraz jego uczestnicy żadnych odmiennych stanowisk w sprawie nie prezentowali. Niesporne także było to, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie określił ani wzoru takiego dokumentu, ani też jego zakresu treściowego, czy też formalnego. Biorąc powyższe pod

uwagę oraz doświadczenie życiowe, które wskazuje, że tego rodzaju dokumenty nie mają charakteru formalnego, Izba uznała, że spełnieniem wymogu dostarczenia karty technicznej określonego produktu będzie przedłożenie każdego takiego dokumentu, który w jakimś zakresie – bardziej lub mniej szczegółowo – odnosi się do kwestii technicznych określonej, oferowanej nawierzchni. Przedłożone przez wykonawców w wymaganym zakresie karty techniczne spełniają to minimum. Z tych też względów, wyłącznie z okoliczności, iż karty techniczne poszczególnych nawierzchni nie potwierdzają wprost wszystkich parametrów technicznych oferowanej nawierzchni, Odwołujący nie powinien wywodzić niezgodności oferty z SIWZ. Odwołujący z drugiej strony nie wykazał, aby jakieś konkretne ujawnione w kartach technicznych parametry nie potwierdzały spełniania konkretnych wymogów SIWZ.

W tym aspekcie należy także zwrócić uwagę na dyspozycje art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oraz wymóg Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, iż obowiązek wykazania równoważności nawierzchni leży po stronie wykonawcy (odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 14 grudnia 2010 r.), na co w szczególności zwracał uwagę Odwołujący Konsorcjum Alstal. W tym zakresie Izba uznała, że nie jest możliwe pominięcie wskazanych regulacji. Podkreślić jednak należy, że nieuprawnionym byłoby też ze strony Zamawiającego odrzucenie oferty wykonawcy z powodu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, czyli w tym przypadku niespełnienie konkretnych wymogów co do równoważności oferowanej nawierzchni z wymaganą w SIWZ, jeśli wiedzę co do spełniania wymogów równoważności Zamawiający posiadał, bądź to w oparciu o dołączone do ofert certyfikaty, bądź to w oparciu o posiadane opinie instytutu naukowego wypowiadającego się co do zgodności konkretnych oferowanych nawierzchni z określonymi normami. Opinie te choć nie zostały załączone do ofert Konsorcjum Hydrobudowa, czy oferty Mostostal były w dyspozycji Zamawiającego w toku badania i oceny ofert; zostały bowiem przedłożone przez innego wykonawcę w postępowaniu, który także wskazane nawierzchnie oferował. Tej wiedzy, którą posiadał Zamawiający nie można było pominąć i dokonywać odrzucenia oferty, czy ofert w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który to przepis wymaga od Zamawiającego stwierdzenia wprost niezgodności merytorycznej oferty z SIWZ.

Odnosząc się do kwestii żądanych certyfikatów Izba dokonując oceny zapisów SIWZ w tym zakresie, a konkretnie pkt 4.14 SIWZ w kontekście także wyjaśnień dotyczących SIWZ udzielonych co do pytania nr 1 z dnia 14 grudnia 2010 r., stwierdziła, że Zamawiający oczekiwał dołączenia tak kart technicznych, jak i certyfikatów i aprobat organizacji związków sportowych tylko co do rozgrywek najwyższej klasy. Dokumenty takie zatem nie były oczekiwane przez Zamawiającego co do nawierzchni sportowych innych niż przeznaczone dla rozgrywek najwyższej klasy, co w sposób bezsprzeczny wynika przede wszystkim z przywołanego pkt 1.14 SIWZ.

Tym samym zatem, w ocenie Izby, przywołane zapisy SIWZ nie dawały Odwołującemu podstaw do wywodzenia określonych skutków, które stały się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu. Jednocześnie też Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych i niepodważalnych dowodów potwierdzających sprzeczność wskazanych ofert z treścią SIWZ w zakresie merytorycznej zgodności ofert z SIWZ.

Jedynym istotnym dowodem przedstawionym w tej sprawie przez Odwołującego była opinia sporządzona przez architekta z firmy DEDECO Sp. z o.o., która to firma była projektantem dla robót budowlanych objętych niniejszym przedmiotem zamówienia. Opinia ta ma jedną wyłącznie walor dokumentu prywatnego, a więc stanowi stanowisko w sprawie wyrażone przez określoną osobę sporządzającą tę opinię. Wskazana firma, jak i bezpośrednio osoba sporządzającą opinie – jak wynika z dokumentacji postępowania i co potwierdził także Zamawiający w toku rozprawy – nie była formalnie powołanym biegłym w postępowaniu przez Zamawiającego. Opinia ta odnosi się do poszczególnych oferowanych w postępowaniu nawierzchni, w tym nawierzchni Haro Rome 20, Haro Rome 25 i Haro Berlin 13, wskazując na ich niezgodność z projektem. Stwierdzenie projektanta określonych robót budowlanych o niezgodności określonej nawierzchni z projektem nie może być równoznaczne ze stwierdzeniem braku równoważności oferowanych nawierzchni sportowych w kontekście przepisów ustawy Pzp i konkretnych zapisów SIWZ, w tym udzielanych wyjaśnień i modyfikacji SIWZ. Firma projektowa, czy też osoba działająca pod tą firmą projektową, wskazywała na niezgodność wyłącznie w zakresie wprost projektu, a nie wszystkich postanowień SIWZ. Skoro w projekcie wskazano z nazwy innego rodzaju nawierzchnie innego producenta, a w ofertach wskazanych wykonawców zaoferowano innego rodzaju nawierzchnię, innego producenta, można w tym zakresie mówić o prostej niezgodności z projektem, która nie może być jednak rozciągana na całość postanowień SIWZ i ocenę w kontekście obowiązujących w tej mierze przepisów ustawy Pzp.

Zwrócić także należy uwagę na taką okoliczność, iż co do zgodności oferowanych nawierzchni z wymogami projektu wskazana opinia opiera się na stwierdzeniach, że z kart technicznych nie można wywieźć określonych parametrów technicznych i dokonać ich porównania z wymogami projektu. Ta kwestia – w świetle powyżej dokonanych w tym zakresie ustaleń Izby – nie może się ostać i świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Żadnych innych dowodów w tym zakresie Odwołujący nie przedstawił. Tymczasem przedłożone przez Przystępującego Konsorcjum Hydrobudowa opinie Instytutu naukowego w Stuttgarcie (jednostki certyfikowanej), które to opinie – jak wskazano powyżej - były w dyspozycji Zamawiającego w toku badania i oceny ofert, potwierdzają zgodność

oferowanych nawierzchni (Haro Rome 20 i 25 oraz Haro Berlin 13) z określonymi normami (norma EN 14904 dotycząca nawierzchnie terenów sportowych -- Halowe nawierzchnie sportowe przeznaczone do uprawiania wielu dyscyplin sportowych).

Odnosząc się do drugiej grupy zarzutów Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące braków formalnych w zakresie dokumentów kart technicznych poszczególnych wykonawców nie potwierdziły się.

Odwołujący wywodzi z odpowiedzi na pytanie nr 21 z dnia 22 grudnia 2010 r. we wskazanym zakresie daleko idące skutki, których – w ocenie Izby – nie da się wywieść, biorąc pod uwagę zapisy SIWZ oraz treść udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień. W odpowiedzi na wskazane pytanie SIWZ Zamawiający stwierdził, że zgodnie z pkt 9.3 SIWZ oraz § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) dokumenty składające się na ofertę powinny zostać złożone w formie oryginałów lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Jednocześnie też wskazał, że wymagania te powinny spełniać także karty techniczne oferowanych nawierzchni oraz oświetlenia i nagłośnienia. Podkreślił, że oczekuje, iż przedłożone wraz z ofertą karty techniczne będą wystawione i potwierdzone przez producenta, tj. iż będą zawierać jego podpis i pieczęć. Zamawiający stwierdził także, że uzna za właściwe także dokumenty złożone w kopii (poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę), nie zawierające pieczęci, jeżeli oryginał karty nie będzie jej zawierać. Zamawiający zatem z jednej strony, biorąc pod uwagę obowiązujące w tej mierze przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów wymagał złożenia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają wymogi SIWZ w formie oryginału bądź kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Z drugiej jednak strony, zdając sobie sprawę, że karty techniczne nie są dokumentem urzędowym, czy też innego rodzaju dokumentem, którego zasady wystawiania i zakres określone byłyby przez obowiązujące przepisy prawa dopuścił możliwość przedłożenia także dokumentu w kopii potwierdzonego za zgodność z oryginałem według zasad ogólnych, ale także kopii tego dokumentu, która sporządzona byłaby w oparciu o oryginalny dokument, który nie posiadałby oznaczenia producenta w formie właściwej pieczęci. Zdawał sobie bowiem Zamawiający sprawę, że tego rodzaju dokumenty, jak karty techniczne, mogą być także zamieszczane na oficjalnych stronach internetowych producentów określonych produktów i z takich swoistych dokumentów nie opatrzonych pieczęcią producenta istniała także możliwość skorzystania w postępowaniu. W tym to zakresie Zamawiający doprecyzował w wyjaśnieniach SIWZ, że dołączenie kopii

takiego dokumentu potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w przypadku gdy kopia ta, jak i oryginał na podstawie którego kopia została sporządzona, nie zawiera poświadczenia producenta, będzie w przedmiotowym postępowaniu skuteczne.

Z tych też względów Izba uznała, że wszystkie stwierdzenia zawarte w treści odwołania i podtrzymane na rozprawie, odnoszące się do braków pieczęci i podpisów na kartach technicznych dotyczących oferowanych nawierzchni sportowych przez Konsorcjum Hydrobudowa, wykonawcę Budus i Mostostal, a także dotyczące oferowanego przez Mostostal nagłośnienia i oświetlenia, nie są wystarczające dla zakwestionowania kart technicznych we wskazanych zakresie, w tym także nie są wystarczające dla potwierdzenie się zarzutów odwołania.

W sposób szczególny Odwołujący Konsorcjum Alstal odnosił się w tym względzie do karty technicznej przedłożonej przez wykonawcę Budus co do oferowanej nawierzchni Sportable producenta Tarkett Sports. Przedłożona przez tego wykonawcę w ofercie karta techniczna w kopii wraz z jej tłumaczeniem na język polski była potwierdzona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, co potwierdzają pieczętki (firmowa i członków zarządu) oraz podpisy członków zarządu na tym dokumencie. Brak pieczęci bądź odręcznego wskazania: „za zgodność z oryginałem” nie może stanowić podstawy do kwestionowania dokumentu, jeśli w istocie podpisy wykonawcy ów dokument potwierdzają za zgodność z oryginałem. Dokument przedstawiony przez wykonawcę Budus w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów (pismo Zamawiającego z dnia 28 stycznia 2011 r. i pismo Budus z dnia 10 lutego 2011 r.) także zawiera owo potwierdzenie za zgodność oryginałem dokumentu przez wykonawcę. Co do kwestii niepoświadczenia przez producenta nawierzchni pieczęcią, czy podpisem karty technicznej dotyczącej wskazanej nawierzchni Izba stwierdziła, że na dokumencie przedłożonym Zamawiającemu w wyniku uzupełniania dokumentów znajduje się pieczęć firmy Tarkett Wykładziny Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz podpis za zgodność z oryginałem dokonany przez Pana Wojtkiewicza, a także pieczęć i podpis z firmy Tamex Obiekty Sportowe S.A. Odwołujący Konsorcjum Alstal przedstawił w toku postępowania odwoławczego dowody na potwierdzenie okoliczności, iż firma Tarkett Wykładziny nie miała uprawnień do wystawiania dla wykonawcy Budus dokumentu karty technicznej (pismo Tarkett Sports z dnia 16 marca 2010 r., a w tłumaczeniu - 2011 r. i pisma Tarkett Wykładziny Sp. z o.o. z dnia 25 stycznia 2011 r. i 21 marca 2011 r.). Przedstawione dowody w sprawie nie mają – w ocenie Izby – żadnego znaczenia dla ważności przedłożonego przez Budus w niniejszym postępowaniu dokumentu karty technicznej. Z przedstawionych pism wynika, że firma Tarkett Sports wypowiada się kwestii braku udzielenia gwarancji producenta dla instalacji systemów sportowych Tarkett wykonanych przez firmy Budus i Tamex Obiekty Sportowe, firma Tarkett Wykładziny Sp. z o.o. wypowiada się natomiast o zakresie działalności swojej firmy i o tym, że nie jest

producentem sprzedawanych i dystrybuowanych nawierzchni sportowych, a jest reprezentantem firmy Tarkett France Division Sport Indoor oraz, że dla firmy Budus i Tamex Obiekty Sportowe nie wystawiała karty technicznej związanej z niniejszym postępowaniem o zamówienie publiczne oraz, że Pan Arkadiusz W. nie jest upoważniony do wystawiania dokumentów w postaci kart technicznych dla kontrahentów.

Powyższe nie ma żadnego znaczenia w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne z punktu widzenia ważności karty technicznej przedłożonej przez Budus. Karta ta została – jak wskazano powyżej – przedłożona w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę i nie zawiera pieczęci producenta na tej kopii ponieważ karta w jej oryginale także jest jej pozbawiona co dopuścił Zamawiający, udzielając wyjaśnień treści SIWZ w dniu 22 grudnia 2010 r. (odpowiedź na pytanie nr 21). Pieczęci, które znalazły się na przedłożonym dokumencie (firmy Tarkett Wykładziny i Tamex Obiekty Sportowe) świadczą o wykorzystaniu także przez te firmy owej karty technicznej, nie dezawuuując wystawienia w ogóle przez producenta karty technicznej w odniesieniu do wskazanej nawierzchni. Przedmiotem dowodzenia przez Odwołującego Konsorcjum Alstal powinno być w takiej sytuacji wykazanie, że wskazany producent nawierzchni Sportable, tj. firma Tarkett Sports nie była wystawcą przedłożonego dokumentu, czyli, że przedłożony dokument został sporządzony np. samodzielnie przez wykonawcę, czy inny nieuprawniony podmiot. Takiej okoliczności Odwołujący nie dowiódł. Tym samym dodatkowe pieczęcie i podpisy znajdujące się na przedłożonej kopii karty technicznej nie delegalizują tego dokumentu, świadczą tylko o tym, że ów dokument był wykorzystywany także przez inne podmioty.

Odnosząc się do trzeciej grupy zarzutów Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący nie spełnienia przez Budus warunku podmiotowego w zakresie dysponowania kierownikiem robót sanitarnych z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń wodociągowo - kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjno-gazowych nie potwierdził się.

Z jednej bowiem strony Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił postawionej tezy w swoim zarzucie, wprowadzając do treści odwołania jedynie stwierdzenie o niespełnieniu wskazanego wymogu przez wykonawcę Budus. Z drugiej zaś strony Przystępujący Budus przedłożył jako dowód w sprawie opinię z dnia 10 września 201 r. Podkarpackiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w Rzeszowie dotyczącą wskazanej w ofercie Budus na wskazane stanowisko osoby Pana Zygmunta P., potwierdzającej, że wskazana osoba posiada uprawnienia do: projektowania w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci w z wyłączeniem sieci gazowych i instalacji sanitarnych, bez ograniczeń oraz kierowania budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci bez

ograniczeń. Przedłożonej opinii Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował. Poza tym w świetle wymogów SIWZ do oferty należało załączyć w tym zakresie jedynie oświadczenie wykonawcy o posiadaniu określonych uprawnień przez wskazaną osobę. Takie oświadczenie było przez wykonawcę Budus złożone, a przy lakoniczności zarzutu odwołania i braku jakichkolwiek dowodów, czy okoliczności uprawdopodobniających potwierdzenie się zarzutu Izba nie znalazła podstaw do jego uwzględnienia.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia ofert Konsorcjum Hydrobudowa, Budus i Mostostal oraz wykluczenia wykonawcy Budus z postępowania co zarzucił Odwołujący Konsorcjum Alstal. Powyższe potwierdza, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w tym zakresie w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi obydwu Odwołujących, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś, stosownie do § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła koszty wpisów uiszczonych w należytym wysokości od złożonych odwołań.

Przewodniczący:

.....