

Sygn. akt: **KIO 886/11**
KIO 889/11

WYROK
z dnia 12 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**
Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2011 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 26 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InterHall Sp. z o.o. (pełnomocnik) i Władysław Leśko prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany "Rembud" Władysław Leśko, adres dla pełnomocnika: ul. Józefowska 6, 40-144 Katowice;**
- B. w dniu 26 kwietnia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Władysław Korlacki, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Monterin" Władysław Korlacki oraz Nova Sport Sp.z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Szkolna 7, 40-007 Katowice**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Chełmek, ul. Krakowska 11, 32-660 Chełmek,**

przy udziale wykonawcy **TAMEX Obiekty Sportowe S.A., ul. Tamka 38, 00-355 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InterHall Sp. z o.o. i Władysław Leśko prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany "Rembud" Władysław Leśko oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Władysław Korlacki, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Monterin" Władysław Korlacki oraz Nova Sport Sp. z o.o. i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 0 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą sumę wpisów od odwołań, uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InterHall Sp. z o.o. i Władysław Leśko prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany "Rembud" Władysław Leśko oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Władysław Korlacki, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Monterin" Władysław Korlacki oraz Nova Sport Sp. z o.o.;**

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InterHall Sp. z o.o. i Władysław Leśko prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany "Rembud" Władysław Leśko oraz od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Władysław Korlacki, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Monterin" Władysław Korlacki oraz Nova Sport Sp. z o.o.** na rzecz **Gminy Chełmek** kwotę łącznie **2 840 zł 0 gr** (słownie: dwa tysiące osiemset czterdzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **1420 zł 0 gr** (słownie: jeden tysiąc czterysta dwadzieścia złotych zero groszy) od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: InterHall Sp. z o.o. i Władysław Leśko prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany "Rembud" Władysław Leśko oraz kwotę 1420 zł 0 gr** (słownie: jeden tysiąc czterysta dwadzieścia złotych zero groszy) od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Władysław Korlacki, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Monterin" Władysław Korlacki oraz Nova Sport Sp. z o.o.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 886/11
KIO 889/11

Uzasadnienie

I. Gmina Chełmek (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie kompleksu sportowo-rekreacyjnego na terenie Chełmka - część I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 stycznia 2011 r., poz. 31717 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

Sprawa sygn. akt KIO 886/11

W dniu 26 kwietnia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: InterHall Sp. z o.o. oraz Władysław Leśko, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany "Rembud" Władysław Leśko (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ustawy 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez bezprawne odrzucenie Odwołującego,
- 3) art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z trzech powodów:

A) załączony do oferty Odwołującego atest higieniczny PZH dotyczy wyłącznie podstawowego, jednego z trzech elementów nawierzchni Sport Red Brick 15, tzw. kręgosłupa (SPORT 15), Odwołujący zatem w ocenie Zamawiającego nie spełnił warunku dotyczącego oferowanych materiałów,

B) przedłożony przez Odwołującego atest higieniczny PZH nie potwierdza, czy nawierzchnia ta może być stosowana w obiektach zamkniętych,

C) Odwołujący nie wykazał, że nawierzchnia Sport Red Brick jest równoważna do nawierzchni podanej z nazwy w SIWZ, zatem nie spełnił warunku dla oferowanej nawierzchni kortów tenisowych, tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się z powyższym, wskazując, iż:

W wyjaśnieniach z dnia 4 kwietnia 2011 r. Odwołujący wskazał iż, jak wynikało z dołączonej do oferty karty technicznej oferowanej nawierzchni, system SPORT RED BRICK 15 składa się z trzech warstw: nawierzchni syntetycznej SPORT 15 oraz wypełnienia z piasku kwarcowego i kruszywa mineralnego REDBRICK. Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, iż tak zwanym „kręgosłupem” systemu jest nawierzchnia syntetyczna SPORT 15, dlatego też atest higieniczny wydany został dla nawierzchni SPORT 15. Pozostałe elementy są jedynie elementami wypełniającymi, na które Zamawiający nie wymagał przedłożenia dokumentów.

Ad. B.

W związku z faktem, iż Zamawiający nie postawił przed wykonawcami wymogu zawartego w SIWZ bądź w jej modyfikacjach i zmianach, iż oferowana nawierzchnia kortów tenisowych powinna spełniać wymóg stosowania w obiektach zamkniętych, zarzut ten pozbawiony jest jakichkolwiek podstaw i nie może stanowić o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych. Tym nie mniej załączony atest PZH nie wyklucza stosowania oferowanej nawierzchni w obiektach zamkniętych.

Ad. C.

Zamawiający w SIWZ określił, „co będzie brał pod uwagę przy uznaniu innej nawierzchni za równoważną do nawierzchni Conipur Tennis Force (CTF)”, a mianowicie na etapie SIWZ wymagał, aby nawierzchnia kortów tenisowych była zbliżona swoimi właściwościami do kortów ceglanych, ponadto Zamawiający wymagał zaoferowania na korty tenisowe nawierzchni posiadającej certyfikat ITF dla nawierzchni posiadających wyznacznik szybkości kortu (CPR): 20-25. Międzynarodowa Federacja Tenisowa (ITF) jest instytucją weryfikującą m.in. rodzaje nawierzchni dopuszczone do stosowania na profesjonalnych kortach tenisowych. Metodą stosowaną przez ITF do określenia szybkości nawierzchni kortu jest test ITF S.C. 01/01 (Classified Court Surfaces - tłumaczenie: Klasyfikacja kortów tenisowych), opisany w publikacji ITF p.t.: „ITF Approved Balls & Classified Court Surfaces 2011 Edition” (tłumaczenie: Akredytowane piłeczki tenisowe i Klasyfikacja nawierzchni tenisowych wg wytycznych Międzynarodowej Federacji Tenisowej Edycja 2011”. I tak, nawierzchnie kortu, których stopień szybkości wynosi wg skali ITF 0-29, klasyfikowane są jako korty kategorii 1

(SLOW - tłumaczenie: wolne). Nadmienić należy, iż kombinacja parametrów wskazana przez Zamawiającego poddana gruntownej weryfikacji na podstawie tabeli klasyfikującej nawierzchnie pod względem jej szybkości (str. 44 publikacji „ITF Approved Balls & Classified Court Surfaces 2011 Edition”), wpisuje się w kategorię SLOW. Istotnym jest fakt, że żaden z podanych współczynników określonych przez Zamawiającego, brany pod uwagę osobno bez uwzględnienia pozostałych współczynników, nie daje żadnej wiedzy co do właściwości nawierzchni. Dopiero kombinacja uzyskana po połączeniu wszystkich tych współczynników pozwala uzyskać obraz, z jakim typem nawierzchni mamy do czynienia. W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, iż zaoferowana przez niego nawierzchnia została sklasyfikowana przez ITF jako SLOW, co oznacza że jest nawierzchnią równoważną w stosunku do wymaganej przez Zamawiającego. Dodatkowo nawierzchnia oferowana przez Odwołującego jest nawierzchnią, która wyglądem, właściwościami i podanymi współczynnikami łącznie dorównuje podanej z nazwy w przetargu nawierzchni. Przedłożony przez Odwołującego certyfikat SLOW na oferowaną nawierzchnię stanowi wystarczający dowód potwierdzający równoważność produktów.

Sprawa sygn. akt KIO 889/11

W dniu 26 kwietnia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Władysław Korlacki, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "Monterin" Władysław Korlacki oraz Nova Sport Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że odpowiada ona treści SIWZ i w żadnym miejscu nie pozostaje z SIWZ sprzeczna,
2. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryterium ceny.

Odwołujący swoje zarzuty uzasadniał następująco:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o art. 89 ust 1 punkt 1) i 2) Prawa zamówień publicznych wskazując na powody odrzucenia w postaci:

a) nieprzedłożenia autoryzacji producenta na nawierzchnie Conipur Tennis Force,

oraz

b) niewykazanie TAMEX Obiekty Sportowe S.A. jako podwykonawcy oraz zakresu robót w zakresie jakim ta firma oddał swoje zasoby jako podwykonawstwa.

W odniesieniu do pierwszej podstawy faktycznej odrzucenia oferty, wskazanej powyżej w pkt a), Odwołujący podnosił, iż przedłożył autoryzację producenta, wystawioną dla Wykonawcy wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta BASF Construction Chemicals Europę AG na wszystkie nawierzchnie Conipur, która swym zakresem obejmuje również nawierzchnie Conipur Tennis Force (a maiorenm ad minus). Systemy nawierzchni sportowych CONIPUR posiadają Certyfikaty Międzynarodowych Federacji Sportowych takich jak IAAF, IHF, FIBA. Mają Aprobaty i Rekomendacje ITB oraz Atesty Higieniczne PZH. Materiały te są przyjazne dla środowiska, odpowiadają normom takim jak PN EN 14877, PN EN 14904, DIN, ASTM, CST. Partnerami CONICA Technik są przede wszystkim firmy specjalistyczne, które zajmują się budową nawierzchni sportowych. Wskazany system jest jednym z rodzajów systemu Conipur, a autoryzacja to zezwolenie na dystrybucję aplikację i konserwację. Skoro dany podmiot posiada takie uprawnienie, wydane zgodnie z prawem, na wszystkie systemy Conipur, to tym bardziej na jeden z nich.

W odniesieniu do drugiej podstawy faktycznej odrzucenia oferty, wskazanej powyżej w pkt b), Odwołujący wskazywał, iż zakres podwykonawstwa, przewidywany przez Konsorcjum odwołującego na etapie składania ofert, został wskazany w formularzu oferty. Nie podzielamy stanowiska Zamawiającego, iż załączenie dla TAMEX Obiekty Sportowe S.A z siedzibą w Warszawie dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania wskazuje na zamiar nadania temu podmiotowi statusu podwykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. Obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania dotyczy bowiem, w świetle obowiązującego prawa, nie tylko podwykonawców, co podmiotów, które przekazują wykonawcy do dysponowania swoje zasoby w trybie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych. Jak wynika to jednoznacznie z § 1 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) jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 (czyli właśnie dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania). Przywołany przepis rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. stanowi o udziale w realizacji zamówienia, a nie podwykonawstwie. Pojęcie podwykonawstwa jest jednak węższe i nie wypełnia wszystkich przypadków uczestnictwa podmiotu przekazującego swój potencjał w realizacji zamówienia, co jest już mocno ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przywołano

orzeczenie KIO/UZP 1333/10 , KIO/UZP 1265/10 oraz KIO/UZP 1245/10). W odniesieniu do TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie zaistniała właśnie tego typu sytuacja. Podmiot ten będzie zaangażowany w realizację zamówienia w takim zakresie, w jakim będzie to konieczne do korzystania z jego doświadczenia przy realizacji przedmiotowego zamówienia, co jednoznacznie wynika z oświadczenia złożonego w trybie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych.

Z kolei oświadczenie TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w sprawie uczestnictwa w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy nie zostało związane przedmiotowo w realizacją boisk. Wskazujemy w tym miejscu, iż oświadczenie TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie udostępnienia potencjału wyraźnie wyróżnia zakres przekazywanego doświadczenia i tylko w tym zakresie odwołuje się do doświadczenia w realizacji boisk takich, jak wskazane w treści warunku udziału w postępowaniu. Oświadczenie TAMEX Obiekty Sportowe S.A. w przedmiocie zaangażowania się w charakterze podwykonawcy nie wskazuje w żadnym miejscu, iż podmiot ten będzie podwykonawcą w zakresie budowy boisk. Konsorcjum oraz TAMEX Obiekty Sportowe S.A. jako profesjonalni uczestnicy obrotu prawnego są świadomi, iż zawarcie ewentualnej umowy z podwykonawcą, na mocy art. 647(1) § 2 Kodeksu cywilnego wymaga zgody inwestora (zamawiającego). Z tego też powodu, w ocenie Odwołującego, wskazywanie konkretnego podwykonawcy w stosunku do konkretnego zakresu rzeczowego jest przedwczesne i obiektywnie zbędne z punktu widzenia celu, w jakim składane jest oświadczenie w trybie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych. Celem tym jest tylko udowodnienie Zamawiającemu realnej możliwości dysponowania potencjałem osoby trzeciej, która udostępnia swoje zasoby wykonawcy na potrzeby oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Celem tym nie jest natomiast informowanie o treści (tj. o stronach i przedmiocie) przyszłej umowy podwykonawczej. Jest to oczywiste zdaniem Odwołującego w świetle przepisu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych i faktu, iż zawarcie umowy z podwykonawcą i tak warunkowane jest zgodą zamawiającego (art. 647(1) § 2 Kodeksu cywilnego).

Niezależnie od powyższego wskazujemy, iż nawet wówczas, gdyby TAMEX Obiekty Sportowe S.A. miałyby być podwykonawcą w zakresie boisk, to brak tej informacji w ofercie nie byłby podstawą do odrzucenia oferty. Jak wskazała bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 954/10; KIO/UZP 962/10), zawarta w ofercie wykonawcy informacja o zakresie prac powierzanych podwykonawcom jest jedynie oświadczeniem wiedzy wykonawcy. Niewypełnienie żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. nie podanie informacji o planowanym podwykonawstwie lub podanie innego zakresu prac w przypadku, gdy wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest

jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w Prawa zamówień publicznych. Wykonawca w takiej sytuacji nie może zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 Prawa zamówień publicznych, ani jego oferta nie może zostać wykluczona na podstawie art. 89 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyżej opisanymi zarzutami, obaj Odwołujący wnosili o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Do obu postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego przystąpił TAMEX Obiekty Sportowe S.A., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący, Tamex).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego oba odwołania rozpoznano na rozprawie.

Izba stwierdziła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: RISER Sp. z o.o. (pełnomocnik), Saltex Europa Sp. z o.o., Saltex OY (Finlandia), zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego do obu postępowań odwoławczych nie mają interesu w rozstrzygnięciu obu odwołań na korzyść Zamawiającego. Na posiedzeniu zgłaszający przystąpienie argumentował, że zarzuty obu odwołań są paralelne do zarzutów zawartych w informacji o niezgodnej z przepisami Prawa zamówień publicznych czynności Zamawiającego, którą zgłaszający przystąpienie zgłosił wobec oferty Tamex (postępowanie prowadzone jest poniżej tzw. progów unijnych i zgodnie z art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych odwołanie można wnieść skutecznie m.in. na czynność odrzucenia własnej oferty, a nie na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy). Rozpatrywanie zarzutów obu odwołań według zgłaszającego przystąpienie może się zatem przyczynić do uwzględnienia zarzutów dotyczących Tamex, zawartych w informacji. Jednak Izba nie mogła się przychylić do takiej argumentacji: jeżeli oba odwołania zostałyby zgodnie z wolą zgłaszającego przystąpienie oddalone, to – jeżeli, jak twierdził zgłaszający przystąpienie, zarzuty zgłoszone wobec Tamex w informacji są rzeczywiście paralelne - potwierdziłoby się stanowisko Zamawiającego również co do oferty Tamex, co oznaczałoby, iż oferta Tamex utrzyma pozycję oferty najkorzystniejszej. Oferta zgłaszającego przystąpienie była droższa od oferty Tamex. W rezultacie Izba uznała, że Odwołujący nie ma interesu w rozstrzygnięciu na korzyść Zamawiającego i stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia jest nieskuteczne.

Oдноśnie zgłoszenia przystąpienia przez Tamex Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia braku skuteczności przystąpienia.

Obu Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia

i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez nich zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, i ich oferty zostałyby uznane za niesłusznie odrzucone – wówczas każdy z Odwołujących miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że ich oferty były na pierwszym i drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: żadne z odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.

Sprawa sygn. akt KIO 886/11

Izba ustaliła, iż w zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego, opierającej się na stwierdzeniu, że przedłożony przez Odwołującego atest higieniczny PZH nie potwierdza, czy oferowana nawierzchnia może być stosowana w obiektach zamkniętych, Izba ustaliła, że w SIWZ brak było wymogu, aby to właśnie atest higieniczny miał potwierdzać cechę produktu, jaką jest możliwość stosowania go w obiektach zamkniętych.

Skoro taki wymóg nie został zawarty w SIWZ, nie było możliwości odrzucenia oferty na tejże podstawie. Dlatego zarzut odwołania w tym zakresie był uzasadniony.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wobec braku załączenia atestu Państwowego Zakładu Higieny (PZH) na nawierzchnię Sport Red Brick 15, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający żądał w SIWZ, i w odpowiedziach na pytania do SIWZ (z dn. 11 lutego 2011 r. nr 9), będącymi modyfikacjami SIWZ, aby załączyć do oferty atest PZH na każdą oferowaną nawierzchnię.

2. Odwołujący załączył do oferty (strony bez numeracji) trzy atesty:

- atest na trawy syntetyczne Xtreme Turf Pro, Xtreme Turf Premier,
- atest na posadzkę sportową natryskową Alstan S.C. oraz
- atest (nr HK/B/1383/01/2007) na trawy syntetyczne

„Sport 15, 20, 25 – synonim Sport, Junior

Sport 15, 18, 20, 15 Super – synonim Sport Super, Tennis

Sport 18 Frise; Sport 25 Top Super”.

3. Nie było sporne, że jako nawierzchnię tenisową Odwołujący zaoferował nawierzchnię Red Brick 15. W załączonym do oferty dokumencie potwierdzającym klasyfikację nawierzchni do kategorii Slow przez Międzynarodową Federację tenisową (ITF) pojawia się nazwa „Sit-In Sport Cempiemme Red Brick 15”. Z kolei na dokumencie wydanym przez polskiego dystrybutora nawierzchni, firmę Sit-in Poland Sp. z o.o. użyto nazwy „Red Brick 15”.

należąca do typu „Sit-in Sport”. Na karcie produktu pojawia się nazwa „Sport Red Brick 15”; tamże podano, że jest to nawierzchnia typu „mączka syntetyczna, łącząca walory kortu z mączki ceglanej z parametrami wytrzymałościowymi uzyskiwanymi na nawierzchniach ze sztucznej nawierzchni”.

4. W dniu 29 marca br. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do wyjaśnienia, dlaczego w atście HK/B/1383/01/2007 brak nazwy oferowanej nawierzchni. W dniu 4 kwietnia br. Odwołujący wyjaśnił, że jak wynikało z dołączonej do oferty karty technicznej oferowanej nawierzchni, system SPORT RED BRICK 15 składa się z trzech warstw: nawierzchni syntetycznej SPORT 15 oraz wypełnienia z piasku kwarcowego i kruszywa mineralnego REDBRICK. Z powyższego wynika, jak twierdził Odwołujący, w sposób jednoznaczny, iż tak zwanym „kręgosłupem” systemu jest nawierzchnia syntetyczna SPORT 15, dlatego też atest higieniczny wydany został dla nawierzchni SPORT 15. Nawierzchnia SPORT 15 wraz z wypełnieniem nosi nazwę handlową REDBRICK 15.

5. Na rozprawie Odwołujący powoływał się na złożoną do akt deklarację producenta w języku angielskim, wraz z tłumaczeniem na język polski, z której wynikało, iż system Red Brick składa się z nawierzchni ze sztucznej trawy Tennis 15 „Red Brick”, piasku kwarcowego i mączki ceglanej, przy czym mączka ceglana to materiał naturalny. Z kolei Red Brick to „handlowa nazwa własna pochodząca od koloru mączki”.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący nie wyjaśnił w sposób wystarczający, że załączony do oferty atest (nr HK/B/1383/01/2007) obejmuje oferowaną przez Odwołującego nawierzchnię Sport Red Brick 15. Dalsze postępowanie, w tym stanowisko prezentowane przez Odwołującego na rozprawie, nie rozwiało wątpliwości w tym zakresie, dlatego Izba stwierdziła, że Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ pod względem wymogu przedłożenia atestu PZH na oferowaną nawierzchnię Sport Red Brick 15. Przy czym nie można wykluczyć, że oferowana nawierzchnia wymagany atest posiada, tylko Odwołujący nie był w stanie przekonująco uzasadnić takiego twierdzenia, a to właśnie na Odwołującym ciąży ciężar dowodowy w tym zakresie.

Spośród trzech atestów załączonych przez Odwołującego do oferty, dwa z nich wymieniają wprost oferowane przez Odwołującego nawierzchnie, natomiast atest nr HK/B/1383/01/2007 nie wymienia trzeciej nawierzchni - Sport Red Brick 15. Wydaje się, że stanowisko Odwołującego sprowadzało się do twierdzenia, że element nawierzchni „Red Brick” jest dodatkiem naturalnym w nawierzchni typu Sport, zatem nie istnieje potrzeba przedłożenia osobnego atestu. Takie stanowisko jest nieprzekonujące z dwóch powodów: po pierwsze, atest (nr HK/B/1383/01/2007) wymienia kilka synonimów nawierzchni typu Sport, i brak tam nazwy „Sport Red Brick”. Po drugie, Odwołujący twierdził, że oferowana przez niego

nawierzchnia jest nawierzchnią „z wyglądu przypominającą nawierzchnię ceglana” (jak podano w wydruku wiadomości e-mail od IZT z 3 maja br., na który się powoływał na rozprawie), a atest (nr HK/B/1383/01/2007) dotyczy, jak w nim stwierdzono, nawierzchni z traw syntetycznych. Odwołujący nie uzasadnił, dlaczego należałoby uznać nawierzchnię ceglana za nawierzchnię trawiastą. Ponadto dokumenty, na które się powoływał Odwołujący, zawierały sprzeczne opisy co do cech elementu o nazwie „Red Brick” – według deklaracji producenta złożonej na rozprawie system Red Brick jest to nawierzchnia ze sztucznej trawy Tennis 15 Red Brick oraz piasek kwarcowy i mączka ceglana, natomiast według karty produktu załączonej do oferty nawierzchnia Sport Red Brick 15 składa się z nawierzchni syntetycznej Sport 15, piasku kwarcowego i kruszywa mineralnego Red Brick.

Atest nr HK/B/1383/01/2007 dotyczy wyraźnie „traw syntetycznych”, natomiast Red Brick 15 to – jak wynika z raportu ITF – to typ nawierzchni „sztuczna glina”.

W konsekwencji Odwołujący nie wykazał, że element Red Brick to element naturalny, który jako wypełnienie nawierzchni Sport 15 nie wymagałby być może osobnego atestu poza atestem już złożonym (nr HK/B/1383/01/2007). Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego nie można więc wykluczyć, że Red Brick to nazwa elementu nawierzchni będącej sztuczną trawą (jak wynika z deklaracji producenta złożonej na rozprawie), a więc elementu składającego się – zgodnie z atestem (nr HK/B/1383/01/2007) – z włókien polietylenowych. Możliwe, że przynależność oferowanej nawierzchni do nawierzchni objętych atestem jest dla Odwołującego oczywista, jednak nie zwalnia go to z dowodzenia przed Izba swoich racji za pomocą przekonujących, jednoznacznych dowodów.

Reasumując, na podstawie zgromadzonych dokumentów Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że atest (nr HK/B/1383/01/2007) obejmuje również nawierzchnię zaoferowaną przez niego tj. nawierzchnię Sport Red Brick 15.

W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego w związku z okolicznością, iż Odwołujący nie wykazał, że nawierzchnia Sport Red Brick jest równoważna do nawierzchni podanej z nazwy w SIWZ, Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający wskazał, że za nawierzchnię równoważną do wskazanej uzna nawierzchnię zbudowaną na bazie kruszyw ceramicznych, co gwarantuje odbicie piłki oraz właściwości poślizgowe identyczne, jak na korcie ceglonym. Nawierzchnia ma być zbliżona swoimi właściwościami do kortów ceglanych oraz posiadać minimalne parametry techniczne takie jak:

- wyznacznik szybkości kortu (CPR): 20-25
- współczynnik poślizgu nawierzchni (COF): 0,70-0,72
- współczynnik restytucji nawierzchni (COR) > 0,85

Nadto Zamawiający w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 21.02.2011 wskazał, iż: „Za nawierzchnię równoważną uznana zostanie taka, która wyglądem, właściwościami i podanymi współczynnikami dorównuje lub przewyższa podaną z nazwy nawierzchnię. Zamiarem Zamawiającego jest wykonanie nawierzchni jak najbardziej podobnej do kortu ceglanego, ale łatwiejszej w utrzymaniu. Wszystkie te cechy łącznie przesądzą czy zaproponowana nawierzchnia zostanie uznana za równoważną”.

2. W dniu 17 marca 2011 Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających równoważność.

3. W dniu 24 kwietnia 2010 r. Odwołujący, jak oświadczył w odwołaniu, uzupełnił wszystkie wymagane w wezwaniu dokumenty, tj:

- 1) Raport z badań przeprowadzonych przez laboratorium Labosport dotyczący oferowanej nawierzchni dla sztucznej trawy, potwierdzający jej zgodność z parametrami FIFA Quality Concept for Football Turf.
- 2) Certyfikat IAAF dla nawierzchni poliuretanowych.
- 3) Certyfikat ITF dla nawierzchni kortów tenisowych.
- 4) Autoryzacje producenta wystawione dla Wykonawcy wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta na każdą nawierzchnię:
 - a) Sztuczną trawę,
 - b) Nawierzchnię kortów tenisowych,
 - c) Nawierzchnię poliuretanową.
- 5) Atest PZH dla każdej z oferowanych nawierzchni:
 - a) Sztucznej trawy,
 - b) Nawierzchnię kortów tenisowych,
 - c) Nawierzchnię poliuretanową.
- 6) Kartę techniczną dla każdej z oferowanych nawierzchni.

(dokumenty wymagane zgodnie z odpowiedzią nr 9 na pytania do SIWZ z dnia 11 lutego 2011 r.)

4. Po otrzymaniu wyżej wymienionych dokumentów, w dniu 29 marca br. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, ponieważ stwierdził, iż na podstawie złożonych dokumentów nie można ustalić parametrów oferowanej nawierzchni tenisowej Red Brick 15, tj. parametru CPR, COF i COR. Odpowiadając na wezwanie, w dniu 4 kwietnia br. Odwołujący wyjaśnił, iż oferowana przez niego nawierzchnia należy do kategorii Slow, w której mieszczą się wszystkie parametry nawierzchni wymagane przez Odwołującego. Kategorie nawierzchni: wolne (Slow), średnio wolne, średnie, średnio szybkie i szybkie to jedyne, zdaniem Odwołującego, wyznacznik oceny i sklasyfikowania nawierzchni tenisowych. Ponadto Odwołujący podnosił, że żaden z współczynników określonych przez

Zamawiającego nie może być brany pod uwagę osobno, bowiem dopiero one wszystkie razem dają obraz, z jakim typem nawierzchni mamy do czynienia. W ocenie Odwołującego, przynależność oferowanej przez niego nawierzchni do kategorii Slow przesądza o równoważności oferowanej nawierzchni do nawierzchni wymaganej przez Zamawiającego.

5. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ nie wykazał on, że nawierzchnia Sport Red Brick jest równoważna do nawierzchni podanej z nazwy w SIWZ.

6. Na rozprawie Przystępujący Tamex przedłożył odpis raportu z testu nawierzchni Red Brick 15, wykonanego przez Labosport, Francja, gdzie podano następujące parametry nawierzchni: COR - 0,83; COF – 0,80; CPR – 17. Odwołujący nie zakwestionował wyników tego raportu, przeciwnie, oświadczył, że raport jest mu znany.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zaoferował nawierzchni równoważnej do wymaganej przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał spełnienia konkretnych parametrów określonych jako minimalne, m.in. współczynnika COR większego, niż 0,85, a tymczasem nawierzchnia oferowana przez Odwołującego ma współczynnik COR na poziomie 0,83 – a więc niższy od wymaganego. Odwołujący powyższej okoliczności na rozprawie nie zaprzeczył. Ciężar dowodu odnośnie spełnienia parametrów w zakresie równoważności spoczywa na wykonawcy oferującym produkt równoważny, w tej sytuacji na Odwołującym. Zamawiający powziął wątpliwość, czy oferowana przez Odwołującego nawierzchnia spełnia wymogi minimalne co do wymaganych parametrów i wezwał go do uzupełnienia dokumentów w dniu 17 marca 2011 r., a następnie w dniu 29 marca 2009 r. do wyjaśnień – i tu Zamawiający wyraźnie wraził swoją wątpliwość co do posiadania wymaganych parametrów przez oferowaną przez Odwołującego nawierzchnię. O ile pierwsze wezwanie mogło być mylnie zrozumiane przez Odwołującego, to drugie zostało sformułowane w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości. Odwołujący jednak w odpowiedzi na wezwanie nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie żądanych parametrów, a jedynie oświadczył, że skoro jego nawierzchnia należy do kategorii Slow, to jest równoważna do wymaganej. Tymczasem niesporne było, co zresztą wynikało z kolorowej tabeli złożonej przez Odwołującego na rozprawie, że parametry COR, COF i CPR określone przez Zamawiającego nie dotyczą wszystkich nawierzchni z kategorii Slow, a obejmują jedynie pewien ich zakres – tj. każda nawierzchnia posiadająca parametry określone przez Zamawiającego jest nawierzchnią typu Slow, ale nie każda nawierzchnia typu Slow posiada parametry wymagane przez Zamawiającego. Odwołujący zaoferował nawierzchnię typu Slow, jednak o innych parametrach minimalnych niż określone przez Zamawiającego (współczynnik COR był niższy od minimalnego wymaganego przez Zamawiającego).

Ponadto Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że nawierzchnia oferowana przez Odwołującego jest cieńsza od wymaganej, co budzi obawy odnośnie jej właściwości. Izba zwraca uwagę, że parametr „grubości nawierzchni” nie był podany jako wyznacznik równoważności, ani w SIWZ, ani w jej modyfikacjach, dlatego nie mógł być punktem odniesienia do jej badania. Izba nie wzięła pod uwagę próbek nawierzchni okazanych przez Zamawiającego na rozprawie, bowiem po pierwsze, Zamawiający odstąpił od wymogu złożenia próbek wraz z ofertą, a więc okazane próbki były niewiadomego pochodzenia, po drugie – próbka przedłożona przez Zamawiającego do porównania z nawierzchnią Conipur Tennis Force jako próbka nawierzchni oferowana przez Odwołującego, została oznaczona jako „Sit-in Sport All Sports Tennis 15” o numerze katalogowym M 5JUi7VE001T. Numer katalogowy (Kod) nawierzchni Odwołującego, to zgodnie z kartą techniczną producenta dla nawierzchni Sport Red Brick 15 – M 5JU15RO304T, a zatem przedłożona próbka nie była próbką nawierzchni oferowanej przez Odwołującego.

Reasumując, oferowane przez wykonawców w tymże postępowaniu nawierzchnie można było oceniać tylko na podstawie parametrów ściśle określonych w SIWZ. Zamawiający określił jako minimalny parametr COR większy niż 0,85, a Odwołujący zaoferował nawierzchnię o parametrze COR 0,83, a więc niższym od wymaganego minimalnego. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie parametrów oferowanej nawierzchni, Odwołujący takich wyjaśnień nie złożył, a jedynie podnosił, że jego nawierzchnia należy do kategorii Slow, co nie było sporne. Wydaje się zatem, że stanowisko Odwołującego sprowadzało się do twierdzenia, iż skoro Zamawiający nie przewidział w SIWZ możliwości żądania dokumentu na potwierdzenie posiadania odpowiedniego parametru, nie ma prawa prosić o wyjaśnienia w tym zakresie, a wykonawca ma w konsekwencji prawo do zaoferowania nawierzchni zbliżonej, z tej samej kategorii, ale o innych parametrach. Izba nie podziela powyższego poglądu Odwołującego i stwierdza, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu, w opisanych wyżej okolicznościach faktycznych miał prawo wezwać odwołującego do wyjaśnień w zakresie parametrów: parametry, m.in. parametr COR Zamawiający wyraźnie opisał jako minimalne, zatem zbliżone nawierzchnie (oferowane jako równoważne) powinny mieć parametry takie same lub wyższe, niż wymagane. Odwołujący, jak wynika z całokształtu jego wypowiedzi, miał świadomość, że oferowana przez niego nawierzchnia nie spełnia wymaganego parametru COR, jednak był przekonany, że sama przynależność nawierzchni do kategorii Slow przesądza o równoważności. W świetle poczynionych powyżej ustaleń takie stanowisko było błędne i Zamawiający słusznie uczynił, odrzucając ofertę Odwołującego.

Sprawa sygn. akt KIO 889/11

Odnosnie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego w związku z nieprzedłożeniem autoryzacji producenta na nawierzchnie Conipur Tennis Force, Izba ustaliła, co następuje:

1. Odwołujący do oferty, na stronie 76, załączył świadectwo autoryzacji i gwarancji z dnia 4 marca 2011 r., w którym potwierdzono, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Nova Sport Sp. z o.o., dysponuje niezbędną wiedzą, która gwarantuje wykonanie systemu nawierzchni sportowej „CONIPUR SP”.
2. W dniu 17 marca br. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do przedłożenia autoryzacji na nawierzchnię Conipur Tennis Force. W załączeniu do pisma z dnia 23 marca 2011 r. Odwołujący przedłożył autoryzację o treści zbliżonej do autoryzacji załączonej do oferty, lecz dotyczyła ona nawierzchni „CONIPUR”. Odwołujący wyjaśniał, że autoryzacja dotycząca nawierzchni CONIPUR dotyczy wszystkich nawierzchni typu CONIPUR, w tym nawierzchni Conipur Tennis Force.
3. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego ponieważ nie przedłożył wymaganej autoryzacji na nawierzchnię Conipur Tennis Force.
4. Na rozprawie Przystępujący Tamex przedłożył w oryginale oświadczenie producenta nawierzchni (podpisane przez osobę, która podpisała dwa oświadczenia odnośnie nawierzchni Conipur, przedłożone uprzednio przez Odwołującego), że podmiot Nova Sport Sp. z o.o. „nie otrzymała autoryzacji na budowę nawierzchni Conipur Tennis Force i nie jest firmą upoważniona do montażu systemu nawierzchni Conipur Tennis Force”.

Wbrew stanowisku Odwołującego prezentowanemu na rozprawie, z SIWZ i jej modyfikacji wynikało wyraźnie, że należy przedłożyć autoryzację producenta wystawioną dla Wykonawcy wraz z potwierdzeniem gwarancji udzielonej przez producenta obejmującą każdą oferowaną nawierzchnię (cytowana wyżej odpowiedź nr 9 z dnia 11 lutego 2011 r.). Nie oznaczało to w ocenie Izby, że należało przedłożyć osobną autoryzację dla każdej nawierzchni – wystarczyłaby jedna autoryzacja, lecz dotycząca wszystkich oferowanych nawierzchni. Taki warunek spełniałaby autoryzacja obejmująca wszystkie oferowane nawierzchnie typu Conipur, przedłożona przez Odwołującego przy wyjaśnieniach z dnia 23 marca 2011 r., gdyby Odwołujący w sposób niebudzący wątpliwości wykazał, że dotyczy ona rzeczywiście wszystkich nawierzchni Conipur, w tym Conipur Tennis Force. Powoływanie się na zwyczaje handlowe w tym zakresie przez Odwołującego nie może być uznane za wystarczające, bowiem zwyczaje mogą stwarzać pewne domniemanie, jednak jest to domniemanie obalane – na rozprawie Przystępujący Tamex przedłożył w oryginale oświadczenie producenta nawierzchni (podpisane przez tą samą osobę, co dwa oświadczenia odnośnie nawierzchni Conipur, przedłożone uprzednio przez Odwołującego do akt postępowania), że Nova Sport Sp. z o.o. „nie otrzymała autoryzacji na budowę nawierzchni Conipur Tennis Force i nie jest firmą upoważniona do montażu systemu

nawierzchni Conipur Tennis Force". Izba nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności powyższemu oświadczeniu producenta; nie podważa jej, wbrew stanowisku Odwołującego, okoliczność, że zostało ono złożone przez uczestnika postępowania, zainteresowanego jego wynikiem. Odwołujący nie mógł twierdzić, że jest to oświadczenie producenta – sam załączył oświadczenia tego podmiotu, podpisane przez osobę, która podpisała również oświadczenie przedłożone przez Tamex. W ocenie składu orzekającego wszystkie trzy złożone oświadczenia nie przeczą sobie nawzajem, lecz się uzupełniają, dlatego nie ma powodów do odmówienia wiary któremukolwiek z nich. Zapewne Nova Sport Sp. z o.o. ma autoryzację na nawierzchnie Conipur, lecz na nie wszystkie jej rodzaje. W konsekwencji Izba uznała, że zasadne było żądanie Zamawiającego do złożenia autoryzacji dotyczącej wyłącznie nawierzchni Conipur Tennis Force, a jak pokazuje oświadczenie przedłożone przez Tamex, uzyskanie takiego oświadczenia dla jednego z rodzajów nawierzchni Conipur „osobno” było możliwe. Reasumując, Zamawiający słusznie uczynił, odrzucając ofertę Odwołującego z powodu jej niezgodności z SIWZ pod względem przedłożenia właściwej autoryzacji dla danej nawierzchni.

Odnośnie zarzutu niestusznego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niewykazania TAMEX Obiekty Sportowe S.A. jako podwykonawcy oraz zakresu robót w zakresie, w jakim ta firma oddała swoje zasoby jako podwykonawca, Izba ustaliła, co następuje:

1. Na stronie 3 oferty Odwołującego, w pkt 7 Odwołujący nie wypełnił rubryki, w której należało wskazać zakres przewidziany do realizacji przez podwykonawców. Jednocześnie brak śladów wykreślenia oświadczenia o realizowaniu zamówienia przy pomocy podwykonawców.
2. Do oferty Odwołujący załączył oświadczenie Tamex z dnia 2 marca 2011 r. (strona 59 oferty), w którym oddaje on do dyspozycji jednemu z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania boisk sportowych, w tym m.in. trzy pełnowymiarowe korty o nawierzchni posiadającej certyfikat ITF. Dalej zawarto oświadczenie, iż „będziemy brać udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Ponadto będziemy służyć firmie Nova Sport Sp. z o.o wsparciem merytorycznym, jakie okaże się niezbędne podczas realizacji zamówienia.”
3. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niewykazania TAMEX Obiekty Sportowe S.A. jako podwykonawcy oraz zakresu robót w zakresie, w jakim ta firma oddała swoje zasoby jako podwykonawstwa.
4. Odwołujący podnosił w odwołaniu, że wcale nie zamierzał Tamex powierzyć roli podwykonawcy, a współdziałanie podmiotów prowadzące do umożliwienia korzystania z zasobów podmiotu trzeciego może przybierać różne formy współpracy.

5. Tamex na rozprawie złożył pisemne oświadczenie własne, datowane na dzień 5 maja 2011 r., gdzie stwierdził, że zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów zostało udzielone firmie Nova pod warunkiem, że Tamex będzie realizował prace „na zasadzie podwykonawstwa w zakresie, jakim udzieliła swoje doświadczenie tj. w wykonywaniu kortów tenisowych”.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego z powodu niewskazania podwykonawcy w ofercie i wykonanego przez niego zakresu prac było nieuzasadnione. Po pierwsze, na podstawie postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, samo niewskazanie zakresu prac przewidzianych do realizacji przez podwykonawcę nie może być powodem odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. Jedyne uchybienie Odwołującego sprowadzało się do niewypełnienia oświadczenia co do zakresu podwykonawstwa pkt. 7 na stronie nr 3 oferty, co jednak nie może przesądzać o niezgodności treści jego oferty z treścią SIWZ. Po drugie, z dokumentów załączonych do oferty, a w szczególności z treści zacytowanego wyżej oświadczenia Tamex jednoznacznie wynikał charakter udziału Tamex w przyszłej realizacji umowy i jej zakres. Pierwszorzędny i niejako „główny”, przewidywany przez Tamex, sposób udziału w realizacji zamówienia jest podwykonawstwo, co wprost i jednoznacznie wynika z ostatniego akapitu oświadczenia („będziemy brać udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy”). Dalsze wsparcie merytoryczne jest drugorzędne, i jak wynika z użytego sformułowania jest „dodatkowe” (użyto określenia „ponadto” Zakres podwykonawstwa został opisany wyżej w powiązaniu z zakresem udostępnienia zasobów: skoro Tamex deklaruje, że udostępni doświadczenie w realizacji boisk i równocześnie, że będzie podwykonawcą, trudno spodziewać się, że będzie podwykonawcą w innym zakresie, niż udostępni doświadczenie.

Na obecnym etapie nie można brać pod uwagę nowego zarzutu Tamex – że zobowiązanie zostało złożone tylko jednemu uczestnikowi konsorcjum (Izba rozpatruje wyłącznie zarzuty podniesione w odwołaniu – art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych).

Reasumując, z dokumentów załączonych do oferty Odwołującego wynikało w sposób możliwy do ustalenia bez żadnych wątpliwości, że Odwołujący zamierza zatrudnić podwykonawcę do realizacji zamówienia i w jakim zakresie ma to nastąpić. Takie ustalenie pozostaje w zgodzie z oświadczeniem w tym zakresie złożonym przez Tamex na rozprawie. Oświadczenia Odwołującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 23 marca br., a następnie w odwołaniu i na rozprawie o braku zamiaru wykorzystania Tamex jako podwykonawcy a realizacji współpracy przy wykorzystaniu innego modelu współdziałania wydają się być składane wyłącznie w związku z próbą obrony swojej oferty (obawa, iż niewypełnienie punktu 7 na stronie 3 oferty co do zakresu podwykonawstwa mogło skutkować odrzuceniem oferty).

Izba jednak nie jest związana argumentacją Odwołującego, a jedynie zarzutami podniesionymi przez niego w kontekście podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty. W konkluzji Izba uznała, że nie zaistniała podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w powiązaniu z brakiem deklaracji w zakresie podwykonawstwa.

Obaj Odwołujący nie złożyli przekonujących wyjaśnień i dokumentów wezwani przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, jednak nie wynikało to z przyczyn leżących po ich stronie, a – zgodnie z treścią złożonych odwołań i stanowisk na rozprawie - z ich mylnego przekonania o spełnieniu wymogów SIWZ, dlatego Izba zauważa, iż nie zaistniała podstawa do zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych.

Reasumując, pomimo stwierdzenia, że w każdym z rozpatrywanych odwołań podniesiono po jednym uzasadnionym zarzucie, pozostałe zarzuty nie potwierdziły się. Wobec powyższego Izba uznała, że nie doszło do takiego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania, dlatego w związku z przepisem art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

W obu sprawach, sygn. akt KIO 886/11 i KIO 889/11, wydano wyrok łączny na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych. Sprawy sygn. akt KIO 886/11, KIO 889/11 oraz KIO 892/11 zostały połączone do wspólnego rozpatrzenia, jednak odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 892/11 zostało wycofane, dlatego w tejże sprawie wydano postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Zamawiający złożył na rozprawie wniosek, odnoszący się do trzech spraw odwoławczych, o zasądzenie kosztów za dojazd samochodem na trasie Chełmek - Katowice w kwocie 41 zł, diety w kwocie 66 zł, dojazd na podstawie biletów w kwocie 693 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 567 zł na podstawie faktury VAT. Izba z powyższego zestawienia kosztów uwzględniła kwotę 693 zł oraz kwotę 3 567 zł, bowiem były one poparte rachunkami, rozdzielając sumę tychże kosztów (a więc 4260 zł) stosunkowo do trzech spraw odwoławczych, co skutkowało zasądzeniem w obu sprawach sygn. akt KIO 886/11 i KIO 889/11 po 1420 zł na rzecz Zamawiającego od każdego Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....

.....

.....