

Sygn. akt: KIO 1774/18

WYROK

z dnia 17 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 września 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2018 r. **przez odwołującego:** TDC Polska Sp. z o.o. ul. Warszawska 53; 61-028 Poznań w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji ul. Legionów 15; 32-600 Oświęcim

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża TDC Polska Sp. z o.o. ul. Warszawska 53; 61-028 Poznań i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez TDC Polska Sp. z o.o. ul. Warszawska 53; 61-028 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

Sygn. akt KIO 1774/18

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Stanowiska stron

Odwołanie

Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2018 roku informacji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania oraz jednocześnie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, w trybie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej PrZamPubl, niniejszym:

1. wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami PrZamPubl czynności

Zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz wobec zaniechania czynności, do

których Zamawiający był zobowiązany na podstawie PrZamPubl, to jest wobec:

- a) wykluczenia Odwołującego z Postępowania, przy błędnym przyjęciu, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
- b) odrzucenia oferty Odwołującego przy błędnym przyjęciu, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu w ramach Postępowania,
- c) zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do udzielenia wyjaśnień, jeżeli dokumenty dotyczące realizacji dostawy dla Hali Sportowej Arena w Gliwicach wzbudziły wątpliwości Zamawiającego,
- d) prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów PrZamPubl:

- a) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) PrZamPubl poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania, w sytuacji gdy Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu,
- b) naruszenie art. 24 ust. 4 PrZamPubl w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) PrZamPubl poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, w sytuacji gdy Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, w związku z czym nie powinien zostać wykluczony z Postępowania a oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona,

c) naruszenie art. 85 ust. 5 PrZamPubl oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a) PrZamPubl poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy brak samodzielnego przedłużenia przez Wykonawcę terminu związania ofertą nie może skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego,

d) naruszenie art. 26 ust. 3 PrZamPubl poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do udzielenia wyjaśnień, jeżeli dokumenty dotyczące realizacji dostawy dla Hali Sportowej Arena w Gliwicach wzbudziły wątpliwości Zamawiającego,

e) naruszenie art. 7 ust. 1 PrZamPubl poprzez jego niezastosowanie i prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3. wskazując na powyższe zarzuty, wnoszę o:

a) uwzględnienie odwołania w całości na podstawie art. 192 ust. 2 PrZamPubl,

b) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania,

c) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu oferty Odwołującego w Postępowaniu za odrzuconą,

d) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w Postępowaniu,

e) nakazanie powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu,

f) obciążenie kosztami Postępowania Zamawiającego.

UZASADNIENIEI. Informacje wstępne:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o numerze referencyjnym zamówienia: HL.260.3.2018, zwane dalej Postępowaniem, na realizację zamówienia pn. „Zakup Tablicy do Wyświetlania Wyników w obiekcie Hali Lodowej przy ul. Chemików 4”, zwanego dalej Zamówieniem.

Ogłoszenie o Zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lipca 2018 roku (numer ogłoszenia 592783-N-2018).

Dnia 30 lipca 2018 roku upływał wyznaczony przez Zamawiającego termin złożenia ofert w Postępowaniu. W Postępowaniu, w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, ofertę złożył m.in. Odwołujący.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2018 roku (otrzymanym przez Odwołującego w dniu 29 sierpnia 2018 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu Wykonawcy z Postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca rzekomo nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu w ramach Postępowania.

2. Interes we wniesieniu odwołania:

Stosownie do treści art. 179 ust. 1 PrZamPubl „Środki ochrony prawnej (...) przysługują wykonawcy (...) jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. Wskazać należy, że Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu. Oferta Wykonawcy uzyskała drugą cenę zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego po otwarciu ofert. Tym bardziej, że oferta wykonawcy, która uzyskała pierwszą cenę zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego po otwarciu ofert, to jest oferta UP LED spółka z ograniczoną odpowiedzialnością została odrzucona przez Zamawiającego.

Zatem Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego Zamówienia albowiem niezgodne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego, w szczególności wykluczenie Odwołującego z Postępowania i jednoczesne odrzucenie oferty Odwołującego, bezpodstawnie uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie Zamówienia. Naruszenie interesu Odwołującego polega bowiem na eliminacji go z kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia. Wniesienie odwołania, zmierza więc do zachowania przez Odwołującego statusu uczestnika postępowania o udzielenie Zamówienia. Przeciwna interpretacja posiadania interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 PrZamPubl uniemożliwiłaby części wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego kwestionowanie naruszających prawo decyzji zamawiającego podjętych wobec nich, co godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców i stanowiłoby praktykę o charakterze dyskryminującym oraz w indywidualnych przypadkach rzutowałoby na wynik postępowania (tak, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 02 marca 2010 roku; sygn. akt KIO/UZP 41/10). Kwestia ta nie powinna budzić wątpliwości wobec wprowadzenia przepisu art. 25a do PrZamPubl. Implementacja regulacji zawartej w art. 25a PrZamPubl wiąże się z nowym podejściem do badania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z

opinią prawną zawartą na stronie uzp.gov.pl: „W związku z powyższym możliwe będzie złożenie odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę sklasyfikowanego np. na 4. Pozycji rankingowej bez kwestionowania ofert sklasyfikowanych na pozycji nr 2 i 3, z uwagi na to, że oferty te nie zostały ostatecznie (i może w ogóle do tego nie dojść) zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Nie można zatem wymagać od wykonawców stawiania zarzutów wobec czynności zamawiającego, zarzucając jej bezprawność (zaniechanie wykluczenia z postępowania z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu), dotyczących oceny ofert konkurentów niejako -w ciemno", bez weryfikacji przez zamawiającego (poprzez żądanie przedłożenia szczegółowych dokumentów, które będą ostatecznie udowadniać/potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu)" (tak, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/srodki-ochrony-prawnej>).

Tym samym wypada uznać, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu Zamówienia, zaś naruszenie przez Zamawiającego przepisów PrZamPubl może doprowadzić do poniesienia przez Odwołującego szkody. Zatem zaistniałe okoliczności, zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 PrZamPubl, umożliwiają wniesienie niniejszego odwołania.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2018 roku stanowiące informację o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i jednocześnie informację o odrzuceniu oferty Odwołującego w ramach Postępowania;

informacja Zamawiającego po otwarciu ofert z dnia 30 lipca 2018 roku;

3. Termin na wniesienie odwołania:

W myśl art. 182 ust. 1 pkt 2) PrZamPubl, odwołanie wnosi się w terminie 5 (słownie: pięciu) dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie PrZamPubl. Zgodnie z treścią ogłoszenia o Zamówieniu, zwanego dalej Ogłoszeniem oraz treścią specyfikacji istotnych warunków Zamówienia, zwanej dalej SZWZ, przedmiotem Postępowania są dostawy o wartości szacunkowej zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PrZamPubl.

Przesłanie informacji o czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesienia niniejszego odwołania nastąpiło poprzez doręczenie Odwołującemu w dniu 29 sierpnia 2018 roku, pisma Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2018 roku

informującego Odwołującego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego w ramach Postępowania.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2018 roku stanowiące informację o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i jednocześnie informację o odrzuceniu oferty Odwołującego w ramach Postępowania.

Jak wynika z treści art. 180 ust. 4 PrZamPubl: „Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej w postaci papierowej albo w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. W związku z powyższym wniesienie niniejszego odwołania w dniu 03 września 2018 roku poprzez złożenie go w biurze podawczym Kancelarii Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej, oznacza, że Odwołujący dochował terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 2) PrZamPubl.

Jednocześnie, w myśl art. 180 ust. 5 PrZamPubl: „Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”. Zatem doręczenie Zamawiającemu kopii odwołania poprzez przesłanie jej w postaci wiadomości poczty elektronicznej e-mail nie później niż w dniu 03 września 2018 roku, oznacza, że zostało ono dokonane z zachowaniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 2) PrZamPubl.

4. Brak przesłanek wykluczenia Odwołującego z Postępowania:

Pismem z dnia 29 sierpnia 2018 roku Zamawiający wskazał, że dokonał wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) PrZamPubl, to jest wobec rzekomego nie wykazania przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w Postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający podał bowiem, że zgodnie z postanowieniami SIWZ żądał wykazania spełnienia warunku dostawy nowej tablicy wyników do gry w hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem, natomiast Wykonawca przedstawił referencje potwierdzające dostawę telebimu/ekranu LED umożliwiającego wyświetlanie wyników dla dowolnej dyscypliny. Zamawiający podniósł także, że wystąpił do zamawiających wystawiających poszczególne poświadczenia (referencje) i zgodnie z uzyskanymi informacjami: „firma TDC Polska nie wykonywała tablicy wyników wraz z oprogramowaniem do gry w hokeja na lodzie”.

W pierwszej kolejności należy rozważyć czym jest oczekiwana przez Zamawiającego „tablica wyników do gry w hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem”. Specyfikacja techniczna zawarta w Załączniku nr 05 do SIWZ jednoznacznie wskazuje, że przedmiotem Zamówienia będzie wielofunkcyjna i multidyscyplinarna tablica LED, która oprócz wyników wydarzeń sportowych ma umożliwiać odtwarzania i zarządzanie treścią multimedialną taką jak cyfrowe formaty statyczne (zdjęcia, grafiki) oraz dynamiczne formaty wideo (filmy, animacje). Dokonując pewnego syntetycznego ujęcia, Zamawiający domaga się dostarczenia ekranu LED, który przy zakładanej rozdzielczości Full HD (1920x1080 pikseli) będzie umożliwiał wyświetlenie każdego obrazu, grafiki, filmu, animacji czy też każdego wyniku zawodów sportowych w założonym formacie i wyglądzie. Ostateczny format i wygląd pokazywanego obrazu będzie kreowany przy użyciu edytora graficznego. Zatem przy przyjętej w ramach przedmiotu Zamówienia technologii ekranu LED, sformułowanie „tablica wyników do gry w hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem” jest sztucznym wytworem albowiem w istocie nie funkcjonują tablice LED, które będą przyporządkowane wyłącznie dyscyplinie hokeja na lodzie i jednocześnie będą umożliwiały wyświetlanie dowolnych, multimedialnych treści.

Mając na uwadze powyższe, „tablicą wyników do gry w hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem” będzie każda tablica LED/ekran LED, która będzie umożliwiała generowanie obrazów stanowiących wyników zawodów sportowych i jednocześnie będzie spełniała wymogi użytkowania w środowisku o podwyższonej wilgotności powietrza. Takie tablice LED[^] były przedmiotem zamówień realizowanych przez Odwołującego na rzecz spółki TERMY MALTAŃSKIE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (ekran LED o powierzchni ponad 34 m² w części sportowej Kompleksu Termy Maltańskie w Poznaniu - basenu - umożliwiający wyświetlanie dowolnych treści wideo, w tym wyników), czy też na rzecz Miasta Bydgoszczy (zewnątrzny ekran diodowy LED na terenie Kompleksu Sportowego Zawisza przy ul. Gdańskiej 163 w Bydgoszczy). Należy wyraźnie podkreślić, że Zamawiający nie wymagał wykazania się referencją w postaci wykonania tablicy wyników w hali hokeja na lodzie. W związku z tym, Odwołujący stoi na stanowisku, że przedstawione przez Odwołującego dostawy referencyjne zrealizowane dla spółki TERMY MALTAŃSKIE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Miasta Bydgoszcz spełniają warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ.

Warto także wskazać, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2018 roku, Wykonawca przedstawił kolejne zadanie referencyjne, to jest dostawę nowych tablic wyników wraz z oprogramowaniem o wartości przekraczającej 600.000,00 zł (słownie złotych: sześćset tysięcy 00/100) brutto dla Hali Sportowej Arena w Gliwicach (dawniej Hala Widowiskowo - Sportowa Podium w Gliwicach). Niezbędne jest podkreślenie, że zgodnie z Opiszem technicznym nowo budowanej Hali Widowiskowo - Sportowej Podium w Gliwicach

(źródło: Studium wykonalności dla projektu kluczowego „Budowa nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej w Gliwicach”, Investment Support, Warszawa, marzec 2011 roku):

Maksymalny wymiar areny sportowej wynosi 4 785m². Umożliwia to przeprowadzenie halowych zawodów lekkoatletycznych o pełnym programie i zainstalowanie:

- bieżni okólnej 6-torowej - długość L=200 mb
- bieżni sprinterskiej jednostronnej 8-torowej (biegi płaskie i płotkarskie) - L=60 mb
- skoczni do skoku w dal i trójskoku
- skoczni do skoku o tyczce i skoku wzwyż
- rzutni do pchnięcia kulą

Na arenie mogą być rozgrywane wszystkie inne konkurencje sportowe, wymagające mniejszego pola gry jak:

I - hokej i jazda figurowa na lodzie - |

- piłka nożna halowa -
- piłka ręczna 7-osobowa -
- koszykówka -
- siatkówka -

oraz tenis, szermierka, boks, gimnastyka

Nie można więc pominąć faktu, że również dostawa tablic wyników dla Hali Sportowej Arena w Gliwicach spełnia warunki udziału w Postępowaniu określone przez Zamawiającego w SIWZ. Natomiast jeżeli Zamawiający miał jakieś wątpliwości co do złożonych przez Odwołującego dokumentów to powinien był wezwać Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów lub do udzielania wyjaśnień.

Dowód: opis techniczny nowo budowanej Hali Widowiskowo - Sportowej Podium w Gliwicach (źródło: bip.gliwice.eu/pub/zam_pub/1832/zl8066.pdf);

W ocenie Wykonawcy, Wykonawca przedstawił Zamawiającemu 3 (słownie: trzy) dostawy referencyjne, które potwierdzały spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu. Pomimo tak wszechstronnego i kompleksowego wykazania przez Wykonawcę posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający bezpodstawnie stwierdził, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu i na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) PrZamPubl dokonał wykluczenia Wykonawcy.

Nie można pominąć także istotnej okoliczności, iż kwestia możliwości wykazania się przez wykonawców referencjami na multidyscyplinarne tablice LED była przedmiotem pytań co do treści SIWZ. Wskazać trzeba, że w toku postępowania pojawiło się pytanie:

Czy Zamawiający uzna za spełniającą wymagania dostawę o wartości przekraczającej 150.000,00 zł brutto obejmującej swoim zakresem wykonanie nowej tablicy wyników w technologii ekranu LED wewnętrznego obiektu sportowego charakteryzującego się dużą wilgotnością (np. lodowisko lub basen sportowy) lub zewnętrznego obiektu sportowego wraz z oprogramowaniem umożliwiającym wyświetlenie tablicy wyników dla dowolnej dyscypliny sportowej?

Niestety replika Zamawiającego (w dodatku kontrfaktyczna) nie udzieliła odpowiedzi na zadane pytanie, ograniczając się jedynie do nic nie wnoszących stwierdzeń, jakoby Zamawiający jednoznacznie opisał warunki udziału w postępowaniu oraz, że dokona oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w trakcie przeprowadzania czynności badania i oceny ofert. Przedstawiona odpowiedź Zamawiającego w połączeniu z dokonany wykluczeniem z Postępowania Odwołującego jednoznacznie świadczy o prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W świetle powyższych wyjaśnień, w pełni uzasadnione jest twierdzenie, iż dokonanie przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z Postępowania stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12) PrZamPubl oraz art. 7 ust. 1 PrZamPubl.

Ponadto zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 PrZamPubl jedynie „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”. Wobec wykazania w treści punktu 4 niniejszego odwołania braku przesłanek wykluczenia Odwołującego, niezasadne było także uznanie przez Zamawiającego oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 PrZamPubl.

5. Brak przesłanek Odrzucenia oferty Odwołującego w ramach Postępowania:

Warto także podkreślić, że oferta Odwołującego nie mogła podlegać odrzuceniu na podstawie art. 85 ust. 5 PrZamPubl oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a) PrZamPubl. Wskazane przepisy prawa mogą znaleźć zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy na uprzedni wniosek zamawiającego, określony wykonawca odmówi przedłużenia terminu związania ofertą. Tymczasem w ramach Postępowania Zamawiający nigdy nie zwracał się do Odwołującego z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą w trybie art. 85 ust. 2 PrZamPubl. Aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, w sposób nie

budzący wątpliwości określa konsekwencje upływu okresu związania ofertą, w sytuacji gdy Zamawiający nie występował z wnioskiem o przedłużenie tegoż czasu.

Trzeba bowiem wskazać, że w przepisach PrZamPubl brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy bądź odrzucenia jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, jeżeli wcześniej zamawiający nie występował z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą. Teoria ta oparta jest na stwierdzeniu, że upływ terminu związania ofertą nie powoduje ani jej nieważności, ani jej niezgodności z ustawą. Zaistnienie takiej sytuacji nie przesądza też o nieskuteczności oferty, ale jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Dlatego też brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub pkt 7a PrZamPubl (tak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, M. Jaworska (red.), Warszawa 2018). Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej warto powołać wyrok z dnia 11 lutego 2016 roku (sygn. akt: KIO 111/16, Legalis), w którym KIO podkreśliła, że na gruncie przepisów PrZamPubl, upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności oferty, lecz jedynie o braku po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Upływ terminu związania ofertą nie powoduje więc ani jej nieważności, ani jej niezgodności z ustawą. Artykuł 85 ust. 1 PrZamPubl służy jedynie ochronie interesów wykonawców i ma na celu zapewnienie im możliwości uchylenia się od podpisania umowy w sytuacji, gdy na skutek upływu czasu mogą oni już nie być zainteresowani podpisaniem umowy na warunkach zaproponowanych w ofertach. Prezentowane stanowisko uległo dodatkowo wzmocnieniu, wobec jednakże odmiennego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 7a PrZamPubl - zgodnie z którym wyraźnie przesłanką odrzucenia oferty jest jedynie brak wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą - od obowiązującego w uprzednim stanie prawnym art. 24 ust. 2 pkt 2 PrZamPubl. Aktualne brzmienie przepisów PrZamPubl nie wiąże skutków w postaci odrzucenia oferty wykonawcy z brakiem związania ofertą, ale z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na warunkach, o których mowa w art. 85 ust. 2 PrZamPubl. Warto przywołać także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 lutego 2017 roku (sygn. akt: KIO 151/17, Legalis), w myśl którego to orzeczenia przesłanką odrzucenia oferty nie uczyniono samego braku związania ofertą, albowiem nie można zrównać sytuacji, w której wykonawca nie przedłuża terminu związania ofertą samodzielnie z brakiem przedłużenia na wezwanie zamawiającego. Ustawodawca szczególnie znaczenie przypisał czynności dokonywanej na wezwanie zamawiającego w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą i tylko ją obwarował sankcją odrzucenia oferty. Mając powyższe na uwadze, całkowicie bezpodstawne było działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z powołaniem na treść art. 85 ust. 5 PrZamPubl oraz art. 89 ust. 1 pkt 7a) PrZamPubl.

6. Podsumowanie:

W tym stanie rzeczy, niniejsze odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Stanowisko zamawiającego

odpowiedź na odwołanie 12 września 2018 roku

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.; dalej: „ustawa Pzp”) w imieniu Zamawiającego Miasta Oświęcim — Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Oświęcimiu, ustosunkowując się do treści odwołania wniesionego w dniu 3 września 2018 r. przez Odwołującego TDC POLSKA Sp. z o.o., ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań od czynności Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, którego przedmiotem jest Zakup tablicy do wyświetlania wyników w obiekcie Hali Lodowej przy ul. Chemików 4 (dalej także: „Postępowanie”), podnosząc argument bezzasadności zarzutów Odwołującego poparty niżej przedstawionym uzasadnieniem oraz dowodami wnoszę o:

- oddalenie odwołania jako bezzasadnego w całości; dopuszczenie dowodów przytoczonych w treści uzasadnienia niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

UZASADNIENIE

I. Odnosząc się do zarzutu sformułowanego w pkt. 4 odwołania.

Przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z nazwą wskazaną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) jak i we właściwym ogłoszeniu o zamówieniu (Ogłoszenie nr 592783-N-2018 z dnia 2018-07-20 r.,) jest dostawa narzędzia do wyświetlania wyników konkretnych dyscyplin sportowych rozgrywanych na obiekcie lodowiska będącego w zarządzie Zamawiającego (hokeja na lodzie i łyżwiarstwa figurowego). Lektura opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w dokumentach, o których mowa w zdaniu poprzednim, jak i w innych dokumentach upublicznionych w związku z Postępowaniem (Załącznik nr 5 do siwz - Opis przedmiotu zamówienia), pozwala nakreślić pełny obraz potrzeb Zamawiającego, który Postępowaniem dąży do nabycia kompletnego i gotowego do użytku systemu służącego do tworzenia określonych, szczególnie charakterystycznych dla hokeja na lodzie, treści i ich wyświetlania. Wymóg ścisłego powiązania funkcjonalnego i użytkowego pomiędzy objętą dostawą tablicą a oprogramowaniem ją obsługującym i pozostałym oprzyrządowaniem w dokumentach postępowania wielokrotnie jest akcentowany i podkreślany, a sam system

został szczegółowo opisany, o czym świadczy fakt, że w temacie opisu przedmiotu zamówienia zostało zadane przez wykonawców tylko jedno pytanie. Uznać bezspornie zatem należy, że system, którego dostawy oczekiwać się będzie od wykonawcy wybranego w Postępowaniu, winien być oparty na dwóch elementach składowych, z których jeden - komputer wraz urządzeniami peryferyjnymi i oprogramowaniem o precyzyjnie wskazanej funkcjonalności (hokej na lodzie, łyżwiarstwo figurowe) - służyć będzie do przygotowania treści o przebiegu takiegoż spotkania sportowego, zaś drugi - tablica - pozwoli tak przygotowaną treść publicznie wyświetlić. Opis warunków udziału w Postępowaniu, dokonany z zachowaniem wymogu proporcjonalności, o którym mowa w art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, wskazuje, że wykonawcy winni wykazać się doświadczeniem w postaci wykonania jednej tablicy wyników do gry w hokeja wraz z oprogramowaniem. Zamawiający wymagał zatem od wykonawców wykazania się wykonaniem systemu o określonej funkcjonalności odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, i tylko zachowanie takich cech dostarczonego systemu może przesądzać o wykazaniu się wymaganym doświadczeniem. Odwołujący, w wykazie dostaw wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert przekazanych Zamawiającemu w trybie przewidzianym art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wskazuje na wykonanie trzech dostaw tablic wyników wraz z oprogramowaniem umożliwiającym wyświetlanie wyników dowolnej dyscyplin sportowej (w tym hokeja na lodzie) zgodnie z wytycznymi odpowiednich federacji, z których to dostaw jedna, na rzecz Agencji Rozwoju Miasta Krakowa S.A., wykonana została w 2014 roku, tj. poza określonym trzyletnim terminem. Wątpliwości Zamawiającego wzbudził ujawniony w tym dokumencie, wskazany tamże przez Odwołującego, fakt dostawy oprzyrządowania do wyświetlania wyników hokeja na lodzie do obiektów, na których nie rozgrywa się meczy w tej dyscyplinie, typu basen (Termy Maltańskie) czy hale sportowe. Postępując zgodnie z treścią § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający zwrócił się do podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, tj. do Urzędu Miasta Bydgoszczy i Term Maltańskich o określenie, czy w ramach dostawy zrealizowanej przez Odwołującego dostarczono sprzęt obsługujący rozgrywki hokeja na lodzie. Uzyskano odpowiedzi przeczące, w treści których oba podmioty wskazały, że dostarczone ekrany nie służą do obsługi rozgrywek hokeja na lodzie. Dodatkowo, aby uzyskać bardziej pełny i szczegółowy obraz ujawnionego stanu faktycznego, posługując się materiałami dostępnymi na stronach internetowych zamawiających Termy Maltańskie (<https://www.termymaltanskie.com.pl/dostawa-wraz-montazem-telebimu-led-dla-spolki-termymaltanskie-sp-o-o-poznaniu/>) oraz Miasto Bydgoszcz (http://bip.um.bydgoszcz.pl/zamowieniapubliczne/zamowienia-publiczne-o-wartosci-powyzej-30000-euro/WZP_271_12_2016_B.aspx), Zamawiający przeanalizował dokumenty

postępowań, w wyniku których wykonane zostały dostawy wskazane przez Odwołującego w wykazie. Opis przedmiotu zamówienia zorganizowanego przez Termy Maltańskie wskazuje, że wymagano dostawy telebimu wraz z wyposażeniem umożliwiającym wyświetlanie wyników tylko piłki wodnej, w odniesieniu zaś do Miasta Bydgoszcz, opis przedmiotu zamówienia określał, że telebim winien zostać dostarczony wraz z aplikacją sterującą obsługującą mecze piłkarskie i imprezy lekkoatletyczne. Ponadto i w powiązaniu z powyższym Zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w dniu 24 sierpnia 2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. W przedłożonych dokumentach podtrzymano treść przekazaną Zamawiającemu pierwotnie złożonym wykazem dostaw, dodatkowo uzupełniając informacje o doświadczeniu wykonawcy o dostawę tablic wyników o wartości 600 000,00 zł wykonaną na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Gliwicach dla hali widowiskowo-sportowej. Również i w tym przypadku dokonano analizy dokumentów postępowania, która dowiodła, że obowiązkiem wykonawcy była dostawa tablic wyników umożliwiających wyświetlanie wyników dla sportów halowych (siatkówki, koszykówki, piłki ręcznej itp.). Powyższe dowodzi, że Odwołujący nie wykazał się doświadczeniem odpowiednim do wymaganego w postępowaniu. W domyśle Zamawiającego Odwołujący oparł swoje oświadczenie o spełnianiu warunków Postępowania na fakcie, że ekrany przez niego dostarczone mają możliwość wyświetlania każdej zadanej im treści, podczas gdy bezsprzecznie o funkcjonalności danej tablicy wyników nie decydują parametry samej tablicy, lecz oprzyrządowania i oprogramowania tą tablicę obsługującego. Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego nakreślonym w odwołaniu, że funkcjonalność systemu wyświetlania wyników determinowana jest przeznaczeniem obiektu montażu tablicy przyjętym przez inwestora w projekcie, co podnosi się w odniesieniu dla dostawy ekranów dla hali widowiskowej w Gliwicach. Dla Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i może kreować jego warunki w oparciu o samodzielnie wypracowaną hierarchię ważności własnych potrzeb, doświadczenie wykonawcy winno materializować się w umiejętności wytworzenia i konfiguracji skomplikowanego i złożonego narzędzia umożliwiającego przygotowanie i edytowanie informacji o przebiegu meczu hokejowego. Obowiązkiem wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest udowodnienie Zamawiającemu, że jego doświadczenie jest zgodne z postawionymi wymaganiami. W spornym postępowaniu Odwołujący nie zrealizował takiego obowiązku, a ponadto Zamawiający stosując dostępne mu na gruncie obowiązujących przepisów narzędzia wszedł w posiadanie dokumentów, które jednoznacznie i rażąco przemawiają na niekorzyść Odwołującego w zakresie oceny jego doświadczenia i zdolności do wykonania zamówienia. Odwołujący nie wykazał się wymaganym doświadczeniem, wobec czego Zamawiający wykluczył go z postępowania, stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Dowód I: Zamawiający Termy Maltańskie, Załącznik nr 1 do siwz „Dostawa wraz z montażem telebimu”

II LED dla spółki Termy Maltańskie Sp. z o.o. w Poznaniu” - Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2.2, tiret 3; Dowód 2: Zamawiający Miasto Bydgoszcz, Załącznik do siwz „Dostawa i montaż fabrycznie nowego ekranu diodowego led (telebim) wraz z wyposażeniem fabrycznym, na terenie kompleksu sportowego Zawisza przy ul. Gdańskiej 163” - Opis przedmiotu zamówienia, ust. 2 pkt 5;

Dowód nr 3: Zamawiający Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gliwicach, Załącznik nr 1 do siwz, Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - Program Funkcjonalno-Użytkowy wraz z załącznikami, pkt. 6.1.1 (str. 64).

II. Odnosząc się do zarzutu sformułowanego w pkt. 5 odwołania.

Wartość szacunkowa zamówienia na zakup tablicy do wyświetlania wyników w obiekcie Hali Lodowej przy ul. Chemików 4 jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, zatem, stosownie do przepisu art. 85 ust. 1 pkt 1 tejże ustawy, wykonawcy byli związani ofertami złożonymi w tym postępowaniu przez okres 30 dni. Termin składania ofert upłynął w dniu 30 lipca 2018 r., zaś okres związania ofertą w dniu 28 sierpnia 2018 r.. Zamawiający i Odwołujący, w Postępowaniu, nie podjęli czynności, o których mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, tj. Zamawiający nie zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o oznaczony okres, a Odwołujący samodzielnie również nie przedłużył tego okresu. Wobec powyższego, z upływem dnia 28 sierpnia 2018 r. bezskutecznie upłynął termin związania ofertą złożoną przez Odwołującego w Postępowaniu, co wypełnia przesłanki odrzucenia oferty określone przepisem art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużenie terminu związania ofertą. Wobec mało precyzyjnego brzmienia tego przepisu w odniesieniu do uregulowania sytuacji oferty, dla której upłynął termin związania, należy w tym miejscu przytoczyć opinie publikowane w tym zakresie na oficjalnych stronach internetowych Urzędu Zamówień Publicznych. W Informatorze nr 3/2017 Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) z lipca - września 2017 r., (https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/35566/Informator-nr-3_2017.pdf), odnosząc się do postanowienia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex, oceniając skutki prawne tego postanowienia w polskim systemie prawnym, wskazano jednoznacznie i bezsprzecznie, że „obecnie w przypadku upływu terminu związania ofertą przepis art 89 ust 1 pkt 7a ustawy przewiduje odrzucenie oferty. Przepis ten odsyła do przepisu art. 85 ust. 2 ustawy, który

wyraźnie stanowi, że wykonawca może tak na wniosek zamawiającego jak i samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą.

Nieprzedłużenie tego terminu w obu przypadkach jest równoznaczne z rezygnacją Wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten nie powinien sprawiać problemów interpretacyjnych, a ewentualna odmienna jego wykładnia może wynikać jedynie z błędnego rozumienia znaczenia i celu tej regulacji.” Zgodnie z brzmieniem art. 154 ust. 1 ustawy Pzp Prezes UZP dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów ustawy przez zamawiających, wydając w szczególności opinie, w których przedstawia interpretację przepisów ustawy budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów, Trybunału Konstytucyjnego lub Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W odczuciu Zamawiającego, opinie publikowane w Informatorze UZP należy traktować w sposób zgodny z przytoczonym przepisem art. 154 ust. 1 ustawy Pzp, tj. opinie takie mają charakter wiążący Zamawiającego i wpływają na stosowanie i dyspozycyjność opiniowanych w ten sposób norm prawnych. Wobec powyższego, mając na uwadze fakt, że jak już nakreślono, w odniesieniu do zaistniałego w Postępowaniu stanu faktycznego, polegającego na bezskutecznym upływie terminu związania ofertą, stan prawny uregulowany właściwymi w tym zakresie przepisami ustawy Pzp, poparty oficjalnie wydanymi, jednoznacznymi w tym zakresie opiniami UZP nakazuje odrzucenie oferty. Zamawiający stosując przepis art. 89 ust. 1 pkt. 7a z dniem 29 sierpnia 2018 r. odrzucił ofertę Odwołującego.

Mając na uwadze argumentację przytoczoną w uzasadnieniu niniejszej odpowiedzi na odwołanie, postulując uznanie dowodów przytoczonych w treści pisma, wnoszę jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego dokonała następujących ustaleń w sprawie.

Zamawiający składając odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania złożył wnioski dowodowe na poparcie swojego stanowiska, załączając następujące dokumenty

1. odpowiedź z dnia 24 sierpnia 2018 r. z Term Maltańskich w Poznaniu pismo Idz. 38/08/2018 z treści którego wynika, iż nie są w stanie udzielić odpowiedzi związanych z pytaniami zamawiającego z dziedziny hokeja na lodzie z uwagi na to, że nie posiadają lodowiska na przedmiotowym obiekcie Term Maltańskich. Niemniej potwierdzili, że dostawcą ekranu LED w 2017r. wraz z oprogramowaniem zamontowanym w hali sportowej na obiekcie sportowo – rekreacyjnym Termy Maltańskie w Poznaniu była firma TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu czyli odwołujący. W ramach zamówienia dostarczono oprogramowanie, które dostosowano do wymogów przeprowadzanych na obiekcie zawodów pływackich oraz meczy ligowych piłki wodnej. Obiekt ten nie posiada lodowiska. W związku z powyższym Izba na podstawie przedłożonego dokumentu z akt postępowania przekazanego przez zamawiającego ustaliła, że Firma TDC sp. z o.o. w Poznaniu – odwołujący, nie wykonała tablicy wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem, nie było to przedmiotem zamówienia – karta 409 i 410 dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego.
2. korespondencja mailowa pomiędzy zamawiającym a Wydziałem Inwestycji Miasta UM w Bydgoszczy z dnia 28 sierpnia 2018 r. na temat: Tablica wyników sportowych; informacja od Andrzej Bizon; z jej treści wynika, że na terenie Kompleksu Sportowego Zawisza w Bydgoszczy tablica wyników nie ma oprogramowania na mecze hokejowe, gdyż na terenie CWZS Zawisza nie ma lodowiska. Dostawcą tablicy wraz z oprogramowaniem było TDC Polska Sp. z o.o. - odwołujący - karta 415 dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego. W związku z powyższym Izba ustaliła, że odwołujący nie wykonał tablicy wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem dla CWZS Zawisza w Bydgoszczy.
3. korespondencja mailowa z dnia 27 sierpnia 2018r. korespondencja od Pana M. K. Kierownik Infrastruktury z CWZS Zawisza Bydgoszcz do zamawiającego, z treści której wynika „nasz telebim nie jest przystosowany do obsługi meczy hokeja na lodzie – korespondencja nie uwzględniona w przekazanej dokumentacji zamawiającego (potwierdza za zgodność z oryginałem Dyrektor A. G. to jest jak dokumentację przekazaną do akt sprawy). Powyższy dowód w sprawie potwierdza ustalenie, że odwołujący nie wykonał tablicy wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem na rzecz CWZS Zawisza Bydgoszcz.

Na rozprawie zamawiający przedłożył dodatkowe dowody na poparcie swojego stanowiska co do oddalenia odwołania.

1. Opis przedmiotu zamówienia – dostawa fabrycznie nowych ekranów diodowych LED (telebim) wraz z wyposażeniem fabrycznym zał. do SIWZ w sprawie WZP.271.12.2016.B; Kompleks Sportowy Zawisza w; na str. 2 tego dokumentu w pkt 5 część 2, są opisane „wytyczne aplikacji sterującej” - wykazanie jest na obsługę meczu piłkarskiego oraz na imprezy lekkoatletyczne. Na podstawie tego dowodu ustala Izba jak powyżej, to jest o nie obsługiwaniu przez wykonaną tablicę wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem Opis przedmiotu zamówienia – zał. nr 1 do SIWZ z dnia 2 listopada 2017 r. str. 1-7. Opis dotyczy dostawy telebimu dla kompleksu Termy Maltańskie w Poznaniu – pkt 2.2 kropka 3 o treści „wyniki piłki wodnej systemu omega” – nie ma wskazania na oprogramowanie do obsługi meczy hokejowych na lodzie. Dodatkowy dowód z dokumentacji postępowania na temat zakresu obsługi imprez na terenie Term Maltańskich w Poznaniu to jest o nie obsługiwaniu wyniku meczu hokeja na lodzie. W związku z powyższym potwierdza się stanowisko zamawiającego o braku wymaganego doświadczenia zawodowego odwołującego.
2. Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia na dostawę telebimu dla Hali widowiskowo - sportowej PODIUM w Gliwicach – Program Funkcjonalny – Użytkowy (na stronach od 1 do 95) – Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą systemów prezentacji treści w ramach inwestycji pn. Budowa nowoczesnej hali widowiskowo – sportowej PODIUM w Gliwicach – część II na str. 64, przywołuje pkt 6.1.1, z którego wynika, że była to tablica 12-modułowa lub LED dla 14 dyscyplin halowych, wśród których była piłka ręczna, koszykówka, siatkówka, tenis i nie ma oprogramowania do hokeja na lodzie. Powyższy dokument stanowi materiał pomocniczy, uzupełniający wobec ustaleń dokonanych na podstawie dokumentu przekazanego przez odwołującego na wezwanie w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp (dowód przedstawiony poniżej).
3. Strona 401 dokumentacji dołączonej do akt sprawy – pismo odwołującego z 24 sierpnia 2018 r. odpowiedź skierowana do zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., w treści pisma przewodniego odwołujący między innymi stwierdza, że wszystkie tablice wykazane były tablicami przeznaczonymi między innymi do gry w hokeja na lodzie i dostarczone zostały wraz z oprogramowaniem. W załączeniu, w celu uzupełnienia doświadczenia pomimo, że odwołujący uważa, że w pierwotnie złożonym wykazie spełnia warunki udziału w postępowaniu, przesłano protokół dostarczenia urządzeń systemu wyników tj. nowych tablic wyników wraz z oprogramowaniem dla hali sportowej Arena w Gliwicach – na której również mogą się odbywać rozgrywki hokeja na lodzie. Do pisma załączony jest Protokół dostarczenia urządzeń na kartach dokumentacji 402-404. Ze względu na nieczytelność

potwierzonego za zgodność z oryginałem dokumentu str. 404 akt sprawy zał. nr 1 zamawiający przekazuje do akt sprawy oryginał pisma odwołującego z dnia 24.08.2018 roku dostarczonego wraz z zał. nr 1 Protokół Dostarczenia Urządzeń Gliwice 29.06.2018r. przez TDC, gdzie z nazwy wynika, iż jest to tablica główna 12-modułowa (w komplecie) z głównych zestawów pulpików sterowniczych oraz wiadomości reklamowe. W zał. Nr 1 widnieje pozycja Zegar nad koszem – zestaw 2 sztuki. Dalej strzałka oznaczająca posiadanie piłki. Poniżej zestawia się elementy do samego wyświetlania, które wskazują na to, że jest to protokół z przekazanego sprzętu. Odczytano dodatkowy sygnał dźwiękowy. W ocenie Izby powyżej opisany dowód nie potwierdza, że przedmiotem dostawy do Hali w Gliwicach była tablica wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem karta 391 dokumentacji przekazanej przez zamawiającego - pismo zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2018 r. do odwołującego. Pismo zostało sporządzone na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp „wzywam do złożenia wyjaśnień w części dotyczącej potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu”. Z dalszej treści pisma wynika, że z dołączonych na wezwanie dokumentów (referencji) nie wynika, że firma odwołującego wykonała, w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania, nową tablicę wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem”. Powyższe świadczy o tym, że odwołujący był wzywany do wyjaśnienia/ uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp ze wskazaniem w wezwaniu, że z dostarczonych referencji nie wynika, że wykonywał tablice do wyświetlania wyników meczy hokeja na lodzie.

4. Karty 179 i 180 dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, gdzie mieści się pismo zamawiającego z dnia 16.08.2018 roku wzywające odwołującego do przesłania wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi oraz dostarczony wykaz dostaw wraz z referencjami, znajdującymi się kolejno na str. 181, 182 i 183 dokumentacji. Zamawiający wyjaśnia, że z wykazu a w szczególności z referencji wynikało jedynie, że przedmiotem dostaw były tablice LED, ale nie wskazano, że przedmiotem dostawy było oprogramowanie do obsługi hokeja na lodzie. Jest to specyficzna dyscyplina. W Oświęcimiu jest hala lodowa, gdzie jest trenowana dyscyplina hokeja na lodzie. Podkreśla, że odbywają się treningi i mecze drużyny pierwszoligowej i ekstraklasy. Mamy dwie drużyny na wysokim poziomie, odbywają się turnieje międzynarodowe. Mieliśmy wzmiankowane, że dla obiektu w Krakowie mogła być dostawa dla wyników meczy hokejowych, ale przede wszystkim okres dostawy przekraczał wymagany maksymalny 3-letni okres od daty ogłoszenia zamówienia. Pan J. Sz. kierownik hali lodowej MOSiR w Oświęcimiu, który składa

oświadczenia na tę okoliczność pełni także funkcję przewodniczącego komisji przetargowej. Kontynuuje, odnosząc się do pisma z 24 sierpnia 2018 roku od odwołującego - karta 401 dokumentacji. Sprawdziliśmy stronę internetową Areny Gliwice. Był wykaz imprez, które odbywają się na tym obiekcie w tym roku od kwietnia 2018 r. nie było tam żadnych meczy hokejowych. Jeżeli jest hala lodowa, to w większości jest to obiekt całoroczny, rozmrażany najwyżej w okresie 2 miesięcy w sezonie letnim, najczęściej jest to lipiec-sierpień. Po analizie całości dokumentów dostarczonych nam na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 komisja przetargowa była przekonana, że na obiekcie hali w Gliwicach nie było zainstalowanej tablicy z oprogramowaniem do gry w hokeja na lodzie. Mieliśmy już potwierdzenie z Term Maltańskich w Poznaniu i ze stadionu Zawiszy w Bydgoszczy, z którego wynikało, że nie było zainstalowanej tablicy z oprogramowaniem do gry w hokeja na lodzie i pisma potwierdzały, że nie można tam zorganizować meczy hokeja na lodzie. Te okoliczności były podstawą do wniosku o odrzucenie oferty odwołującego. Hala lodowa MOSiR w Oświęcimiu została wybudowana w oku 1969 roku, tablica do wyników została zamontowana w 2004 lub 2006 r. i w wyniku modernizacji oświetlenia na hali lodowej musiała zostać zdemontowana. W związku z powyższym to przedmiotowe zamówienie. Po wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przeprowadzona analiza dokumentów wskazywała na dalszy brak doświadczenia, w związku z tym ostateczna decyzja dotyczyła wykluczenia z postępowania. Oceniamy to jako świadome działanie wykonawcy, który nie był w stanie wykazać warunku. Uważamy, że dokonaliśmy wszelkiej staranności sprawdzając doświadczenie z Gliwic i według wiedzy, w tym internetowej na tym obiekcie nie było tablicy do gry w hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem.

5. Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 20.07.2018 r. nr 592783-N-2018 Biuletyn Zamówień Publicznych. Nazwa zamówienia: „Zakup Tablicy do Wyświetlania Wyników w obiekcie Hali Lodowej przy ul. Chemików 4”. II 4) Krótki opis przedmiotu zamówienia: 1) Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę i montaż tablicy wyników oraz osprzętu według opisu stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ Do zakresu przedmiotu zamówienia należy między innymi: a/ dostawa i montaż fabrycznie nowe tablicy wyników b/ wykonanie i montaż konstrukcji dla tablicy, c/ wykonanie oprogramowania umożliwiającego obsługę meczy hokejowych zgodnie z wytycznymi IIHF, PZHL, obsługę zawodów w łyżwiarstwie figurowym zgodnie z wytycznymi PZŁF itd. III .I Warunki udziału w postępowaniu. III.1.3. Zdolność techniczna lub zawodowa 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy , którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. To jest którzy wykonali co najmniej jedną dostawę o wartości minimum 150.000,00zł. Brutto

obejmującą m.in. wykonanie nowej tablicy wyników do gry w hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem. Zamawiający wymaga od wykonawców wskazania w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu tych osób.

6. Karta 416 dokumentacji - pismo zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2018 r. Informacja o wykluczeniu z postępowania na podstawie art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz w wezwaniu do uzupełnienia z dnia 24.08.2018 roku. Informacja o odrzuceniu oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 5 i art.85 ust.2 w związku z art.89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp. Z pisma wynika, że podstawą odrzucenia oferty było nie spełnienie warunku doświadczenia zawodowego przy zastosowaniu art.26 ust.3 ustawy oraz nie przedłużenie terminu związania ofertą. Przy czym zamawiający nie wzywał do przedłużenia terminu związania ofertą.

Na podstawie powyższych ustaleń w sprawie Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zamawiający w sposób jednoznaczny określił warunki doświadczenia zawodowego sprowadzając je do wymogu wykonania nowej tablicy wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem.

Izba, wbrew argumentacji odwołującego, przez wykonanie rozumie jego fizyczne spełnienie a nie potencjalną możliwość spełnienia, w związku z dostawą tablicy z oprogramowaniem gdzie znajdowała się opcja wyników do gry w Hokeja na lodzie ale to opcja nie była przedmiotem realizacji, chociażby z uwagi na brak boiska lodowego w danym obiekcie.

Podsumowując ten wywód Izba stwierdza, że tylko fizyczne, praktyczne (a nie teoretyczne) wykonanie dostawy tablicy wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem ziszcza tak ustalony warunek doświadczenia zawodowego przez zamawiającego. Owszem odwołujący dostarczał tablice wraz z oprogramowaniem ale dotyczyło to wyników gier (zawodów) innych dyscyplin sportowych niż hokej na lodzie. I tak w Poznaniu odwołujący wykonał tablice wraz z jej oprogramowaniem do wyświetlania wyników do gry w piłkę wodną w obiekcie sportowym Termy Maltańskie w Poznaniu. Z kolei dla Stadionu Zawiszy w Bydgoszczy odwołujący wykonał tablice wyników do gry w koszykówkę czy siatkówkę czy

innych gier możliwych na tym obiekcie pozbawionym jak powyżej (Termy Maltańskie) boiska lodowego.

Brak możliwości spełnienia warunku wymaganego przez zamawiającego jest na tyle oczywisty, że przedmiotowe obiekty sportowe nie posiadają boisk lodowych a dotyczy to wyżej wymienionych obiektów sportowych to jest Termy Maltańskie w Poznaniu i Stadion Zawiszy w Bydgoszczy.

Pomimo takich oczywistych okoliczności jak brak boiska do hokeja na lodzie i w związku z tym bezprzedmiotowością na tych obiektach potrzeby tablicy wyników do gry w hokeja odwołujący uważał, że takie wymagane doświadczenie posiadał. Jego przekonanie o nabyciu wymaganego doświadczenia wynikało z okoliczności, że oprogramowania na tablice telebimów mają charakter kompleksowy i tylko od potrzeby zamawiającego wykorzystuje się niezbędną opcję oprogramowania w tym do hokeja na lodzie. Jak wywodzi odwołujący oprogramowanie do tablicy wyników zawiera szereg opcji do gier sportowych w tym opcję do gry w hokeja na lodzie. W związku z tym według twierdzenia odwołującego sam fakt dostarczenia telebimu czyli tablicy do wyświetlania obrazów świetlnych dla obiektów sportowych już kwalifikuje się jako wymagane doświadczenie. Powyższe odwołujący wywodził z treści ustalonego warunku doświadczenia. Z kolei zamawiający w inny sposób rozumie zdobycie wymaganego doświadczenia opisanego w SIWZ. Według zamawiającego wykonawca może okazywać się posiadającym doświadczeniem opisanym w SIWZ jeżeli nie tylko dostarczył telebim ale zamontował i uruchomił oprogramowanie ze wszystkimi w tym celu niezbędnymi akcesoriami umożliwiającemu pokazywanie na tablicy wyników do gry w Hokeja na lodzie. Czyli nie posiada wykonawca doświadczenia gdy dostawa tablicy wyników dotyczyła innych gier niż Hokej na lodzie np. piłki wodnej, koszykówki czy siatkówki lub innych dyscyplin sportowych. Zamawiający nie tylko chce poświadczenia o pozytywnym rezultacie takiej dostawy wraz z jej uruchomieniem ale nawet nazwisk, kwalifikacji osób, które te czynności dla wykonawcy spełniali.

Izba rozważając tak dwa rozbieżne stanowiska co do treści wymogu doświadczenia zawodowego nie znajduje podstaw do przyjęcia koncepcji odwołującego. Bowiem gdyby zamawiający ustalił, że zaspokoi go dostawa i oprogramowanie jakiegokolwiek dyscypliny sportowej wymieniając je przykładowo lub w ogóle stwierdzając, że chodzi o dyscyplinę sportową to o spełnieniu oczekiwań decydowałby charakter obiektu np.: Stadion, Hala sportowa, Pływalnia.

Z takim poglądem odwołującego Izba nie identyfikuje się z racji brzmienia warunku doświadczenia, które ma sprowadzać się do dostawy tablicy wyników wraz z oprogramowaniem do gry w Hokeja na lodzie. Gra w Hokeja na lodzie, wyróżnia się odrębną specyfiką od innych gier np. piłki nożnej, siatkowej czy zawodów pływackich, których przebieg określają regulaminu dla poszczególnych dyscyplin sportowych.

Powyższe wywody Izby wskazują na prawidłowe rozumienie przez zamawiającego warunku doświadczenia co do wykonania tablicy wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem.

Izba nie kwalifikuje do wymaganego doświadczenia dostawy do Hali Sportowej w Gliwicach. Nawet jeżeli przyjąć, że hala ta ma boisko do hokeja na lodzie to przedstawione doświadczenie dotyczy piłki koszykowej a nie hokeja na lodzie co ewidentnie wynika z dostarczonego protokołu odbioru będącego załącznikiem do pisma odwołującego na dzień 24.08.2018 roku w związku z wezwaniem w dniu 24.08.2018 roku w trybie 26 ust.3 ustawy Pzp. Tym wezwaniem zamawiający wyczerpał ustawowy obowiązek wzywania do wyjaśnień czy uzupełnień dokumentów. Bowiem jak wykazano powyżej zamawiający uruchomił procedurę wyjaśnienia wiarygodności i rzetelności złożonego w dniu 16.08.2018 roku Wykazu – oświadczenia odwołującego i referencji wskutek wezwania z dnia 14.08.2018 roku. Natomiast odwołujący co do zasady zakwestionował stanowisko zamawiającego o nie spełnieniu warunku udziału ale wskazał w dniu 24.08.2018 roku wspomniane powyżej doświadczenie – Protokół przekazania na Hali Gliwice z dnia 29.06.2018 roku. Zresztą przekazując nowe doświadczenie odwołujący nie złożył oświadczenia o tym, że stanowi to dowód dostawy obejmującej m.in. wykonanie nowej tablicy wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem. Brak takiego oświadczenia odwołującego na wezwanie zamawiającego trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. dyskwalifikuje złożony Protokół nawet gdyby potwierdzał wykonanie tablicy wyników do gry w Hokeja na lodzie wraz z oprogramowaniem

Tym samym zarzut naruszenia art.24 ust.1 pkt 12) i art.24 ust.4 w zw. z art.89 ust.1 pkt 5 oraz art.26 ust.3 w zw. z art.7 ust.1 ustawy Pzp. nie został udowodniony co powoduje, że czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego a w konsekwencji odrzucenia jego oferty jest prawidłowa.

Co do zarzutu nr 2 to jest odrzucenia oferty z powodu nie przedłużenia terminu związania ofertą to w ocenie Izby brzmienie art.89 ust.1 pkt 7a wskazuje, że odrzuca się ofertę, gdy nie jest wyrażona zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą.

W ocenie Izby aby wyrazić zgodę na przedłużenie oferty to trzeba otrzymać w tym zakresie wnioski od zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający nie wskazał okoliczności takiego wystąpienia do odwołującego w związku z tym brak podstaw do odrzucenia z tego powodu oferty odwołującego.

Gdyby przyjąć stanowisko zamawiającego to przepis powinien brzmieć nie przedłużono terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego lub samodzielnie przez wykonawcę.

Tym samym zarzut odwołującego jest zasadny co do nieuprawnionego zastosowania art.89 ust.1 pkt 7a ustawy Pzp. i odrzucenia z tego powodu jego oferty. Niemniej uznanie tego zarzutu nie ma wpływu na rozstrzygnięcie odwołania z racji skutecznego wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu braku posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego w tym wyczerpania procedury wyjaśnień czy też uzupełnień w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji nie stwierdzając naruszeń po stronie zamawiającego, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Pełnomocnik zamawiającego nie złożył wniosku kosztowego.

Przewodniczący: