Sygn. akt: KIO 2472/20

WYROK

z dnia 20 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant: **Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020 r. przez wykonawcę **EVERSPORT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,** ul. Kiersnowskiego 18/45, 03-161 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie,** ul. Łazienkowska 6a, 00-449 Warszawa

przy udziale wykonawcy **J. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **TOP SPORT J. P.,**ul. Górska 88, 43-318 Bielsko-Biała zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego EVERSPORT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2472/20

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

Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie(dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej: „ustawa Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa wraz z montażem kompletnej podłogi sportowej do hali sportowej w COS-OPO w Giżycku.", nr referencyjny: NZ/P/16/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 3 września 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 580233-N-2020

W dniu 24 września 2020 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: TOP SPORT J. P. (dalej: „TOPSPORT"), zamieszczając informację na swojej stronie internetowej. W dniu 28 września 2020 r. wykonawca EVERSPORT sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 przepisów, tj.:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") i przepisami ustawy Pzp zaniechanie odrzucenia oferty TOPSPORT z postępowania ze względu na:

1)niedołączenie do oferty (wraz z upływem terminu składania ofert) świadectwa lub raportów z badań potwierdzających parametry sportowe systemu podłogi, potwierdzających spełnienie minimalnych parametrów oferowanej podłogi, określonych w rozdziale VI ust. I pkt 6 SIWZ,

2)niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 9 września 2020r. - wykonania panelu sportowego z twardego materiału drewnianego lub równoważnego,

3)niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 4 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - Przedłożenie DWU niezgodnego ze wzorem wprowadzonym Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego 574/2014 z dnia 21 lutego 2014 roku,

4)niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 4 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - niepotwierdzenie przez laboratorium notyfikowane paramentów zawartości PCP, zawartości formaldehydu, reakcji na ogień i odporność na ścieranie.,

5)niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 14 tiret nr 1 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - niepotwierdzenie wymaganej wartości parametru amortyzacji (redukcji siły),

6)niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 14 tiret nr 5 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - niepotwierdzenie odporności na ścieranie,

7)niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 4 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - sprzeczność treści DWU wystawianych dlatego samego produktu w różnych postępowaniach,

8)niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 14 tiret nr 3 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - niepotwierdzenie parametru odbicia piłki,

9)niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w rozdziale VI ust 1 pkt 7 SIWZ w związku z odpowiedzią na pytanie nr 4 i nr 6 z dnia 8 września 2020r. - przedłożenia oświadczeń producenta o dostarczeniu kompletnego systemu podłogi sportowej o nazwie Doubleflex Olimpia producenta Boen tj. w szczególności

zawierającego oryginalne, wytworzone przez producenta: panele sportowe; ślepą podłogę; konstrukcję podwójnie legarowaną wraz z fabrycznie zamontowanymi podkładkami sprężystymi; łączniki: wkręty, zszywki i gwoździe; folia na górną warstwę; oryginalne listwy przyścienne drewniane oraz metalowe progowe wejściach; oryginalne dekle i obręcze maskujące tuleje do siatkówki,

(w powyższym zakresie mogło również dojść do naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp ze względu na przeprowadzenie przez Zamawiającego negocjacji dotyczących treści oferty TOPSPORT w zakresie sprecyzowania oferowanej przez TOPSPORT podłogi);

2.art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419, dalej: „uznk") poprzez zaniechanie odtajnienia raportów z badań zastrzeżonych w treści oświadczenia TOPSPORT o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 17 września 2020 r., które to dokumenty nie powinny podlegać zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ w rzeczywistości nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, a sama treść zastrzeżenia nie czyni zadość wymogom powyższego przepisu, jak również ww. dokumenty nie powinny podlegać zastrzeżeniu również ze względu na dokonanie zastrzeżenia dopiero po upływie terminu składania ofert, podczas gdy raporty z badań stanowiły element oferty,

3.art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty TOPSPORT jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta najkorzystniejsza powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co po dokonaniu poprawnego badania i oceny ofert pozbawia oferty ww. wykonawcy waloru najwyżej ocenionej w postępowaniu, a jednocześnie sprawia, że za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty TOPSPORT jako najkorzystniejszej;

2.powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowego badania i oceny ofert,

3.odrzucenie oferty TOPSPORT z Postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;

4.odtajnienia w całości raportów z badań zastrzeżonych w oświadczeniu TOPSPORT z dnia 17 września 2020 r., złożonych przez TOPSPORT;

5.dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał m.in.:

Ad.1) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ Zamawiający ustanowił następujące parametry minimalne przedmio zamówienia: grubość panelu warstwowego- nie mniej niż 12,6 mm, grubość warstwy użytkowej z litego drewna - nie mnie niż 3,5 mm, klasa drewna -dąb, pierwsza klasa wizualna, certyfikat wystawiony na produkt, zgodność z normą PN 14904 - tak, posiadanie certyfikatu FIBA na cały system podłogi sportowej – tak, posiadanie atestu PZH - atest PZH, wentylac podłogi - tak, wentylacja podłogi wg rozwiązania systemowego danego producenta, lakierowanie deski -wyłączni fabryczne, przy użyciu lakieru sportowego, zgodnego z normą PN - EN 14904, nie dopuszcza się lakierowania r budowie, malowanie linii - tak, Wykonawca wykonuje projekt malowania linii, podlegający uzgodnieniu z Zamawiającym montaż niezbędnych tulei i wejść do montażu akcesoriów sportowych na istniejącej hali sportowej (słupki) - tak, należ wykonać pełny montaż i odtworzenie wszystkich tulei (8 sztuk), wykończenie listwami wykończeniowymi i dostosowani istniejących poziomów do nowej podłogi sportowej
- tak, w cenie, spełnienie przez system połogi sportowej wymagań FIBA w zakresie wskazanym w aktualnych przepisach dla poziomu 1 (level 1 - wg strony nr 18 przepisów FIBA, dostępnych pod wskazanym linkiem – tak, spełnienie przez system podłogi sportowej wymagań PZKosz dla podłogi stałej dla poziomów 1 i 2 – tak, Parametry szczegółowe minimalne: Redukcja siły (amortyzacja uderzenia) zgodnie z normą EN 14808: min. 50% max. 75%, jednorodność nawierzchni (bezwzględna): ±5 % od średniej; Odkształcenie pionowe zgodnie z normą EN 14809: minimum 2,3 mm - maksimum 5,0 mm, jednorodność nawierzchni: ±0,7 mm od średniej; Wysokość piłki odbitej zgodna z normą EN 12235: min. 93%, jednorodność nawierzchni (bezwzględna): ±3% od średniej; Właściwości poślizgu zgodne z normą EN 13036: min. 80, maks. 110; Odporność na ścieranie zgodnie z normą EN 5470: maks. 80 mg.

Odwołujący podniósł, iż istotną okoliczność sprawy stanowi fakt, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 9 z dnia 8 września 2020 r. dokonał modyfikacji SIWZ polegającej na zobowiązaniu wykonawców biorących udział w Postępowaniu do złożenia wraz z ofertą (tj. wraz z upływem terminu składania ofert) określonych dokumentów, w tym świadectwo lub raport z badań potwierdzających parametry sportowe systemu podłogi. Z uwagi na powyższe TOPSPORT miał obowiązek załączyć wraz z ofertą m.in. świadectwo lub raport z badań potwierdzające parametry sportowe systemu podłogi określone w tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ. Tymczasem po dokonaniu wglądu do oferty tego Wykonawcy okazało się, że TOPSPORT nie załączył do swojej oferty świadectwa lub raportów z badań potwierdzających parametry sportowe systemu podłogi, przez co nie uczynił zadość wymogowi określonemu w odpowiedzi na pytanie nr 9 pkt d z dnia 8 września 2020 r. Brak załączenia powyższego świadectwa lub raportów z badań oznacza niepotwierdzenie minimalnych parametrów oferowanej podłogi określonych w rozdziale VI ust. I pkt 6 SIWZ. Świadectwa lub raporty z badań są wydawane przez niezależne, notyfikowane laboratoria i dopiero na ich podstawie wystawiana zostaje deklaracja właściwości użytkowych (dalej również: „DWU"). W związku z powyższym jedynie na podstawie ww. świadectw i raportów z badań można potwierdzić prawdziwość informacji zawartych w DWU. Ponieważ świadectwa lub raporty z badań miały zostać załączone wraz z ofertą, a więc stanowiły jej integralną część, zatem niedopuszczalne jest ich uzupełnienie na etapie badania i oceny ofert.

Ad 2) Niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 9 września 2020r. - wykonania panelu sportowego z twardego materiału drewnianego lub równoważnego

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 09.09.2020 r, (powtórna odpowiedź na pytanie nr 5) dokonał następującej modyfikacji postanowień SIWZ: „Pytanie 5: Czy panel sportowy w swej budowie środkowej i spodniej - pod warstwą litego drewna musi być wykonany z twardego materiału drewnianego (na przykład sklejki liściastej wilgocioodpornej) o minimalnej twardości według skali Brinella min 2,00? Odpowiedź: Zamawiający informuje, iż panel sportowy musi być wykonany z twardego materiału drewnianego (np. sklejka wilgocioodporna)". Przedłożone w ofercie

TOPSPORT karty katalogowe podłogi sportowej (strona nr 12 oferty) nie potwierdzają, iż panel sportowy oferowany przez tego wykonawcę jest wykonany z twardego materiału drewnianego lub równoważnego. Zachodzi domniemanie, iż w budowie panelu, w warstwie środkowej i spodniej występuje drewno miękkie - świerkowe lub sosnowe. Powyższe twierdzenie wskazane w karcie katalogowej podłogi sportowej (strona nr 12 oferty) potwierdza, że twardość ww. paneli będzie wynosiła 1,1 według skali Brinella, przy czym takim stopniem twardości cechuje się drewno miękkie (tymczasem za drewno twarde uznaje się drewno o skali twardości ok. 2,00 według skali Brinella). Drewno miękkie według tabel badanych zgodnie z powszechnie uznaną metodą Janki to świerk (bardzo miękkie) i sosna {miękkie) - z tego materiału jest zbudowany panel firmy Boen. Metoda Brinella jest bardzo podobna i daje podobne wyniki.

Ad.3) Niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 4 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - Przedłożenie DWU niezgodnego ze wzorem wprowadzonym Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego 574/2014 z dnia 21 lutego 2014 roku.

Zgodnie z w pozycją nr 4 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ Zamawiający wymagał w ramach minimalnych parametrów, aby oferowana podłoga była zgodna z normą PN 14904. Norma wymaga przy tym sporządzenia DWU na podstawie określonego wzoru. Przedłożona w ofercie przez TOPSPORT Deklaracja Właściwości Użytkowych (ang: Declaration of Performance DoP) - jest wystawiona w sposób niewłaściwy i jako taka nie powinna być akceptowana. Sposób wystawiania DWU produktu jakim jest podłoga sportowa jest regulowany Rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) nr 574/2014 z dnia 21 lutego 2014 r. zmieniającym załącznik III do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 w odniesieniu do wzoru, który należy stosować przy sporządzaniu deklaracji właściwości użytkowych wyrobów budowlanych (dalej również zwanego: „Rozporządzeniem nr 574/2014"), które wprowadziło nowy wzór Deklaracji Właściwości Użytkowych aby w jasny i prosty sposób zidentyfikować każdy wyrób budowlany za pomocą niepowtarzalnego kodu identyfikacyjnego - tymczasem DWU załączona przez TOPSPORT nie zawiera wymaganego niepowtarzalnego kodu identyfikacyjnego wyrobu budowlanego w punkcie 1 swojej Deklaracji.

Odwołujący przedstawił wzór Deklaracji, fragmenty Instrukcji dotyczącej sporządzania deklaracji właściwości użytkowych. I wskazał, że Deklaracja DoP 4658 S-3.18-05.2020 (załącznik nr 1 do oferty TOPSPORT, strona nr 5) przetłumaczona przez producenta oferowanych podłóg (BOEN) tj. Deklaracja zgodności (taka forma precyzowania wyrobu budowlanego nie funkcjonuje już od lipca 2013 roku), jako niepowtarzalny kod identyfikacyjny typu wyrobu podaje - „Właściwości sportowe zgodnie z normą EN14904". Taki sam niepowtarzalny kod identyfikacyjny typu wyrobu tj. „Właściwości sportowe zgodnie z normą EN14904" jest podany również w innych podłogach produkowanych przez firmę BOEN (np. Elastflex Olimpia, Doublef!ex Stadium, Elastflex Stadium itd.) i wszystkie podane podłogi posiadają te same charakterystyki, ale oznaczone są jednym kodem identyfikacyjnym, co nie powinno mieć miejsca na podstawie obowiązujących przepisów. Ustawodawca wprowadził unikalny kod do DWU, aby charakterystyki wyrobu budowlanego podane w deklaracji dotyczyły konkretnego, jednego wyrobu budowlanego oznaczonego na deklaracji bez względu na partię tego wyrobu, która została wyprodukowana w danym dniu lub danym okresie czasu - deklaracja musi być przyporządkowana produktowi, a nie jego partii z danej dostawy i może różnić się od partii materiału dostarczonego w innym czasie z inną nazwą. Poza tym w przestrzeni publicznej nazwa wyrobu Doubleflex Olimpia została przyporządkowana już produktowi z Deklaracją DWU nr DOP 4658 S-2.10-09.2015 z dnia z 10 września 2015 r., która posiada odmienne charakterystyki niż przedstawione przez TOPSPORT w przedmiotowym przetargu. (Dowód: Deklaracja DOP 4658 S-2.10-09.2015 z 10 września 2015 r.). W dokumencie Certyfikat FIBA dla producenta BOEN z 2019 roku - wydanym w styczniu 2019 roku istnieje nazwa Doub!efiex Olimpia, a deklaracja DWU Doubleflex Olimpia jest wydana w styczniu 2020 roku. Wyroby budowlane istniejące na rynku unijnym muszą posiadać jeden kod identyfikacyjny wyrobu określony w Deklaracji DWU. Nadto TOPSPORT oferuje podłogę Doub!eflex Olympia z warstwą użytkową panela o gr. 6mm (rzekomo zgodnie z kartą techniczną), a w specyfikacji na stronie internetowej firmy BOEN warstwa ta wynosi jedynie 3,4mm.

Ad. 4) Niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 4 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - niepotwierdzenie przez laboratorium notyfikowane paramentów zawartości PCP, zawartości formaldehydu, reakcji na ogień i odporność na ścieranie.

Odwołujący wskazał, że przedłożona w ofercie przez TOPSPORT DWU nie jest wystawiona w sposób właściwy równi z powodu deklarowania właściwości w systemie nr 3 (punkt nr 6 DWU tj. załącznika nr 1 do oferty TOPSPORT, strona 5, co oznacza przeprowadzenie badania podłogi przez laboratorium notyfikowane we wszystkich kryteriach wg normy E 14 904 - natomiast w tabeli deklarowanych właściwości użytkowych (punkt nr 9 DWU tj. załącznika nr 1 do ofer TOPSPORT, strona nr 6 z gwiazdką oznaczono tylko trzy parametry badane według tej normy tj. EN 14 904: tarci redukcja siły i obciążenia toczne, a pozostałe cztery parametry tj. zawartość PCP, zawartość formaldehydu, reakcja n ogień i odporność na ścieranie są deklarowane bez przeprowadzenia badań przez laboratorium notyfikowane. W prezentowanej przez TOPSPORT Deklaracji Właściwości Użytkowych jako system oceny i weryfikacji stałoś właściwości użytkowych wyrobu budowlanego wskazany jest System 3, co oznacza, że wszystkie badane właściwoś użytkowe wyrobu były badane przez jednostkę notyfikowaną - zgodnie z Rozporządzeniem Rozporządzenie delegowan Komisji (UE) nr 568/2014 z dnia 18 lutego 2014 r. zmieniające załącznik V do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego Rady (UE) nr 305/2011 dotyczący oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych wyrobów budowlanych (dal również zwanego: „Rozporządzeniem nr 568/2014"). Jak wynika bowiem z ust. 1.4 zmienionego załącznika nr V d Rozporządzenia nr 568/2014: „1.4. System 3 a)
Producent przeprowadza zakładową kontrolę produkcji; b) Notyfikowane laboratorium badawcze ocenia właściwości użytkowe na podstawie badań (w oparciu o próbki pobrane do badań przez producenta), obliczeń, tabelarycznych wartości lub opisowej dokumentacji wyrobu budowlanego.

Ad. 5) Niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 14 tiret nr 1 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - niepotwierdzenie wymaganej wartości parametru amortyzacji (redukcji siły)

W DWU złożonym wraz z ofertą TOPSPORT (punkt nr 9 strona nr 6)Boen jako producent podłogi ustala wartość parametru amortyzacji (redukcji siły) na poziomie 55% do 75%, nie przedkładając przy tym żadnego świadectwa, czy raportów z badań wystawionych przez jednostkę notyfikującą na potwierdzenie szczegółowego (średniego) wyniku amortyzacji. Z uwagi na powyższe, z treści samej DWU nie można wywieść czy jest spełniony wymóg Zamawiającego jednorodności amortyzacji +/- 5% od średniej określony w pozycji nr 14 tiret nr 1 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ.

Ad. 6) Niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 14 tiret nr 5 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - niepotwierdzenie odporności na ścieranie.

W DWU złożonym wraz z ofertą TOPSPORT (punkt nr 9 strona nr 6) Boen jako producent podłogi ustala wartość parametru Odporności na ścieranie na poziomie 2 600 (badany przez Boen według normy EN 13965). Stwierdzamy, iż powyższa wartość nie została wykazana w sposób prawidłowy, gdyż parametr Odporności na ścieranie jest badany zgodnie z normą zasadniczą EN 14904 w której wyznacza się badanie tego parametru według podnormy składowej PN EN ISO 5470-1 (a nie jak wskazuje TOPSPORT wg. normy EN 13965).

Ad. 7) Niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 4 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - sprzeczność treści DWU wystawianych dla tego samego produktu w różnych postępowaniach

DWU nr DOP 4658 S-3.18-05.2020 na oferowany produkt Doubleflex Olympia w ofercie przetargowej w toczącym się postępowaniu jest inna, niż przedstawiona w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (załączona do odwołania - deklaracja DOP 4658 S-2.10-09.2015 z dnia z 10 września 2015 r.) mimo deklarowanej przez producenta niezmienności produktu. Różnice: inny nr deklaracji DoP i daty jej wystawienia, inna, niedopuszczalna przez Zamawiającego klasa reakcji na ogień - Dfl-s1, inne niż deklarowane przez TOPSPORT odbicie piłki - 91 %, inny niż deklarowany przez TOPSPORT parametr odkształcenia pionowego - 3,8mm, niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w pozycji nr 14 tiret nr 3 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ - niepotwierdzenie parametru odbicia piłki.

Odwołujący podał, że na stronie 11 oferty TOPSPORT złożone zostało oświadczenie podpisane przez Pana Roberta Kowalskiego mające potwierdzić, iż parametr odbicia piłki wynosi 93%, i stwierdził, że TOPSPORT niezgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 9 z dnia 8 września 2020 r. nie przedstawił świadectwa lub raportu z badań potwierdzającego spełnienie parametru określonego w pozycji nr 14 tiret nr 3 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt 6 SIWZ. Nadto Pan R. K., pełni w BOEN funkcję Country Menagera, co wskazuje, iż nie jest to osoba posiadająca wykształcenie techniczne, pozwalające na rzetelne wykazanie posiadania przez oferowany produkt określonych parametrów technicznych, a w konsekwencji wystawienie ww. oświadczenia. Taki status można byłoby przypisać oświadczeniu wystawionemu przez osobę posiadającą techniczną wiedzę dotyczącą produkowanych podłóg np. członkowi wsparcia technicznego producenta. Z uwagi na powyższe, z przedstawionego oświadczenia w żaden sposób nie można wywieść, iż deklarowana przez TOPSPORT jednorodność odbicia piłki wynosi +/- 3%.

Ad. 9) Niepotwierdzenie spełnienia minimalnego wymogu określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 7 SIWZ w związku z odpowiedzią na pytanie nr 4 i nr 6 z dnia 8 września 2020r. - przedłożenia oświadczeń producenta o dostarczeniu kompletnego systemu podłogi sportowej o nazwie Doubleflex Olimpia producenta Boen tj. w szczególności zawierającego oryginalne, wytworzone przez producenta: panele sportowe; ślepą podłogę; konstrukcję podwójnie legarowaną wraz z fabrycznie zamontowanymi podkładkami sprężystymi; łączniki: wkręty, zszywki i gwoździe; folia na górną warstwę; oryginalne listwy przyścienne drewniane oraz metalowe progowe wejściach; oryginalne dekle i obręcze maskujące tuleje do siatkówki.

Odwołujący zauważył, że w ramach wyjaśnień treści SIWZ Zamawiający w następujący sposób doprecyzował postanowienie rozdziału VI ust. 1 pkt 7 SIWZ:

„Pytanie 4: Czy cały system konstrukcji legarowanej drewnianej podłogi sportowej musi być oryginalny i dostarczony przez producenta podłogi sportowej - dla zachowania swej jakości? Tak, aby nie był wykonany w tartaku jedynie na wzór oryginalnej konstrukcji? Odpowiedź: Zamawiający informuje, iż zgodnie z zapisami Rozdziału VI ust 1 pkt 7 SIWZ: „Dostawa produktów ma być zrealizowana w szczelnie zamkniętych, oryginalnych opakowaniach wraz z certyfikatem dostawy. W tym celu należy przedstawić oświadczenie producenta podłogi w tym zakresie wraz z autoryzacją na jej montaż oraz gwarancją na wykonany przedmiot zamówienia, niezależnie od gwarancji udzielanej przez Wykonawcę, która stanowi kryterium oceny ofert."

„Pytanie 6: Czy elementy wykończeniowe drewnianej podłogi sportowej to jest: a) listwy przyścienne wentylacyjne – drewniane, b) obręcze i dekle maskujące tuleje do słupków c) farby do malowania linii boisk, d) załączniki do montażu podłogi to jest: gwoździe, wkręty, zszywki, folia górna stabilizująca i wyciszająca, e) listwy progowe przejściowe z podłogi sportowej na ciągi komunikacyjne, f) urządzenie do podnoszenia dekli maskujących tuleje, g) środki pielęgnacyjne mają być oryginalne, pochodzić od producenta podłogi i dostarczone do obiektu wraz całym kompletnym systemem podłogi sportowej? Odpowiedź: Zamawiający potwierdza powyższe wymagania z wyłączeniem pkt. c) i g) - w tym zakresie wystarczająca będzie rekomendacja producenta podłogi sportowej”.

W ocenie Odwołującego treść powyższych pytań i odpowiedzi należy interpretować w sposób łączny, ze względu na analogiczną materię zadanych pytań. Z przedstawionych przez firmę TOPSPORT dokumentów w żaden sposób nie wynika, iż zostanie spełniony przez nią wymóg Zamawiającego dotyczący wyprodukowania i dostarczenia tej firmie do dostarczenia kompletnego systemu podłogi sportowej o nazwie Doublefiex Olimpia firmy Boen tj. w szczególności zawierającego oryginalne, wytworzone przez producenta: panele sportowe ślepą podłogę, konstrukcję podwójnie legarowaną wraz z fabrycznie zamontowanymi podkładkami sprężystymi, łączniki: wkręty, zszywki i gwoździe, folia na górną warstwę, oryginalne listwy przyścienne drewniane oraz metalowe progowe wejściach, oryginalne dekle i obręcze maskujące tuleje do siatkówki.

Następnie Odwołujący wskazał, iż biorący udział w postępowaniu wykonawcy, jak również sam Zamawiający są związani postanowieniami SIWZ. Przez powyższe należy rozumieć nie tylko związanie postanowieniami samej Specyfikacji, ale również jej modyfikacjami dokonanymi na podstawie wyjaśnień treści SIWZ udzielonych na podstawie art. 38 ustawy Pzp. W zakresie ostatniej z wymienionych kwestii, Zamawiający i wykonawcy składający oferty w postępowaniu są związani modyfikacjami dokonanymi w SIWZ nawet w przypadku, gdy Zamawiający nie wprowadzi zmian wprost do treści SIWZ. Powyższe wynika z poglądu Krajowej Izby Odwoławczej prezentowanego w ramach jednolitej linii orzeczniczej m.in. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 roku sygn. akt KIO 2412/15.

Odwołujący wskazał także na wyroki Izby: z dnia 19 kwietnia 2019 r. KIO 621/19, z dnia 11 lipca 2018 r. sygn. akt KI0 1248/18, z dnia 25 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 1038/19, z dnia 26 stycznia 2017 r. sygn. akt KI011/17, z dnia 24 marca 2015 r. sygn. akt KIO 436/15 i stwierdził, że oferta TOPSPORT powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona, jako niezgodna z postanowieniami SIWZ. Zamawiający ustalając w odpowiedzi na pytanie nr 9 z dnia 8 września 2020 r., że świadectwo lub raporty z badań potwierdzających parametry sportowe systemu podłogi określone w rozdziale VI ust. I pkt 6 SIWZ wykonawcy będą zobowiązani załączyć wraz z ofertą, nie był uprawniony do uzupełnienia powyższych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym kategorycznie niedopuszczalne będzie uzupełnienie świadectwa lub raportów z badań potwierdzających parametry sportowe systemu podłogi, czy też zastąpienie tych dokumentów nowymi. Powyższe wynika z faktu, że Zamawiający określił powyższe dokumenty jako

element oferty, przez co nie stanowią one dokumentów podmiotowych podlegających przedłożeniu czy uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 1 albo 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2019 r. KIO 2381/19.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie pomiędzy Zamawiającym a TOPSPORT mogło również dojść do niedopuszczalnych w toku postępowania negocjacji dotyczących złożonej przez ww. wykonawcę oferty. T0PSP0RT w przedstawionym DWU nie sprecyzował, jaki dokładnie model podłóg zaoferował w ramach oferty. Ze względu na powyższe, w okolicznościach sprawy mogło dojść do przeprowadzenia niedopuszczalnych na tym etapie postępowania negocjacji dotyczących istotnej treści oferty. W okolicznościach sprawy mogło zatem dojść również do naruszenia art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów wymienionych w treści Oświadczenia TOPSPORT z dnia 26 sierpnia 2020 r., Odwołujący wskazał, że w dniu 15 września 2020 r. zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie w ramach dostępu do protokołu postępowania oferty TOPSPORT oraz wszystkich oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia określonych w rozdziale IX SIWZ oraz udzielonych w dniach 8 oraz 9 września 2020 roku wyjaśnień Zamawiającego, w szczególności:

-karty katalogowe w języku polskim, potwierdzone przed producenta nawierzchni, z których będzie wynikać spełnienie minimalnych warunków zadeklarowanych w ofercie w zakresie parametrów szczegółowych, opisanych w opisie przedmiotu zamówienia,

-aktualny certyfikat lub deklaracja zgodności z normą PN-EN z normą PN - EN 14904,

-certyfikat FIBA, dla oferowanego systemu podłogi sportowej na poziomie co najmniej level 1 (poziom I),

-atest PZH (Państwowy Zakład Higieny) dla oferowanej podłogi sportowej,

-deklarację właściwości użytkowych,

-kartę techniczną podłogi,

-Świadectwo lub raport z badań potwierdzające parametry sportowe systemu podłogi.

Ze względu na brak uzyskania większości ww. dokumentów (w szczególności świadectwa lub raportu z badań) Odwołujący w dniu 23 września 2020 r. ponowił wniosek o udostępnienie dokumentów wnioskując również o przekazanie kopii:

-karty katalogowej w języku polskim, potwierdzonej przez producenta, z której będzie wynikać spełnienie minimalnych warunków zadeklarowanych w ofercie w zakresie parametrów szczegółowych, opisanych w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności:

-kart katalogowych oferowanego przez tę Wykonawcę kompletnego systemu podłogi tj.:

a.pełnego systemu konstrukcji legarowanej, wraz ze ślepą podłogą,

b.panelu sportowego - ze szczególnym oznaczeniem, że w swym całym przekroju budowy jest wykonany z twardego drewna,

c.drewnianych listew przyściennych,

d.dekli i obręczy maskujących tuleje do siatkówki.

Dopiero w dniu 28 września 2020 r. Odwołujący dostał odpowiedź o zaniechaniu udostępnienia raportów z badań ze względu na zastrzeżenie ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez TOPSPORT. Odwołujący otrzymał uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez TOPSPORT z dnia 17 września 2020 r. Pismo zawierało lakoniczne uzasadnienie podstaw zastrzeżenia tajemnicy bez przedstawienia dowodów na potwierdzenie zasadności dokonania zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa BOEN. Ponadto, pismo zostało podpisane przez p. J. M., Specjalistę ds. zamówień publicznych po stronie TOPSPORT, co poddaje pod wątpliwość prawidłowość dokonania zastrzeżenia przez osobę do tego nieumocowaną. Należy ponadto podkreślić, że TOPSPORT nie był podmiotem uprawnionym do dokonania zastrzeżenia ww. dokumentów, gdyż powyższe raporty z badań zostały wystawione na rzecz BOEN, i to ten ostatni podmiot był uprawniony do dokonania zastrzeżenia. (Dowód: Uzasadnienie z dnia 17 września 2020 r.)

W ocenie Odwołującego, nieodtajnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazanych przez TOPSPORT dokumentów narusza elementarną zasadę prawa zamówień publicznych sformułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącą że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Tym samym Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Co do zasady wyłącza się możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa na mocy art. 11 ust. 2 uznk, takich informacji, których pozyskanie jest możliwe w zwykłym toku czynności, a szczególnie, gdy obowiązek ich ujawnienia wynika z przepisów prawa (np. ustawy o dostępie do informacji publicznej). Dopuszczalność zastrzeżenia dokumentów zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest traktowana jako wyjątek od ogólnej zasady jawności. Odwołujący przywołał w tym zakresie m.in. wyroki Izby z dnia 26 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 776/12, z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 447/11, 449/11, 452/11, z dnia 9 lipca 2018 sygn. akt KIO 1234/18, KI01276/18, z dnia 8 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2295/18, z dnia 22 stycznia 2019 roku sygn. akt: KIO 2519/18. W ocenie Odwołującego TOPSPORT nie udowodnił, aby zastrzegane informacje nie były znane innym podmiotom, nie wskazał jakie działania podjął BOEN, aby zachować informacje w poufności, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że takie działania zostały podjęte. Jednocześnie nie dołączono żadnych dowodów na potwierdzenie powyższego np. zanimizowanych umów o pracę. W związku z powyższym nie można stwierdzić, że TOPSPORT dochował należytej staranności w działaniach mających na celu zachowanie poufności dotyczącej oferty.

Odwołujący wskazał, że raport z badań jako dokument stanowiący element oferty i składany wraz z ofertą przed upływem terminu składania ofert nie powinien podlegać zastrzeżeniu na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp również ze względu na dokonanie zastrzeżenia dopiero po upływie terminu składania ofert. Oświadczenie TOPSPORT o zastrzeżeniu, zgodnie z jego datą zostało przekazane dopiero 17 września 2020 r., podczas gdy do otwarcia ofert doszło dnia 14 września 2020 r. Tymczasem jak wynika z treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. : „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, te nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". W związku z powyższym w ocenie Odwołującego Zamawiający dopuści! się naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzo w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia treści dokumentów wymienionych w treści Oświadczenia TOPSPORT z dnia 26 sierpnia 2020 r.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący dodatkowo postawił zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez podanie przez TOPSPORT informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący stwierdził, iż jak wyjaśnił przy okazji zarzutu nr 1 odwołania, TOPSPORT wskazał szereg informacji rzekomo potwierdzających spełnienie przez oferowane podłogi minimalnych parametrów wymaganych przez Zamawiającego w rozdziale VI ust. I pkt 6 SIWZ. Informacje wynikające z DWU nie pokrywają się z rzeczywistymi wynikami świadectw i badań przeprowadzonych przez notyfikowane jednostki. W konsekwencji doszło do świadomego (lub nie) wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, ze względu wybór oferty TOPSPORT jako najkorzystniejszej. Wstrzymując się od wykluczenia z postępowania wykonawcy TOPSPORT na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp Zamawiający zaniechał podstawowych działań mających na celu zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Następnie Odwołujący wskazał na zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp stwierdzając, że wybór jako najkorzystniejszej oferty TOPSPORT był niedopuszczalny, został dokonany wbrew przepisom ustawy Pzp i w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w odwołaniu argumenty przesądzają o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym skutkują koniecznością nakazania Zamawiającemu powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert, w tym odrzucenia oferty TOPSPORT na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wybór najkorzystniejszej oferty jest bowiem związany z koniecznością prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, a tym samym z obowiązkiem dokonania przez Zamawiającego odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców wobec ziszczenia się ustawowych przesłanek do podjęcia takich czynności.

Pismem z dnia 14 października 2020 r. przekazanym na posiedzeniu z udziałem stron, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w całości, ewentualnie, w przypadku braku odrzucenia odwołania, o jego oddalenie w całości.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania Zamawiający wskazał, że odwołanie zostało wniesione przeciwko podmiotowi niemającemu legitymacji biernej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem kompletnej podłogi sportowej do hali Ośrodka Przygotowań Olimpijskich w Giżycku. Zamawiającym w tym postępowaniu jest bowiem jednostka organizacyjna Centralnego Ośrodka Sportu tj. Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku. Ośrodek nie posiada osobowości prawnej, jest wyodrębnioną samobilansującą się jednostką organizacyjną Centralnego Ośrodka Sportu. Centralny Ośrodek Sportu jest instytucją gospodarki budżetowej, posiada osobowość prawną i jest wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000374033. Statut COS jest dostępny w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie internetowej Centralnego Ośrodka Sportu. Nadto na stronie drugiej SIWZ Zamawiający został oznaczony w sposób następujący: "Zamawiającym jest Centralny Ośrodek Sportu Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku ul. Moniuszki 22, 11-500 Giżycko w imieniu i na rzecz którego działa: Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie Ul. Łazienkowska 6a, 00-449) Warszawa". Natomiast w odwołaniu Zamawiający oznaczony jest jako "Skarb Państwa - Centralny Ośrodek Sportu Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku w imieniu i na rzecz którego działa Skarb Państwa - Centralny Ośrodek Sportu". W związku z tym odwołanie nie zostało wniesione przeciwko oddziałowi Centralnego Ośrodka Sportu - Ośrodkowi Przygotowań Olimpijskich w Giżycku, tj. przeciwko Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu, a przeciwko Skarbowi Państwa - Centralnemu Ośrodkowi Sportu Ośrodkowi Przygotowań Olimpijskich w Giżycku. Brak legitymacji biernej po stronie Zamawiającego powinien skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przypadku następczej zmiany oznaczenia Zamawiającego na prawidłową przez Odwołującego na rozprawie, wniesienie odwołania należy datować bowiem od tego dnia. W konsekwencji odwołanie zostanie wniesione z naruszeniem terminu do jego wniesienia. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej Zamawiający wskazał, że istotą takiego sprostowania byłaby w rzeczywistości zmiana podmiotowa, a z tego względu Izba nie może dokonać samodzielnego sprostowania oznaczenia Zamawiającego. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, od którego wymaga się większej niż np. od konsumenta staranności w działaniu, co więcej reprezentowanym przez profesjonalnego pełnomocnika. Z tej też przyczyny należy ocenić, że błędne oznaczenie Zamawiającego w odwołaniu było w pełni świadome i zamierzone.

Uzasadniając stanowisko w zakresie istnienia podstaw do oddalenia odwołania, Zamawiający odniósł się do zarzutów postawionych w odwołaniu, stwierdzając ich niezasadność.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody przedłożone przez strony załączone do złożonych pism.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie,uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, z którego wynika, iż dodanie w odwołaniu przy oznaczeniu Zamawiającego „Skarb Państwa", przy jednoczesnym podaniu w oznaczeniu zarówno skutkuje odrzuceniem odwołania z uwagi na to, że odwołanie zostało wniesione przeciwko podmiotowi niemającemu legitymacji biernej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem kompletnej podłogi sportowej do hali Ośrodka

Przygotowań Olimpijskich w Giżycku.

Zamawiający wskazał przy tym, że Zamawiającym w tym postępowaniu jest jednostka organizacyjna Centralnego Ośrodka Sportu tj. Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku, a także, że z SIWZ wynika, że Zamawiającym jest Centralny Ośrodek Sportu Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku w imieniu i na rzecz którego działa: Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie, który jest instytucją gospodarki budżetowej, posiada osobowość prawną i jest wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego.

Niezależnie od prób oznaczenia Zamawiającego czy to przez Odwołującego czy samego Zamawiającego, w sprawie nie występuje niejasność, co do tego, o jakie postępowanie chodzi. Identyfikacja postępowania nie budzi zastrzeżeń Zamawiającego, który nie kwestionuje podanych w odwołaniu: oznaczenia postępowania, strony internetowej Zamawiającego, na której zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu, czy daty i miejsca publikacji oraz numeru ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Nie budzi zatem wątpliwości przez kogo i na czyją rzecz jest prowadzone postępowanie. Nie budzi także wątpliwości kto występuje jako wykonawca w tym postępowaniu i kto jest uprawnionym do działania, w tym postępowaniu czy to po stronie Zamawiającego, czy po stronie Odwołującego. Na posiedzeniu Odwołujący wyjaśnił, iż oznaczając Zamawiającego w odwołaniu miał na uwadze to, iż wcześniej Zamawiający był jednostką Skarbu Państwa.

Nadto, jak zwrócił uwagę Odwołujący, Zamawiający nadał bieg w postępowaniu, w tym sensie, że wysłał informację o wniesieniu odwołania, zostało zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego, nie było zatem wątpliwości po stronie tych podmiotów, co do strony, Tym bardziej, że Centralny Ośrodek Sportu w Warszawie jest jedyną taką instytucją w Polsce, która zajmuje się sportem w centralnym zakresie wraz z Ośrodkami Przygotowań Olimpijskich, wtym w Giżycku, więc nie ma mowy o braku wystarczającej identyfikacji Zamawiającego.

Powyższe oznacza, że omyłkowe dodanie w odwołaniu przy wskazywaniu Zamawiającego zbędnego elementu oznaczenia, nie czyni odwołania bezskutecznym. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie oznacza bowiem, że poprawa oznaczenia Zamawiającego skutkuje uznaniem, że odwołanie powinno być uznane za wniesione z datą tej poprawy, a zatem podstawą jego odrzucenia miałby być wskazany przez Zamawiającego przepis art. art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie*.

Nadto wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z wyżej podanych względów, poprawa tej omyłki nie prowadzi do zmiany podmiotowej po stronie Zamawiającego, a zatem rozpoznanie odwołania przez Izbę, przy przyjęciu prawidłowego oznaczenia Zamawiającego, jest nie tylko dopuszczalne, ale też uzasadnione.

W ocenie Izby jakkolwiek obowiązek prawidłowego określenia Zamawiającego ciąży na Odwołującym, to jednak może on uściślić jego oznaczenie, jeżeli nie prowadzi to do naruszenia tożsamości strony, a omyłkowe oznaczenie Zamawiającego w odwołaniu, w sytuacji, gdy jest oczywiste jakiego Zamawiającego Odwołujący miał na uwadze, nie daje podstawy odrzucenia odwołania.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację. Zgodnie z ustalonymi w SIWZ wymaganiami, prawidłowe dokonanie oceny oferty TOPSPORT przez Zamawiającego powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, co umożliwi dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Mając na uwadze, że Odwołujący jest uczestnikiem, którego oferta znajduje się na drugiej pozycji, naruszenie wskazanych powyżej przepisów, ma istotny wpływ na wynik postępowania, w czym należy upatrywać interes we wniesieniu niniejszego odwołania, albowiem wpływa to na sytuację prawną Odwołującego w postępowaniu. Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, przy uwzględnieniu zarzutów odwołania.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wykonawca J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: TOP SPORT J. P. zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (w treści również: „Przystępujący"), wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stał się uczestnikiem postępowania.

Następnie Izba ustaliła:

Zgodnie z rozdziałem VI ust. 1 pkt SIWZ wykonawcy winni zaoferować wymagane parametry szczegółowe i podać je dokładnie, tj.:

•Redukcja siły (amortyzacja uderzenia) zgodnie z normą EN 14808: min % max %, jednorodność nawierzchni (bezwzględna): ± % od średniej.

•Odkształcenie pionowe zgodnie z normą EN 14809: minimummm - maksimum mm, jednorodność nawierzchni: ± mm od średniej;

•Wysokość piłki odbitej zgodna z normą EN 12235: min %, jednorodność nawierzchni (bezwzględna): ± % od średniej;

•Właściwości poślizgu zgodne z normą EN 13036: min maks ;

•Odporność na ścieranie zgodnie z normą EN 5470: maks mg.

Zamawiający w piśmie z dnia 8 września 2020 r. zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców, odpowiadając na pytanie 9: Dokumentacja podłogi. Czy wymienione w SIWZ dokumenty podłogi sportowej w tym:

a) deklarację właściwości użytkowych

b) aktualny certyfikat FIBA

c) kartę techniczną podłogi

d) świadectwo lub raport z badań potwierdzające parametry sportowe systemu podłogi

e) autoryzację producenta wraz potwierdzeniem okresu gwarancji

należy dla prawidłowej oceny ofert dołączyć do oferty przetargowej?

odpowiedział: Zamawiający informuje iż należy dołączyć do oferty dokumenty wymienione powyższej, z wyłączeniem ppkt. e) - autoryzację producenta wraz z potwierdzeniem okresu gwarancji należy przedstawić Zamawiającemu najpóźniej w dniu dostawy systemu podłogi sportowej".

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie zaznaczenia wymaga, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zwarte w odwołaniu.* Stosownie do art. 192 ust. 2 *Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Ad. 1 - Zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp z uwagi na brak spełnienia przez Przystępującego wymagań określonych w SIWZ

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, iż jak słusznie zauważył Odwołujący, zarówno wykonawcy jak i zamawiający są związani postanowieniami SIWZ. Powyższe dotyczy także odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców do SIWZ, udzielone przed terminem składania ofert.

Oznacza to, że na etapie badania i oceny ofert nie jest możliwe wprowadzanie zmian do SIWZ, w tym rozszerzanie lub doprecyzowywanie postawionych w niej wymagań. Wszelkie wątpliwości w zakresie interpretacji niejednoznacznych postanowień SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Nie można obciążać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami interpretacji dokonanej przez innego wykonawcę, która nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem .*

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.*

Zarzuty ujęte w pkt 1 ppkt 1 – 9 odwołania w ocenie Izby nie potwierdziły się. Nie zostało wykazane, aby wystąpiła podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ ze względów podanych w odwołaniu, jak też aby doszło do prowadzenia niedozwolonych negocjacji.

Ad. 1)

Wbrew stanowisku Odwołującego wykonawca TOPSPORT dołączył do oferty wymagany przez Zamawiającego w SIWZ dokument potwierdzający parametry sportowe oferowanego systemu podłogi, potwierdzające spełnienie minimalnych parametrów podłogi określonych w rozdziale VI ust. 1 pkt 6 SIWZ.

Jak stwierdził na rozprawie Zamawiający nie wie skąd Odwołujący wywodzi, że wymienione w odpowiedzi na pytanie nr 9 z dnia 8 września 2020 r. świadectwo lub raport mają pochodzić od jednostki notyfikowanej, bowiem nie oczekiwał, aby świadectwo było wydane przez taką jednostkę. Z SIWZ to nie wynika, natomiast wynika, że wymagał certyfikatu FIBA, tj. niezależnej jednostki, które potwierdza, że spełnione są parametry określone w SIWZ, bowiem w ocenie Zamawiającego to certyfikat FIBA jest najważniejszy, jako, że przyjęte w SIWZ parametry dla podłogi wprost wynikają z certyfikatu FIBA. W związku z tym, gdyby te parametry nie były spełnione, nie zostałby wydany certyfikat FIBA.

Zauważenia wymaga, iż odpowiadając na pytanie nr 9 do SIWZ z dnia 8 września 2020 r., Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą m.in. świadectwa lub raportu z badań potwierdzających parametry sportowe systemu podłogi. Oznacza to, że wykonawcy mogli złożyć jeden ze wskazanych dokumentów, bądź obydwa, o czym świadczy użycie alternatywy „lub". Zamawiający nie określił jak ma się przedstawiać każdy z tych dokumentów. Jak natomiast zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ww. odpowiedź na pytanie nr 9 do SIWZ należy czytać łącznie z odpowiedzią na pytanie nr 8, zgodnie z którą *„w celu prawidłowej oceny spełnienia wymagań dla produktu zawartych w SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia kompletu dokumentów w zakresie umożliwiającym jednoznaczną weryfikację deklarowanych parametrów technicznych oraz funkcjonalno – sportowo - użytkowych systemu podłogi sportowej.*", zaś świadectwo (potwierdzenie czegoś, np. badań) i/lub raport (sprawozdanie z czegoś, np. z badań) nie są dokumentami, dla których przepisy prawa przewidują jakiś szczególny wzór. Zamawiający w SIWZ nie określił takiego wzoru. Przystępujący w ww. celu wraz z ofertą przedłożył dokument *„Doubleflex Olympia Parametry techniczne podłogi sportowej Doubleflex Olympia zgodnie z raportem nr 2115119/1 VOM 02.07.2019"*(dalej: „świadectwo"), zawierający szereg parametrów, w tym parametry wymagane w rozdziale VI SIWZ, i co do których wykonawca złożył oświadczenie w pkt 8 formularza ofertowego. Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że dokument ten, jako oparty na wskazanym w nim raporcie, należy uznać za potwierdzający parametry sportowe systemu podłogi.

Ponadto Przystępujący przedłożył wraz z ofertą certyfikat jakości zatwierdzony przez FIBA ważny do dnia 31 grudnia 2020 r., z którego wynika, że FIBA zaświadcza, iż podłoga spełnia standardy określone w najnowszym wydaniu FIBA Approval Programme for Basketball Eąuipment. Jest to również potwierdzenie, że podłoga spełnia wymagane przez Zamawiającego w SIWZ parametry. Gdyby podłoga nie posiadała parametrów określonych w załączonym do oferty świadectwie, certyfikat ten nie zostałby wydany, bowiem, jak zauważył Zamawiający, w rozdziale VI ust. 1 pkt 6 SIWZ określił parametry minimalne przedmiotu zamówienia, które są zbieżne z parametrami, jakie musi spełniać podłoga sportowa, aby uzyskać certyfikat FIBA. Parametry te są ogólnodostępne na stronie internetowej www.fiba.basketbal Skoro zatem TOPSPORT uzyskał certyfikat FIBA na oferowaną w tym postępowaniu podłogę sportową, to oznacza, że wszystkie parametry minimalne wymagane przez Zamawiającego zostały spełnione. Producent podłogi tj. Boen jest certyfikowanym podmiotem przez FIBA – znajduje się na liście certyfikowanych producentów podłóg spełniających wymagania FIBA.

Skoro przedłożony wraz z ofertą przez TOPSPORT certyfikat FIBA poświadcza, że oferowany przez tego wykonawcę produkt spełnia parametry określone w świadectwie, również złożonym wraz z ofertą, to nie można zgodzić się z Odwołującym, że wykonawca ten nie potwierdził spełnienia minimalnych parametrów podłogi określonych w rozdziale VI ust. 1 pkt. 6 SIWZ. Należy natomiast podzielić stanowisko Zamawiającego, że z oferty i dokumentów złożonych wraz ofertą przez Przystępującego wynika, że wymagane parametry wynikały z tych dokumentów, co potwierdza, że

zaoferowana podłoga spełnia określone w SIWZ wymagania oraz wymagania FIBA dla najwyższej klasy rozgrywek - LEVEL 1 w zakresie stałych podłóg sportowych.

Należy również podzielić stanowisko Zamawiającego, że w tym zakresie chodzi o dokumenty o charakterze przedmiotowym, potwierdzające spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż w *postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.* W związku z tym w sytuacji, gdy wraz z ofertą zostało złożone przez TOPSPORT świadectwo, które wraz z pozostałymi dokumentami załączonymi do oferty potwierdza spełnienie warunków SIWZ, to za zbędne należy uznać żądanie przez Zamawiającego dodatkowych dokumentów potwierdzających tę samą okoliczność. Nadto ww. dokumenty, w tym świadectwo potwierdzające parametry sportowe systemu podłogi - dokument o nazwie „*Dubleflex Olympia, parametry techniczne podłogi sportowej Doubleflex Olympia zgodnie z raportem nr 2115119/1 VOM 02.07.2019*" podlegały wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co nie jest równoznaczne z prowadzeniem negocjacji, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. To, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 września 2020 r. do złożenia wyjaśnień Przystępujący załączył raport z badań nie oznacza że doszło ze strony Zamawiającego do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów.

Ad. 2)

Odwołujący pomija, iż Zamawiający w dniu 9 września 2020 r. dokonał modyfikacji odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 8 września 2020 r. i podał, że *„panel sportowy musi być wykonany z twardego materiału drewnianego (np. sklejka wilgocioodporna)".* Zamawiający nie sprecyzował w tym zakresie żadnego z minimalnych wymogów, nie zawężał do jednego rodzaju materiału. Zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał spełnienia w tym zakresie warunku zgodności z normą PN 14904, Wymagania Zamawiającego dotyczące zgodności z normą PN 14094 nie odnosiły się do poszczególnych części podłogi, lecz do całego panelu sportowego, a to zostało potwierdzone przez TOPSPORT.

Ponadto, jak zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, dodatkowo, w piśmie z dnia 21 września 2020 r., TOPSPORT wskazał, iż podłoga wykończona jest deską grubości 21 mm, z warstwą użytkową grubości 5,5 mm, natomiast Odwołujący powołuje się na parametry tylko sobie znane, które nie stanowiły przedmiotu postępowania.

Ad. 3)

Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, nie ma wątpliwości co do tego jaki produkt oferuje Przystępujący. Załączona przez Przystępującego Deklaracja Zgodności zawiera informacje pozwalające na identyfikację wyrobu budowlanego, w postaci nazwy Doubleflex Olympia, danych producenta podłogi oraz deklarowanych właściwości użytkowych. Deklaracja Zgodności została wystawiona przez producenta podłogi, a Przystępujący nie ma wpływu na jej treść.

W punkcie 1 dotyczącym indywidualnego kodu produktu Deklaracji Zgodności, załączonej do oferty przez TOPSPORT, znajduje się informacja:*właściwości techniczne zgodnie z EN 14904*, co wskazuje, że opiera się ona na normie zharmonizowanej i potwierdza wykazanie zgodności z normą PN 14904, wymaganej przez Zamawiającego w pozycji nr 4 tabeli do rozdziału VI ust. 1 pkt 6 SIWZ.

Nadto zauważenia wymaga, że z Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) nr 574/2014 z dnia 21 lutego 2014 r. wynika, że należy zapewnić producentom pewną elastyczność w zakresie sporządzania deklaracji właściwości użytkowych, pod warunkiem, że przedstawia, w sposób jasny i spójny, najistotniejsze informacje wymagane na podstawie art. 6 rozporządzenia (UE) nr 305/2011 (pkt 5 uzasadnienia dla wprowadzenia zmian). Art. 6 rozporządzenia (UE) nr 305/2011 w pkt 1 wymaga określenia typu wyrobu, dla którego jest sporządzana DWU, jednak nie przesądza jak ma wyglądać to określenie.

Deklaracja złożona przez Przystępującego zawiera w pkt 2 określenie typu wyrobu umożliwiające jego identyfikację poprzez wskazanie: *Doubleflex Olympia.*

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że Deklaracja złożona przez Przystępującego jest nieważna i nie może być akceptowana przez Zamawiającego.

Ad. 4)

Zamawiający w pozycji nr 4 tabeli zawartej w rozdziale VI ust. I pkt. 6 SIWZ wymagał wykazania zgodności produktu z normą PN 14904.

W pkt 1 złożonej przez Przystępującego Deklaracji Zgodności zostało zaznaczone spełnienie właściwości technicznych produktu zgodnie z normą EN 14904 wskazaną w pozycji nr 4 tabeli do rozdziału VI ust. I pkt. 6 SIWZ. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że gdyby podłoga oferowana przez Przystępującego nie spełniała parametrów dotyczących zawartości PCP, zawartości formaldehydu, reakcji na ogień i odporności na ścieranie, nie uzyskałaby certyfikatu FIBA. Odwołujący nie wykazał, że jest taka możliwość.

Ad. 5)

W zakresie parametrów amortyzacji (redukcji siły) pismem z dnia 15 września 2020 r. TOPSPORT został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy informacją zawartą w pkt. 8 oferty tego wykonawcy (parametry szczegółowe oferowane) określającą parametr siły na min. 59 %, maks. 75 % i informacją wpisaną w parametrach technicznych podłogi sportowej Doubleflex Olympia zgodnie z raportem 2115119/1, w którym została wpisana wartość 25 % - 75 %. Rozbieżności te zostały wyjaśnione przez Przystępującego w piśmie z dnia 17 września 2020 r.

Ad. 6)

W złożonej ofercie w pkt 8 *Parametry oferowane przez Wykonawcę*, Przystępujący wskazał: „*Odporność na ścieranie zgodnie z normą EN 5470 maks. 80 mg"*, co jest zgodne z SIWZ.

Ad. 7)

Przystępujący w złożonej ofercie przedłożył Deklarację Zgodności sporządzoną przez producenta 30 stycznia 2020 r.,

która potwierdza spełnienia przez tego wykonawcę wymogów wskazanych w SIWZ i to m.in. na jej podstawie Zamawiający dokonywał oceny oferty.

Z tych względów okoliczność, iż Deklaracja z 2020 r. złożona przez TOPSPORT różni się od Deklaracji załączonej do odwołania z dnia 10 września 2015 r., m.in. numerem i datą wystawienia, jak też co do niektórych parametrów, sama w sobie, nie oznacza braku potwierdzenia spełnienia minimalnego wymogu określonego w poz. nr 4 tabeli z rozdziału VI ust. 1 pkt 6 SIWZ. Odwołujący poza wskazaniem różnic nie zakwestionował ważnościDeklaracji z 2020 r. Jak natomiast zauważył Zamawiający w przeciągu 5 lat, w odstępie którego wydane zostały obie deklaracje, mogły ulec zmianie warunki techniki, a tym samym deklarowane parametry.

Ad. 8)

Jak wyżej wskazano Przystępujący do oferty załączył świadectwo potwierdzające spełnienie parametrów określonych w tabeli wprowadzonej w rozdziale VI ust. 1 pkt 6 SIWZ w tym w poz. 14 tiret trzeci.

W ocenie Izby podnoszona w tym zarzucie dodatkowo okoliczność, iż świadectwo zostało podpisane przez Pana R. K., pełniącego w BOEN funkcję Country Managera, wbrew sugestiom Odwołującego, nie przesądza o tym, że nie posiada on wystarczających kwalifikacji do podpisania dokumentu, który zawiera wyniki z podanego w nim raportu.

Ad. 9)

Jak wyżej zostało wskazano, wykaz dokumentów, jakie mają być złożone wraz z ofertą, został wskazany w odpowiedzi Zamawiającego z dnia 8 września 2020 r. na pytanie wykonawcy nr 9 do SIWZ, gdzie jednocześnie zostało wskazane, że wymienioną w ppkt e) autoryzację producenta wraz z potwierdzeniem okresu gwarancji należy przedstawić Zamawiającemu najpóźniej w dniu dostawy systemu podłogi sportowej. Odpowiedzi na pytania na 4 i 6 z tej samej daty tego nie zmieniają.

Wymogi w zakresie złożenia oświadczenia producenta wraz z autoryzacją oraz gwarancją, określone w rozdziale VI ust. 1 pkt 7 SIWZ, są zatem wymagane na etapie realizacji zamówienia, a nie na etapie składania ofert. Postanowienie to znajduje się w podrozdziale: Pozostałe wymagania i wytyczne realizacyjne Rozdziału VI SIWZ i brzmi: „Dostawa produktów ma być zrealizowana w szczelnie zamkniętych, oryginalnych opakowaniach wraz z certyfikatem dostawy. W tym celu należy przedstawić oświadczenie producenta podłogi w tym zakresie wraz z autoryzacją na jej montaż oraz gwarancją na wykonany przedmiot zamówienia niezależnie od gwarancji udzielonej przez Wykonawcę, która stanowi kryterium oceny ofert."

W związku z tym z braku ww. dokumentów na etapie składania oferty nie można skutecznie czynić zarzutu.

Ad. 2. - Zarzut dot. braku udostępnienia przez Zamawiającego raportu, zastrzeżonego przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa

Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie ustawy Pzp, *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.*

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uzna") *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.*

Powyższe oznacza, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje dotyczące zaoferowanej podłogi, przekazane wraz z raportem z badań potwierdzających parametry sportowe systemu podłogi. Uczynił to w dniu 17 września 2020 r. udzielając wyjaśnień w zakresie różnic parametrów redukcji siły (amortyzacji uderzenia) i parametrów odkształceń pionowych pomiędzy podanymi w ofercie, a informacjami zawartymi w przedłożonej wraz z ofertą Deklaracji Zgodności oraz w dokumencie Parametry techniczne podłogi sportowej Doubleflex Olympia, o które zwrócił się Zamawiający w dniu 15 września 2020 r.

Na wstępie zauważenia wymaga, że nie można podzielić stanowiska Odwołującego, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinno zostać uznane za skuteczne, z uwagi na to, że nastąpiło po terminie składania ofert.

Jak wyżej zaznaczono, Zamawiający wymagał złożenia świadectwa lub raportu z badań potwierdzających parametry sportowe systemu podłogi. Przystępujący wraz z ofertą złożył świadectwo, które potwierdzało wymagane parametry. Świadectwo to zostało sporządzone na podstawie ww. raportu z badań. W związku z tym nie był obowiązany do jego składania wraz z ofertą. Skoro załączył ten raport do składanych wyjaśnień, zastrzegając w tej dacie jego poufność, to należy uznać, iż uczynił to we właściwym terminie.

Następnie wskazania wymaga, iż ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zauważenia przy tym wymaga, że dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do określonych informacji nie wystarczy wskazanie na ich charakter, lecz konieczne jest także wykazanie, że wykonawca podjął działania, które zapewniają ochronę tych informacji przed ujawnieniem. Dopóki bowiem wykonawca, nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działanie takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy uznk. Nawet w sytuacji, gdy

dane informacje, co do zasady mogą podlegać utajnieniu, wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności, nie jest zwolniony od wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, tj. wykazania spełnienia wszystkich warunków przewidzianych dla takich informacji, w tym co decyduje, że np. posiadają wartość gospodarczą i jakie działania zostały przez niego podjęte w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy, przedstawić, dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje, np. Praktyki bezpieczeństwa, klauzule poufności. Obowiązkowi wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiada obowiązek Zamawiającego rzetelnego przeanalizowania takiego zastrzeżenia informacji, a w razie stwierdzenia, iż nie spełnia wymogów w tym zakresie, Zamawiający jest obowiązany odtajnić te informacje (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05).

Zastrzeżenie w poufności informacji jako wyjątek od jednej z podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady jawności postępowania określonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być interpretowany rozszerzająco. Przepis, uprawniający wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym nałożeniu obowiązku wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, służy ograniczeniu nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji ich ofert przez konkurentów.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał łącznego spełnienia ww. przesłanek, w szczególności nie wykazał, że zostały podjęte działania w celu utrzymania ich w poufności. Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczne, nie towarzyszą mu żadne dowody. Nie powinno to ujść uwadze Zamawiającego. W związku z tym nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, któryuznał otrzymane uzasadnienie za wystarczające do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W okolicznościach analizowanej sprawy ww. naruszenie Zamawiającego pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Udostępnione przez Zamawiającego dokumenty pozwalały na ocenę spełnienia przez Przystępującego wymogów SIWZ odnośnie oczekiwanych parametrów przedmiotu zamówienia. Brak przekazania Odwołującemu ww. raportu nie ma wpływu na ocenę zasadności zarzutów odwołania, skoro brak ich potwierdzenia wynika z dokumentów złożonych przez TOPSPORT wraz z ofertą, w tym świadectwa opartego na tym raporcie. Nadto Przystępujący złożył wyjaśnienia na wystąpienie Zamawiającego, a zatem złożenie przez niego raportu nie miało na celu zastąpienia tych wyjaśnień. Zastrzeżenie poufności raportu nie uniemożliwia weryfikacji jego oferty przez konkurencję.

Ad. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp

Odwołujący upatruje zasadności tego zarzutu w tym, że został dokonany wybór oferty TOPSPORT jako najkorzystniejszej w postępowaniu, która powinna podlegać odrzuceniu i jednoczesnym braku uznania za najkorzystniejszą oferty Odwołującego.

Jak wyżek wskazano, nie zostało wykazane, aby doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie zostało bowiem wykazane, aby oferta TOPSPORT podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ. Nie jest kwestionowane przez Odwołującego, że w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ jest to oferta najkorzystniejsza.

W związku z tym zarzut ten nie potwierdził się.

Ad. Przedstawiony dodatkowo w uzasadnieniu odwołania zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (pkt 3 i 4 uzasadnienia odwołania)

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania, nawiązując do pierwszego z postawionych przez siebie zarzutów, stwierdził, że okoliczności podane na potwierdzenie zarzutu dotyczącego oferowanych parametrów wskazują na wprowadzenie w błąd Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Przystępujący wskazał w Deklaracji Zgodności informacje potwierdzające spełnienie minimalnych parametrów wymaganego przez Zamawiającego w rozdziale VI ust. 1 pkt 6 SIWZ, które jednak nie pokrywają się z rzeczywistymi wynikami świadectw i badań przeprowadzonych przez notyfikowane jednostki. Odwołujący nie przedstawił jednak dowodów na te okoliczności.

Nadto jak zostało wyżej wskazane, w toku badania i oceny ofert wiążące są postanowienia SIWZ. Po dacie składania ofert nie jest dopuszczalne dokonanie ich zmiany. SIWZ nie zawiera wymogu, aby np. świadectwo zostało wystawione przez notyfikowaną jednostkę.

Pierwszy zarzut dotyczący niezgodności oferty TOPSPORT z SIWZ nie potwierdził się. Nie zostało wykazane, aby oferta zawierała przedmiot zamówienia niespełniający wymagań SIWZ. Tym samym nie zostało wykazane, aby doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Przystępującego.

W konsekwencji nie zostało wykazane, aby wybór oferty TOPSPORT jako najkorzystniejszej został dokonany z naruszeniem wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy. Nie zostało także wykazane aby nastąpiło nierówne traktowanie wykonawców, czy naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez Zamawiającego.

Ciężar dowodu w zakresie stawianych zarzutów, stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust 1 ustawy Pzp, obciążał Odwołującego, który nie wykazał zasadności stawianych zarzutów. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę
3 600 zł 00 gr tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Przewodniczący: ……