Sygn. akt: KIO 857/15

WYROK
z dnia 8 maja 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2015 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SALTEX EUROPA Sp. z o.o., MT Euroinwest Sp. z o.o. Sp. K., z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gliwice, Wydział Zamówień Publicznych w Gliwicach**
przy udziale wykonawcy **TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie**
zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

---

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SALTEX EUROPA Sp. z o.o., MT Euroinwest Sp. z o.o. Sp. K., z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SALTEX EUROPA Sp. z o.o., MT Euroinwest Sp. z o.o. Sp. K., z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SALTEX EUROPA Sp. z o.o., MT Euroinwest Sp. z o.o. Sp. K., z siedzibą dla Lidera we Wrocławiu** na rzecz Zamawiającego **Miasta Gliwice** kwotę **4 183 zł 20 gr** (słownie: cztery tysiące sto osiemdziesiąt trzy złote dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gliwicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 857/15

Uzasadnienie

W dni 27 kwietnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp") odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, konsorcjum: Saltex Europa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Lider) oraz MT Euroinwest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa (dawniej Eurodom Maślanka Talik Spółka jawna) z siedzibą w Żywcu (Partner), dalej jako „Odwołujący" lub „konsorcjum".

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu

nieograniczonego pod nazwą *Zespól Szkół Ogólnokształcąco - Ekonomicznych, ul. Syriusza 30 - budowa areny lekkoatletycznej* prowadzi Zamawiający: Miasto Gliwice, Wydział Zamówień Publicznych.

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 22 kwietnia 2015 roku polegającej na:
1. wykluczeniu, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Odwołującego ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty,
2. odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferty Odwołującego, jako oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ".

Zamawiającemu zarzucono naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w stosunku do oferty złożonej przez Odwołującego i bezpodstawne wykluczenie go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji odrzucenie jego oferty oraz odrzucenie jego oferty. Odwołujący wnosił o nakazanie powtórzenia Zamawiającemu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z udziałem oferty Odwołującego.

Jednocześnie wskazano, iż Odwołujący ma interes prawny w złożeniu odwołania, albowiem uwzględnienie złożonego odwołania pozwoli na ponowną ocenę jego oferty i uzyskanie zamówienia publicznego.

Odwołujący zaznaczył, że w dniu 12 lutego 2015 roku ukazało się ogłoszenie o zamówieniu publicznym pod nazwą „Zespół Szkół Ogólnokształcąco - Ekonomicznych ul.

Syriusza 30 - budowa areny lekkoatletycznej". Ogłoszenie zmieniano trzykrotnie: w dniu 25 lutego 2015 roku, w dniu 4 marca 2015 roku i w dniu 9 marca 2015 roku). W SIWZ, w brzmieniu obowiązującym zgodnie ze zmianą z dnia 9 marca 2015 roku, Zamawiający wskazał warunki udziału w postępowaniu:

W zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, których wiedza i doświadczenie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, tzn. w/w warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie budowy lub przebudowy boisk sportowych lub stadionów lekkoatletycznych spełniających wymagania PZLA lub IAAF Class 1 dla min. kategorii IV (pełnowymiarowa bieżnia okrężna 6 torów, 8 torów na prostej, rów z wodą, wszystkie skocznie i rzutnie, płyta boiska z trawy naturalnej), uprawniającej do organizacji zawodów rangi mistrzostw Polski o nie pełnym programie konkurencji, o całkowitej wartości co najmniej 3.000.000 zł brutto każda z załączeniem dowodów potwierdzających, że roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a wybudowany obiekt znajduje się na liście stadionów zweryfikowanych przez PZLA lub IAAF Class 1.

Na potwierdzenie spełniania w/w warunku Zamawiający zażądał przedłożenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania o treści ZAŁĄCZNIKA NR 3 do SIWZ z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Ponadto Zamawiający wskazał, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Przykładowy wzór zobowiązania podmiotu trzeciego Zamawiający zawarł w ZAŁĄCZNIKU NR 9 do SIWZ, wskazując jednocześnie, że pisemne zobowiązanie lub inne dokumenty muszą zawierać informacje dotyczące co najmniej: zakresu dostępnych

wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył

wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W dniu 12 marca 2015 roku Zamawiający dokonał otwarcia złożonych ofert. Oferta złożona przez Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą.

W dniu 17 marca 2015 roku Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia „Wykazu robót budowlanych" o treści ZAŁĄCZNIKA NR 3, o którym mowa w pkt. 9.1. tiret 4 SIWZ potwierdzającego, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 8.1. SIWZ „Wiedza i doświadczenie" oraz dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej i w pkt. 9.9. SIWZ. Wykonawca pismem z dnia 19 marca 2015 roku uzupełnił dokumenty w wyznaczonym terminie.

W dniu 22 kwietnia 2015 roku Zamawiający poinformował oferentów o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez TAMEX OBIEKTY SPORTOWE SPÓŁKĘ AKCYJNĄ. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, iż wybrana oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów, jest zgodna z treścią SIWZ i ustawą Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że wykluczył z postępowania Odwołującego, albowiem ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, że załączone przez Odwołującego poświadczenie należytego wykonania roboty wskazanej pod lp. 2 „Wykazu robót budowlanych" zostało wystawione na firmę LLC „BSV - Trading" Ukraina, 83000, Donieck, pl. Konstytucji 1/192, która potwierdziła dostarczenie i zainstalowanie przez firmę Kanstet OU z siedzibą w Karberi 34b - 11, 13919 Talinn, Estonia na projekcie pod nazwą RSC OLYMPISKY, Donetsk następujących prac i materiałów: robót ziemnych i podbudowy, systemu odwodnienia i drenażu, wyposażenia sportowego, bieżni poliuretanowej 400 m (powierzchnia całkowita 14 600 m2) oraz pełnowymiarowego boiska z trawy naturalnej. Dołączone wraz z „Wykazem robót budowlanych" pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego firmy Kanstet OU do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów posiadanej wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, nie potwierdza realnego przekazania tego zasobu oraz że będzie mogło być wykorzystane przez Wykonawcę w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia. Wykonawca określił, że przekazanie doświadczenia przez podmiot trzeci nastąpi w formie cotygodniowych konsultacji lub w razie potrzeby, w zakresie sposobu prowadzenia prac polegających na wykonaniu nawierzchni lekkoatletycznej bieżni i nawierzchni boiska z trawy naturalnej. Ponadto w zobowiązaniu nie wykazano jakie osoby będą udostępnione przez firmę Kanstet OU w charakterze doradców przy wykonywaniu nawierzchni lekkoatletycznej bieżni

i nawierzchni z boiska z trawy naturalnej, czy posiadają doświadczenie oraz w jaki sposób ewentualne doświadczenie tych osób będzie przekazane, skoro podmiot trzeci nie będzie wykonywał jakiejkolwiek części przedmiotu zamówienia. Zakres zobowiązania podmiotu trzeciego został ograniczony tylko do konsultacji w prowadzeniu prac polegających na wykonaniu nawierzchni lekkoatletycznej bieżni i nawierzchni boiska z trawy naturalnej i nie obejmuje innych prac dotyczących przedmiotu zamówienia.

Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty Odwołującego podnosząc, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 PZP), a ponadto, że złożona oferta swoją treścią nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wskazał, że pkt. 3.3.3 SIWZ określa minimalne wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne nawierzchni poliuretanowej. W celu potwierdzenia tego warunku Zamawiający zażądał od spełnienie przez oferowany przedmiot wykonawcy dokumentów potwierdzających zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej i w pkt. 9.9. SIWZ.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie załączył do oferty dokumentów

potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej i w pkt. 9.9. SIWZ w zakresie oferowanej nawierzchni poliuretanowej. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie dołączył do oferty: badania zgodności z normą PN - EN 14877:2008 lub aktualnej aprobaty technicznej ITB lub aktualnej rekomendacji technicznej ITB lub wyniku badania specjalistycznego laboratorium, posiadającego atest IAAF potwierdzającego parametry oferowanej nawierzchni poliuretanowej boiska wielofunkcyjnego:
- wytrzymałości na rozdzieranie > lub = 100 N;
- odporności na działanie zmiennych cykli hydrotechnicznych: - przyrostu masy < lub = 0,70%; - zmiany wygładu zewnętrznego - bez zmian;
- mrozoodporności: - przyrostu masy < lub = 0,80%;
- zmiany wygładu zewnętrznego - bez zmian;
- przyczepności (MPA):
- do podkładu betonowego > lub = 0,40 MPa;
- do podkładu asfaltobetonowego > lub = 0,40 MPa,
które zawiera karta techniczna oferowanej nawierzchni potwierdzona przez jej producenta.

Ponadto załączone przez Wykonawcę do oferty dokumenty:
- LABOLATORY TEST REPORT of „Herculan SR Olympic Track Sample" i KARTA TECHNICZNA NAWIERZCHNI SPORTOWEJ HERCULAN SR OLYMPIC - PEŁEN SYSTEM POLIURETANOWY, nie potwierdzają warunku dotyczącego współczynnika poślizgu min. 0,50 dla nawierzchni poliuretanowej bieżni, wynik testu dotyczy odporności na poślizg

---

(mokro/sucho) 67/75, a parametry w karcie technicznej dotyczą tarcia (poślizgu) na nawierzchni suchej: 75 i mokrej: 67;
- Test Report MPA STUTTGART Otto - Graf - Institut Materialprufungsanstalt Universität Stuttgart DAP - PL - 2907.07, data raportu 07-22-2009 nie potwierdza warunku dotyczącego współczynnika poślizgu: w stanie suchym > lub = 0,35, w stanie mokrym > lub = 0,30 dla nawierzchni poliuretanowej boiska wielofunkcyjnego, wynik testu dotyczy współczynnika tarcia (EN 13036-4) FT - na mokro: 56, na sucho: 68, a ponadto wynik testu nie potwierdza wartości współczynnika poślizgu w stanie suchym: 0,77 i mokrym: 0,71 w KARCIE TECHNICZNEJ: ALSATAN SC PRODUCENT: STOCKMEIER URETHANES GMBH & CO. KG.

Ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

W pierwszej odnośnie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z uwagi na fakt, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazać należy, iż zarzuty Zamawiającego są w tej materii całkowicie chybione. Odwołujący załączył do oferty oświadczenie „Zobowiązanie podmiotu trzeciego" sporządzone zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ. Z treści tegoż załącznika, który przygotowany został, co wymaga szczególnego podkreślenia, przez Zamawiającego wynika instrukcja jego wypełnienia. I tak:
1. w pkt „zakres dostępnych wykonawcy zasobów" należało wpisać nazwę, przedmiot zrealizowanych zamówień, podczas których zdobyto doświadczenie, będące przedmiotem niniejszego zobowiązania; Odwołujący wpisał: „Doświadczenie w wykonaniu przebudowy stadionu lekkoatletycznego spełniającego wymagania IAAF Class 1, Stadion RSC Olympisky, Donieck, Ukraina";
2. w pkt „sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia" należało wpisać w jaki sposób wiedza i doświadczenie podmiotu będzie wykorzystana podczas realizacji zamówienia, np. czy będzie wykonywał część zamówienia jako podwykonawca, czy będzie udzielał konsultacji, na czym będą polegały konsultacje, jak często będą udzielane i w jakich sytuacjach; Odwołujący wpisał: „Konsultacje w zakresie sposobu prowadzenia prac, prac polegających na wykonaniu nawierzchni lekkoatletycznej bieżni i nawierzchni boiska z trawy naturalnej. Konsultacje cotygodniowe lub w razie potrzeby";
3. w pkt „charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem" należało wpisać rodzaj/charakter umowy jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób; Odwołujący wpisał: „Dwustronna umowa o sprawowanie nadzoru";
4. w pkt „zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia" należało wpisać, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia, jeśli tak to w jakim zakresie"; Odwołujący wpisał: „Konsultacje w zakresie sposobu prowadzenia prac, prac

polegających na wykonaniu nawierzchni lekkoatletycznej bieżni i nawierzchni boiska z trawy naturalnej.";
5. w pkt „okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia" należało wpisać okres, w którym wiedza i doświadczenie będzie udostępniona wykonawcy; Odwołujący wpisał: „W okresie realizacji zamówienia."

Jak wynika z przedstawionego zestawienia Odwołujący wypełnił, przygotowany przez Zamawiającego załącznik nr 9 zgodnie ze znajdującymi się w nim instrukcjami. Co równie istotne w pkt. 9.1. tiret 7 SIWZ Zamawiający wskazując na załącznik nr 9 zastrzegł, iż pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego lub inne dokumenty muszą zawierać informacje dotyczące co najmniej: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Minimalny zakres informacji określony przez Zamawiającego stanowi w swej istocie powtórzenie treści załącznika nr 9 do SIWZ. Skoro zatem sam Zamawiający określił minimum informacji, które podać musi oferent i dodatkowo sporządził formularz oświadczenia i opatrzył go stosownymi instrukcjami, to w chwili dokonywania oceny spełniania przez oferenta warunków udziału w postępowaniu nie może tychże minimalnych wymagań rozszerzać na inne elementy lub też dokonywać dowolnej ich interpretacji. Za niedopuszczalną uznać należy sytuację, w której sam zamawiający wskazuje w przygotowanym załączniku do SIWZ na możliwość korzystania z konsultacji i sam nawet wskazuje na ich częstotliwość, po czym dokonując oceny złożonej przez oferenta ofert stwierdza, iż udzielanie konsultacji nie potwierdza realnego przekazania zasobu wiedzy i doświadczenia. Jeśli zamawiający wyłączał możliwość udzielania wiedzy i doświadczenia w formie konsultacji, to powinien informację taką przekazać potencjalnym oferentom, a nie wprowadzać ich w błąd wskazując na taką możliwość w przygotowanej przez siebie dokumentacji przetargowej, a następnie kwestionując realność takiej formy przekazania zasobu. Zezwolenie na takie działanie stanowiłoby w istocie zgodę na całkowity brak elementarnej lojalności podmiotu publicznego organizującego postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Co więcej powodowałoby, że potencjalny oferent, aż do momentu rozstrzygnięcia nie mógłby dokonać samodzielnej oceny kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu. Swobodna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywana przez Zamawiającego nie może stanowić pozwolenia na zupełną dowolność lub jak miało to miejsce w niniejszym przypadku wręcz na niezgodność z deklarowanymi wcześniej wymogami. W żadnym miejscu specyfikacji nie wskazano, że oferent zobowiązany będzie wskazać dane osób, które udzielać miałyby konsultacji, czy ich doświadczenia. Abstrahując od faktu, iż wiedzy i doświadczenia udziela spółka kapitałowa, a nie konkretna osoba, to wymogu takiego Zamawiający nie postawił

formułując minimalny (a zatem wystarczający do przyjęcia za udowodniony) zakres informacji, jakie w tym zakresie zobowiązany jest przekazać oferent. Z tego też powodu decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty uznana musi zostać za błędną i pozbawioną rzeczowych podstaw.

Analogicznie rzecz się ma także w kwestii odrzucenia oferty Odwołującego. W ocenie Zamawiającego dokumenty złożone przez Wykonawcę nie potwierdzają spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego. Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż ten nie dołączył do oferty badania zgodności z normą PN - EN 14877:2008. Jest to twierdzenie błędne. Odwołujący złożył wraz z dokumentacją ofertową badania zgodności z normą PN - EN 14877:2008. Fakt, iż nie wszystkie parametry nawierzchni wskazane w dokumentacji przetargowej znajdują swoje odzwierciedlenie w treści wyników badań jest konsekwencją tego, że norma PN - EN 14877:2008 nie przewiduje badań np. współczynnika poślizgu taką metodą jak wymagał Zamawiający, tylko odnosi się do parametru tarcia.

Współczynnik poślizgu w Test Report MPA STUTTGART Otto - Graf - Institut Materialprufungsanstalt znajduje się w tabeli 1 testu i oznaczony jest jako „współczynnik tarcia". Wykonywany jest on inną metodą badań niż parametr współczynnika poślizgu wymagany przez Zamawiającego. Aby nawierzchnia spełniała wymagania normy PN - EN

14877:2008 współczynnik tarcia powinien mieścić się w przedziale 55-110. Podany przez Zamawiającego w SIWZ i dokumentacji technicznej współczynnik poślizgu w stanie suchym > lub = 0,35, w stanie mokrym > lub = 0,30 dla nawierzchni poliuretanowej boiska wielofunkcyjnego jest badany tylko i wyłącznie przez normę niemiecką DIN, co oczywiście Wykonawca potwierdził w załączonej do oferty karcie technicznej oferowanej nawierzchni poliuretanowej. Wobec powyższego twierdzenie Zamawiającego tym samym jest dla Odwołującego zupełnie niezrozumiałe, gdyż oferowana nawierzchnia spełnia wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry.

Odnosząc się do twierdzenia o niezgodności LABORATORY TEST REPORT of „Herculan SR Olimpie Track Sample" i KARTY TECHNICZNEJ NAWIERZCHNI SPORTOWEJ HERCULAN SR OLYMPIC - PEŁEN SYSTEM POLIURETANOWY wskazać należy, iż w karcie technicznej doszło do oczywistej omyłki podczas wpisywania do niej wyników badań. Omyłka ta jest tak oczywista (zamieniono dane), że nie może być dyskwalifikować obu tych dokumentów.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Zamawiający i Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przystępującego po stronie Zamawiającego, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia.. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że do postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienia zgłosił wykonawca Tamex Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 8.1. SIWZ Zamawiający określił warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, które pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, jeżeli wykonawca wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną w zakresie budowy lub przebudowy boisk sportowych lub stadionów lekkoatletycznych spełniających wymogi PZLA lub IAAF Class 1 dla min. kategorii IV, uprawniającej do organizacji zawodów rangi mistrzostw Polski o niepełnym programie konkurencji, o całkowitej wartości co najmniej 3 000 000 zł brutto każda z załączeniem dowodów potwierdzających, że roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a wykonany obiekt znajduje się na liście stadionów zweryfikowanych przez PZLA lub IAAF.

Zamawiający określił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów (…). W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu,

iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności

przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Do SIWZ załączono wzór zobowiązania i wskazano, że pisemne zobowiązanie musi zawierać co najmniej: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący wykonawca w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożył nowy wykaz robót z poświadczeniem należytego ich wykonania, gdzie wskazał robotę wykonaną przez Kanstet OU z siedzibą w Tallinie w Estonii na rzecz LLC BSV Trading Ukraina w projekcie RSC Olympisky Donetsk. Wraz z wykazem Odwołujący złożył pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego Kanstet do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów posiadanej wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie stwierdzało, że:

1. w pkt „zakres dostępnych wykonawcy zasobów", gdzie należało wpisać nazwę, przedmiot zrealizowanych zamówień, podczas których zdobyto doświadczenie, będące przedmiotem niniejszego zobowiązania; Odwołujący wpisał: „Doświadczenie w wykonaniu przebudowy stadionu lekkoatletycznego spełniającego wymagania IAAF Class 1, Stadion RSC Olympisky, Donieck, Ukraina";
2. w pkt „sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia", gdzie należało wpisać w jaki sposób wiedza i doświadczenie podmiotu będzie wykorzystana podczas realizacji zamówienia, np. czy będzie wykonywał część zamówienia jako podwykonawca, czy będzie udzielał konsultacji, na czym będą polegały konsultacje, jak często będą udzielane i w jakich sytuacjach; Odwołujący wpisał: „Konsultacje w zakresie sposobu prowadzenia prac, prac polegających na wykonaniu nawierzchni lekkoatletycznej bieżni i nawierzchni boiska z trawy naturalnej. Konsultacje cotygodniowe lub w razie potrzeby";
3. w pkt „charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem" należało wpisać rodzaj/charakter umowy jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób; Odwołujący wpisał: „Dwustronna umowa o sprawowanie nadzoru";
4. w pkt „zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia" należało wpisać, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia, jeśli tak to w jakim zakresie"; Odwołujący wpisał: „Konsultacje w zakresie sposobu prowadzenia prac, prac polegających na wykonaniu nawierzchni lekkoatletycznej bieżni i nawierzchni boiska z trawy naturalnej.";

5. w pkt „okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia" należało wpisać okres, w którym wiedza i doświadczenie będzie udostępniona wykonawcy; Odwołujący wpisał: „W okresie realizacji zamówienia."

Zamawiający oceniając ofertę stwierdził, że pisemne zobowiązanie nie potwierdza realnego przekazania tego zasobu oraz że nie będzie ono mogło być wykorzystane przez wykonawcę w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia. Wykonawca określił, że przekazanie doświadczenia nastąpi w formie cotygodniowych konsultacji lub w razie potrzeby w zakresie sposobu prowadzenia prac polegających na wykonaniu nawierzchni lekkoatletycznej bieżni i nawierzchni boiska z trawy naturalnej. Zobowiązanie nie wskazywało jakie osoby będą udostępnione przez podmiot trzeci w charakterze doradców, czy posiadają doświadczenie oraz w jaki sposób ewentualne doświadczenie tych osób będzie przekazane, skoro podmiot trzeci nie będzie wykonywał jakiejkolwiek części przedmiotu zamówienia. Zakres zobowiązania został ograniczony do konsultacji w prowadzeniu prac polegających na wykonaniu nawierzchni lekkoatletycznej bieżni i nawierzchni boiska z trawy naturalnej i nie obejmuje innych prac dotyczących przedmiotu zamówienia.

Dlatego też wykonawca Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto, Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu, a część złożonych dokumentów nie potwierdzała minimalnych parametrów określonych SIWZ.

W punkcie 3.3.3. SIWZ Zamawiający określił minimalne, podstawowe parametry techniczne nawierzchni poliuretanowej. W celu potwierdzenia parametrów Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowany przedmiot wymagań określonych przez Zamawiającego.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej, dotyczących oceny prawidłowości wykluczenia Odwołującego z postępowania, wskazać należy, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą". W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych

sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Zgodnie z prawem unijnym, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona, dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach" i w „przypadku konkretnego zamówienia".

Dalej, dostrzec należy, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest wskazanym przykładowo w art. 26 ust. 2b Pzp środkiem dowodowym służącym ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który - nie posiadając własnej zdolności do wykonania zamówienia - zamierza oprzeć się na zasobach innych podmiotów. Ustawodawca nie ograniczył środków dowodowych wykonawcy do przedstawienia „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego". W konsekwencji, wykonawca przedstawiając dowody na dostępność zasobów podmiotu trzeciego ma prawo do przedstawienia wybranych przez siebie dokumentów potwierdzających istnienie skutecznego zobowiązania podmiotu trzeciego względem wykonawcy do udostępnienia określonych zasobów.

Zamawiający w przygotowanych wzorach dokumentów do SIWZ wskazał minimalny zakres informacji, jaki powinien wynikać z zobowiązania. Choć Odwołujący postąpił zgodnie z instrukcją do SIWZ, powyższe nie oznacza, że ta minimalna treść udowodniła, że wykonawca w sposób realny dysponował będzie przekazywanymi mu zasobami na etapie wykonywania zamówienia. To od wykonawcy zależy jaki wybierze on sposób na zaprezentowanie realności udostępnienia. Dopiero na rozprawie Odwołujący złożył umowę o współpracy z podmiotem trzecim. Izba nie uznała jej wartości dowodowej za wystarczającą do uwzględnienia zasadności zarzutu. Przedmiotem oceny w postępowaniu odwoławczym jest czynność lub zaniechanie Zamawiającego badane w granicach okoliczności faktycznych i prawnych podniesionych w odwołaniu, a wynikających z oceny oferty dokonanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Umowy o współpracy z 4 marca 2015 r. Konsorcjum nie złożyło Zamawiającemu, mimo że mogło i powinno to uczynić już w momencie wezwania do uzupełnienia dokumentów, jako dopełnienie treści zobowiązania. Izba uznała, że złożenie tej umowy dopiero na etapie rozprawy, potwierdza niewystarczającą treść zobowiązania i prawidłowość czynności Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum.

Zamawiający oceniając otrzymane zobowiązanie, musi ustalić, czy pomimo braku własnego doświadczenia i wiedzy wykonawca posiłkujący się potencjałem podmiotu trzeciego, rzeczywiście uzyska jego wsparcie na etapie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Po stronie wykonawcy leży ciężar udowodnienia Zamawiającemu rzeczywistego sposobu wykorzystania potencjału przy

wykonaniu zamówienia, a więc z uwzględnieniem zakresu udostępnionego zasobu i specyfiki konkretnego zamówienia, co należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia (tak wyrok KIO z 29 listopada 2013 r. KIO 2654/13).

Treść zobowiązania podlega zatem ocenie w kontekście realności, rzeczywistości

udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci, zwłaszcza w sytuacji, gdy owo zobowiązanie jest jedynym dokumentem, z którego wynika dostępność powołanych zasobów dla wykonawcy w czasie wykonania zamówienia. Sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia nie może podlegać domysłom i dedukcji Zamawiającego, gdyż wykazanie tej kwestii jest wyłącznym obowiązkiem wykonawcy (tak wyrok KIO z 17 listopada 2014 r., KIO 2295/14, KIO 2305/14).

W ocenie składu orzekającego Izby, słusznie Zamawiający zakwestionował prawidłowość złożonego przez Odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego. Mimo, że zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy Pzp nie jest uzasadnione zawężanie udziału podmiotu w wykonaniu zamówienia wyłącznie do podwykonawstwa, to powołanie się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, który nie będzie podwykonawcą w zakresie w jakim udostępnił swe zasoby, powinno być badane szczególnie wnikliwie, tak aby uznając takie zobowiązanie za dostateczny środek dowodowy, Zamawiający będzie mógł liczyć na wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię dostatecznej wiedzy i doświadczenia, koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia.

Treść zobowiązania podmiotu trzeciego Kanstet OU ogranicza udostępniany zasobów i sposobu jego wykorzystania przy realizacji zamówienia do konsultacji przy prowadzeniu prac polegających na wykonaniu nawierzchni bieżni i boiska z trawy naturalnej. Słusznie na rozprawie Zamawiający i Przystępujący podkreślali, że wobec takiej treści zobowiązania, udostępnienie ma charakter fragmentaryczny, odnosi się do niewielkiej części dość skomplikowanego przedmiotu zamówienia. Nie wiadomo, czego mają dotyczyć owe konsultacje, ani w jaki sposób mają wpłynąć na zdolność Konsorcjum do wykonania zamówienia. Ma to o tyle istotne znaczenie przy ocenie wiarygodności wykonawcy, ponieważ podmiot ten tylko poprzez udostępniony zasób podmiotu trzeciego wykazywał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Skoro więc Odwołujący nie dysponował samodzielnie wymaganym doświadczeniem, a zobowiązanie obejmowało tylko część przedmiotu zamówienia, to treść tego zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantowała Zamawiającemu choćby w minimalnym stopniu, że wiedza i doświadczenia podmiotu trzeciego znajdą jakiekolwiek przełożenie na status Odwołującego przy realizacji zadania wynikającego z umowy i że przede wszystkim wykonawca taki będzie w stanie w pozostałym zakresie samodzielnie zrealizować zamówienia, choć nie posiada doświadczenia w realizacji podobnych obiektów sportowych.

Zgodzić należy się również ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego, że nie jest możliwe ponowne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, czy też wezwanie do złożenia wyjaśnień. Procedura uzupełniania dokumentów została już przez Zamawiającego wyczerpana, a ponieważ to Wykonawca w wyniku tego uzupełnienia powołał się na zupełnie nowe doświadczenie, użyczone przez podmiot trzeci, to po jego stronie spoczywał ciężar wykazania, że owo użyczenie nosi znamiona realności.

W odniesieniu do zarzutów odrzucenia oferty Odwołującego, wskazać należy, że Zamawiający w sposób precyzyjny i szczegółowy określił katalog dokumentów, które potwierdzać mają spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań ustalonych zapisami SIWZ. Słuszne są twierdzenia Zamawiającego, że do karty technicznej oferowanej nawierzchni powinny być dołączone: badania zgodności z normą PN-EN 14877:2008 lub aprobata techniczna ITB lub rekomendacja techniczna ITB lub wynik badania specjalistycznego laboratorium posiadającego atest IAAF. To jeden z tych czterech rodzajów dokumentów miał potwierdzać parametry widoczne w karcie technicznej. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że jeżeli jakiś parametr nie wynikał z karty technicznej, to można było wykazać jego prawidłowość przez złożenie innego dokumentów. W ocenie składu orzekającego Izby karta techniczna i jeden ze wskazanych dokumentów miały stanowić komplet i potwierdzać wskazane parametry nawierzchni. Warto także zauważyć, że do tej części zarzucanej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący nie odniósł się ani w treści odwołania, ani też na rozprawie. Swoją argumentację strona odwołująca sprowadziła do twierdzenia, że ofertę wykonawcy, a więc wszystkie znajdujące się w niej dokumenty, postrzegać należy jako całość. Twierdzenie to być może zasługiwałoby na aprobatę, gdyby nie zapisy SIWZ przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Co do dokumentów, które potwierdzać miały parametr współczynnika poślizgu, to Odwołujący nie wykazał,

że pomiędzy współczynnikiem tarcia, do którego odnosiły się załączone badania a współczynnikiem poślizgu można postawić znak równości, a różnica polega tylko na odmiennym sposobie prezentacji wartości w odniesieniu do jednostek. Nie wynikało to z dokumentów złożonych na rozprawie, co więcej część z tych dokumentów nie dotyczyła produktów zaoferowanych przez Wykonawcę. Powyższe wskazuje, że Odwołujący nie dostosował się do wymagań Zamawiającego w zakresie oferowanej nawierzchni przeznaczonej na boisko i nawierzchni bieżni.

Zupełnie niezrozumiałe są także argumenty odwołania dotyczące oczywistej omyłki w karcie technicznej. Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, analiza dokumentacji nie pokazuje o jakiej omyłce Odwołujący pisze, wydaje się bowiem iż w obu miejscach wspomniane są takie same wartości i parametry. Tymczasem oczywista omyłka powinna być łatwa do stwierdzenia i poprawienia dla każdego.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.
W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy, usługi bądź też roboty budowlanej, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, parametrów minimalnych, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.
W ocenie Izby taką ofertę złożył w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący, ponieważ nie wykazał, że minimalne parametry zostaną spełnione przez oferowany produkt przy wykonywaniu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i stanowisko składu orzekającego, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.
w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:……..