

WYROK

Warszawa, dnia 19 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa ADMAR A.M. w Świętochłowicach w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Ośrodek Rekreacji i Wypoczynku w Grudziądzu

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy 3Sixty Sports Sp. z o.o. w Samokłeskach Dużych
orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 1.1. 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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.1. zasądza od Odwołującego A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa ADMAR A.M. na rzecz Zamawiającego Miejski Ośrodek Rekreacji i Wypoczynku w Grudziądzu kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: Zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3907/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Miejski Ośrodek Rekreacji i Wypoczynku w Grudziądzu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: dostawę z montażem zgodnych z nową homologacją band pneumatycznych na stadionie żużlowym, numer referencyjny: MORiW:272.76.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 grudnia 2023 r., pod nr: 2023/BZP 00533080/01. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 27 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie A.M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa „ADMAR” A.M. w Świętochłowicach, od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę 3Sixty Sports Sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty Odwołującego, w tym nieprzyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący przygotował prawidłowe wyjaśnienia w sprawie treści złożonej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia:

- 1) art. 204 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej „PZP”) w zw. z art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP w zw. z art. 240 ust. 2 PZP poprzez wybór oferty wykonawcy 3Sixty Sports Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy prawidłowa weryfikacja dokumentów składających się na ofertę tego wykonawcy wskazuje na to, iż nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w porównaniu do oferty Odwołującego;
- 2) art. 204 ust. 1 PZP w związku z art. 239 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego, chociaż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert i nie powinna podlegać odrzuceniu;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia,

co zostało przez Odwołującego szczegółowo Zamawiającemu wykazane i nie powinna podlegać odrzuceniu;

4)art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP, tj. podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, takich jak zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze tak sformułowane zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 3.dokonania ponownego badania i oceny pozostałych ofert wraz z dokonaniem wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ponadto, wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania, A.M. wskazał, że w wyniku procedury wyjaśniania treści oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym posiadania dokumentu potwierdzającego dopuszczenie bandy do użytkowania do wskazanego typu zawodów, wydanego przez właścicieli praw do organizacji tych zawodów, Zamawiający uznał, że dokument homologacyjny FIM Międzynarodowego Związku Motorowego ze Szwajcarii – „Fim Racing Homologation Programme For Barriers” – Homologation Notice (dalej jako: „Homologacja FIM”), przedłożony przez Odwołującego, aby organizować zawody tego typu nie jest wystarczającym. Zamawiający zaznaczył, że w przypadku organizacji wymienionych typów zawodów, banda będzie musiała posiadać dokument potwierdzający dopuszczenie bandy do użytkowania do wskazanego typu zawodów wydany przez One Sport i WBD Sports Events firmy, gdyż to one są promotorem i organizatorem zawodów.

Odwołujący z kolei wyjaśnił, że według jego rozumienia treści oferty, Homologacja FIM jest wystarczającą i spełnia kryteria Zamawiającego. Podkreślił, że z daleko posuniętej ostrożności, skierował zapytania do koordynatora FIM – Laurenta Hachfi o zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie, a także P.S. z Polskiego Związku Motorowego. P.S. podkreślił, że „dla PZM obowiązująca jest jedynie aktualna homologacja bandy wydana przez FIM”, którą Odwołujący posiada. Jednocześnie, po uzyskaniu informacji od Zamawiającego o podmiotach – organizatorach, Odwołujący zwrócił się także do firmy One Sport i WBD Sports Events o informacje w tym zakresie oraz o wydanie stosownego dokumentu, na podstawie już posiadanej ważnej Homologacji FIM, która według Odwołującego jest jednak wystarczająca. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w dokumentacji zamówienia nie wskazał na rodzaj wymaganego dokumentu, nazwy podmiotów, które miały wydać przedmiotowy dokument i nie wykluczył możliwości przyjęcia Homologacji FIM. Zamawiający wymagał jedynie, by banda była dopuszczona do użytkowania podczas zawodów Indywidualnych Mistrzostw Świata (Speedway Grand Prix), Drużynowego Pucharu Świata (Speedway World Cup) oraz Indywidualnych Mistrzostw Europy (Speedway European Championship) oraz posiadała dokument potwierdzający dopuszczenie do tego typu zawodów wydany przez właścicieli praw do organizacji tych zawodów. Zdaniem Odwołującego, podmioty takie jak One Sport i WBD Sports Events nie mają uprawnienia do tego, aby w jakikolwiek sposób uzurpować sobie prawo do nadawania uprawnień dla już homologowanej bandy żużlowej, zważywszy na fakt, że obie firmy nie są jednostkami badawczymi ani certyfikującymi, które miałyby kompetencje w tym zakresie, a jedynie firmami, które są promotorami i organizatorami rzeczonych zawodów. Jak również podniósł Odwołujący, na stronie 4 Homologacji FIM, wymieniono wszystkie zawody wskazane przez Zamawiającego, co oznacza, że oferowany przez Odwołującego model bandy może być dopuszczony do zawodów indywidualnych Mistrzostw Świata (Speedway Grand Prix), Drużynowego Pucharu Świata (Speedway World Cup) oraz Indywidualnych Mistrzostw Europy (Speedway European Championship). Oferowana przez Odwołującego banda spełnia również inne wymagania Zamawiającego, tj.: „Banda pneumatyczna typu APD A Plus+:

- musi być zgodna z przepisami regulaminu FIM: „Normy dla torów do wyścigów torowych (STRC),
- musi posiadać ważną homologację FIM,
- musi być zamontowana w sposób uzgodniony dla danego toru z GKSŻ,
- musi być zgodna z przepisami Regulaminu torów dla zawodów motocyklowych na żużlu”.

W związku z czym Odwołujący podkreślił, że zaoferowana przez niego banda jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, Odwołujący przedłożył wymagane dokumenty, a Zamawiający odrzucając przedmiotową ofertę, naruszył dyspozycję wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP. Odwołujący wskazał również, że skoro dokumentacja Zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna to nie można negatywnymi skutkami obciążać wykonawców, ale Zamawiającego. Jak podkreślił: „Odwołujący nie mógł posiadać wiedzy, że dokument homologacyjny, który spełnia wymagania Zamawiającego, nie będzie przez niego uznany za wystarczający. (...) dokument homologacyjny FIM jest honorowany na całym świecie, jest dokumentem międzynarodowym, a więc tym bardziej niezasadne jest podważanie jego znaczenia dla przedmiotowej sprawy przez Zamawiającego.” Ponadto, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający błędnie przyjął, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, czym naruszył ponadto wyrażoną w art. 16 pkt. 1, 2 i 3 PZP zasadę uczciwej konkurencji.

Na rozprawie, pełnomocniczki Odwołującego podnosiły dodatkowo, iż w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie

wskazał jakiego rodzaju dokument powinien złożyć wykonawca, nie wiadomo jakie okoliczności i jakie właściwości bandy miałyby potwierdzać dokument organizatorów zawodów, ponadto, dopiero dnia 19 grudnia 2023 Odwołujący dowiedział się od Zamawiającego, kto jest organizatorem zawodów. Oświadczyły również, iż Odwołujący nie kwestionuje, że One Sport i WBD są organizatorami zawodów, o których mowa w SWZ, ale jego zdaniem te podmioty nie mają prawa wydawania dopuszczenia do zawodów.

W odpowiedzi z dnia 12 stycznia 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego. Na rozprawie podniósł, że wg umowy o homologację, którą przedstawił Odwołujący, homologacja nie potwierdza, że banda Odwołującego została dopuszczona do użytkowania podczas Mistrzostw Europy, więc nawet gdyby założyć, że ten dokument miałby potwierdzać, że banda spełnia wymogi organizatorów, to i tak nie dotyczy to wszystkich zawodów wymienionych w SWZ. Co więcej, o bezzasadności stanowiska Odwołującego świadczy fakt, że – wobec podnoszonego przez niego braku zrozumienia treści SWZ w kwestionowanym zakresie – nie zwrócił się on do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ, ani w przewidzianym terminie nie zaskarżył tego dokumentu do KIO. Dodał, że dla Zamawiającego jasne jest, że te podmioty nie mają uprawnień do certyfikacji, ale mogą kształtować wymagania dot. organizacji zawodów. Natomiast, wiedza o tym, kto organizuje zawody jest dostępna na stronach internetowych.

Przystępujący po stronie Zamawiającego w piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na jego bezzasadność. Na rozprawie dodatkowo wyjaśnił, iż prawa do organizacji mistrzostw zostały sprzedane przedsiębiorstwu komercyjnym. Homologacja FIM ma zadanie potwierdzić bezpieczeństwo zawodów, lecz FIM nie bada aspektów marketingowych. Podkreślił, że banda jest nośnikiem marketingowych informacji, a homologacja nie odnosi się do ekspozycji logotypów sponsorów itp. Z tych powodów, jego zdaniem One Sport i WBD mogą odmówić organizacji na stadionie Zamawiającego zawodów jeżeli banda użytkowana na tym stadionie nie będzie spełniać wymagań organizatorów. Dlatego jest to tak ważna okoliczność dla Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, zostało wniesione w terminie oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący jest bowiem wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Jego zdaniem, w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznej oferta Odwołującego, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a tym samym zamówienie powinno zostać udzielone Odwołującemu.

Izba stwierdziła skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, które zgłosiła 3Sixty Sports Sp. z o.o. („Przystępujący”). Zostało ono zgłoszone w przewidzianym ustawą terminie oraz w wymaganej przepisami prawa formie. 3Sixty Sports Sp. z o.o. ma nie budzący wątpliwości interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego.

W postępowaniu, wpłynęły do Zamawiającego dwie oferty: Odwołującego z ceną 241.387,50 zł oraz Przystępującego z ceną 276.750,00 zł. Kryterium oceny ofert stanowiły: cena 60% oraz gwarancja 40%, przy czym Zamawiający ocenił ofertę Przystępującego przyznając jej 100 pkt, zaś oferta Odwołującego została odrzucona. Biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert – Odwołujący złożył ofertę, która powinna być wyżej oceniona ze względu na niższą cenę oraz taki sam czas trwania udzielanej gwarancji na przedmiot zamówienia (60 m-cy).

Odwołujący wskazał również, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, poprzez nieosiągnięcie przychodów możliwych do uzyskania w toku wykonywania zamówienia.

Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa z montażem zgodnie z nową homologacją band pneumatycznych na stadionie żużlowym. W załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał wymagania dla stanowiącej przedmiot dostawy bandy pneumatycznej, w szczególności:

„Banda pneumatyczna typu APD A Plus+:

- musi być zgodna z przepisami regulaminu FIM: „Normy dla torów do wyścigów torowych (STRC),
- musi posiadać ważną homologację FIM,
- musi być zamontowana w sposób uzgodniony dla danego toru z GKSŻ.
- musi być zgodna z przepisami Regulaminu torów dla zawodów motocyklowych na żużlu.”

Zamawiający zastrzegł również w Opisie przedmiotu zamówienia, iż: „Banda musi być dopuszczona do użytkowania podczas zawodów Indywidualnych Mistrzostw Świata (Speedway Grand Prix), Drużynowego Pucharu Świata (Speedway World Cup) oraz Indywidualnych Mistrzostw Europy (Speedway European Championship) oraz posiadać dokument potwierdzający dopuszczenie do tego typu zawodów wydany przez właścicieli praw do organizacji tych zawodów.”

Zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych.

Dnia 15 grudnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 PZP z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, poprzez udzielenie odpowiedzi na zadane pytania, w tym:

1. Czy Wykonawca posiada dokument potwierdzający dopuszczenie oferowanej bandy do zawodów indywidualnych Mistrzostw Świata (Speedway Grand Prix), Drużynowego Pucharu Świata (Speedway World Cup) oraz Indywidualnych Mistrzostw Europy (Speedway European Championship), a jeśli tak to proszę wyjaśnić kto i z jaką datą wystawił i podpisał taki dokument?
2. Czy Wykonawca posiada dokument potwierdzający dopuszczenie trójkątów zabezpieczających i reklamowych do użytkowania podczas zawodów organizowanych przez Ekstraligę Żużlową oraz 1 Ligę Żużlową, a jeśli tak to proszę wyjaśnić kto i z jaką datą wystawił i podpisał taki dokument?
3. Czy Wykonawca posiada ważną homologację FIM na bandę?

W piśmie z dnia 18 grudnia 2023 r., Odwołujący wskazał, iż w zakresie odpowiedzi na punkt 1 i punkt 2: „Tak – Wykonawca posiada ważną homologację na nowy model bandy pneumatycznej żużlowej uzyskany w marcu 2023 roku, ważny przez kolejne 5 lat, zgodnie z wytycznymi FIM. Urządzenie to jest dopuszczone do wszystkich wymienionych poniżej zawodów. Dokument homologacji jest dokumentem międzynarodowym uprawniającym do powyższego. Przedmiotowa homologacja została udzielona po przeprowadzeniu wszelkich testów zgodnie z wytycznymi FIM w laboratorium wyznaczonym przez FIM w Hiszpanii. Homologacja dotyczy bandy pneumatycznej w całości.”

W kolejnym piśmie z dnia 19 grudnia 2023 r. Zamawiający wskazał, iż treść pisma F.P.H.U. Admar jest niewystarczająca i w zasadzie nie zawiera odpowiedzi na pytanie, bowiem: „Na chwilę obecną właścicielem praw są firmy One Sport i WBD Sports Events. W przypadku organizacji w/wym. typu zawodów banda będzie musiała posiadać dokument potwierdzający dopuszczenie bandy wydany przez te dwie firmy, gdyż to one są promotorem i organizatorem zawodów. Homologacja FIM, aby organizować zawody tego typu nie jest wystarczająca.” W odpowiedzi, Odwołujący zwrócił się o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień, z powodu konieczności pozyskania dodatkowych dokumentów na potwierdzenie dopuszczenia oferowanej bandy do zawodów indywidualnych Mistrzostw Świata (Speedway Grand Prix), Drużynowego Pucharu Świata (Speedway World Cup) oraz Indywidualnych Mistrzostw Europy (Speedway European Championship). Jednocześnie Odwołujący wskazał, że jego zdaniem, do potwierdzenia powyższego, wystarczające jest przedłożenie dokumentu homologacji FIM, bowiem na stronie 4 dokumentu wskazano wszystkie zawody i imprezy żużlowe, gdzie zgodnie z udzieloną homologacją oferowany model bandy może być dopuszczony do zawodów indywidualnych, a to wyżej wymienionych. Wskazał ponadto, iż: „W celu uzupełnienia naszego stanowiska, zwróciliśmy się 20 grudnia 2023 r. do koordynatora FIM Pana Laurenta Hachfi o zajęcie stanowiska w przedmiotowej sprawie, a także Pana P.S. – osobę odpowiedzialną z ramienia Polskiego Związku Motorowego. Jednocześnie informujemy, że zwrócimy się także do firmy One Sport i WBD Sports Events o informację w tym zakresie oraz o wydanie stosownego dokumentu na podstawie już posiadanej ważnej homologacji FIM.”

W dniu 20 grudnia 2023 r. Pani I.M., pełnomocnik wykonawcy A.M. drogą e-mail zwróciła się do P.S. () o informację, że nie kwestionuje on ważności homologacji tego wykonawcy, oraz że przedmiotowe bandy żużlowe ABS A plus mogą być użytkowane na wszelkich zawodach i rozgrywkach wymienionych w załączniku Homologacji i w dokumentach podpisanych przez FIM. W odpowiedzi, dnia 21 grudnia 2023 r., P.S. wskazał, iż „Dla PZM obowiązująca jest jedynie aktualna homologacja bandy wydana przez FIM. Warunki przetargu to odrębna sprawa, którą reguluje nabywca dla oferentów.”

Dnia 21 grudnia 2023 r. Odwołujący zwrócił się drogą elektroniczną do One Sport () z prośbą o wystawienie stosownego dokumentu dotyczącego homologowanej przez Odwołującego zgodnie z wytycznymi FIM bandy żużlowej, a tym samym o jej możliwość użytkowania podczas zawodów indywidualnych Mistrzostw Świata (Speedway Grand Prix), Drużynowego Pucharu Świata (Speedway World Cup) oraz Indywidualnych Mistrzostw Europy (Speedway European Championship) organizowanych między innymi na stadionie żużlowym w Grudziądzu. Korespondencja pozostała bez odpowiedzi.

Pismem z dnia 22 grudnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Decyzję o odrzuceniu oferty uzasadnił faktem, że na dzień składania ofert oferowana przez Odwołującego banda nie spełniała warunków zamówienia określonych w SWZ, skoro Odwołujący w odpowiedzi na pismo Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, czy banda, którą zamierza dostarczyć Zamawiającemu spełnia wymogi SWZ dotyczące dopuszczenia do użytkowania podczas wskazanych zawodów i czy posiada dokument potwierdzający to dopuszczenie wydany przez właścicieli praw do organizacji tych zawodów, wykonawca oświadczył, że potrzebuje więcej czasu na pozyskanie dokumentów, które pozwolą mu spełnić wymóg określony w przedmiocie zamówienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 12 stycznia 2024 r., w tym w szczególności:

- Ogłoszenie o zamówieniu nr 2023/BZP 00533080 z dnia 5 grudnia 2023 r.,
 - SWZ wraz z załącznikami,
 - pytania z dnia 6 grudnia 2023 r. i wyjaśnienia do SWZ,
 - Oferty Wykonawców
 - Informacja z otwarcia ofert z 13 grudnia 2023 r.,
 - Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 22 grudnia 2023 r.
 - Korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z wykonawcami w trybie wyjaśnienia treści ofert wraz z odpowiedziami tych wykonawców,
 - dokument homologacyjny FIM - Międzynarodowego Związku Motorowego ze Szwajcarii – „Fim Racing Homologation Programme For Barriers” – Homologation Notice wraz z tłumaczeniem na język polski,
- 2) dokumentację załączoną do odwołania, w tym:
- e-mail do One Sport z dnia 21 grudnia 2023 r.,
 - korespondencję mailową z 20 grudnia 2023 r. z P.S.,
- 3) dowody złożone przez pełnomocnika Odwołującego na rozprawie, w tym:
- opisy przedmiotów zamówień: Miejska Arena Kultury i Sportu, Gdański Ośrodek Sportu, Ośrodek Sportu i Rekreacji Skalka w Świętochłowicach,
 - Regulamin torów żużlowych STRC - Normy dla torów wyścigowych oraz Regulamin PZMot,
- 4) dowody złożone przez pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie, w tym:
- tłumaczenia na język polski umowy o homologacje złożonej przez Odwołującego,
 - zaświadczenia firmy One Sports,
 - screeny ze stron internetowych,
- 5) dowody złożone przez pełnomocnika Przystępującego na rozprawie, w tym:
- 2 fotografie band stadionowych.

Izba pominęła wniosek o dopuszczenie jako dowodu w sprawie: korespondencji mailowej z 20 grudnia 2023 r. z L.H. oraz Homologacji i Homologation Notice Agreement FIM załączonych do odwołania, które zostały złożone w języku angielskim bez dołączonego tłumaczenia. Zgodnie bowiem z art. 506 ust. 2 PZP, wszystkie dokumenty przedstawia się w postępowaniu odwoławczym w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie – oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, gdyż jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP). W konsekwencji, Zamawiający prawidłowo wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego.

Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie zastrzegł w Opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ), że zamówiona banda musi być dopuszczona do użytkowania podczas wymienionych tam zawodów oraz posiadać dokument potwierdzający dopuszczenie do tego typu zawodów wydany przez właścicieli praw do organizacji tych zawodów. Jakkolwiek Zamawiający nie wymagał dołączenia tego dokumentu do oferty, to jednak zgodnie z ww. wymogami, oferowana banda powinna posiadać taki dokument, a tym samym – wykonawca winien nim dysponować w momencie złożenia oferty.

Bezsporny pozostawał fakt, iż właścicielami praw do organizacji zawodów, na których Zamawiający chciał użytkować bandy i organizatorami tych zawodów są firmy: One Sport i WBD Sport Events. Odwołujący nie kwestionował tego faktu, podnosił jedynie, że firmy te nie mogą przyznawać sobie prawa o nadawania uprawnień dla już homologowanej bandy żużlowej, skoro nie są jednostkami badawczymi ani certyfikującymi. Zamawiający nie wymagał jednak certyfikacji ani homologacji wydanej przez te podmioty i nie kwestionował, że podmioty te nie są uprawnione by taką certyfikację lub homologację przeprowadzać.

Ponadto, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie wskazał w OPZ nazw podmiotów, które miały wydać przedmiotowy dokument. W tym kontekście należy zauważyć, iż Odwołującemu na etapie przed składaniem ofert służyły instrumenty mające na celu wyjaśnienie treści SWZ, w tym uprawnienie do skierowania do Zamawiającego pytania odnośnie ww. kwestii. Sam Odwołujący wskazywał, że „według jego zrozumienia treści dokumentacji zamówieniowej, dokumentem potwierdzającym dopuszczenie do tego wskazanego typu zawodów, jest dokument homologacyjny FIM.”, pomimo, iż w treści SWZ wskazano jednoznacznie, że chodzi o dokument wydany przez właścicieli praw do organizacji zawodów Indywidualnych Mistrzostw Świata (Speedway Grand Prix), Drużynowego Pucharu Świata (Speedway World Cup) oraz Indywidualnych Mistrzostw Europy (Speedway European Championship).” Wykonawca jako profesjonalista powinien orientować się w tego typu kwestiach, co więcej tego typu wiedza jest łatwo i powszechnie dostępna. Przy czym, Zamawiający tak opisał ten warunek, by był spełniał on wymogi art. 99 i nast. PZP, tj. był jednoznaczny, a zarazem opisywał wymagane cechy dostawy i był elastyczny (np. w razie zmiany organizatorów). Odwołujący winien nabrać wątpliwości co do swojego rozumienia ww. postanowienia SWZ choćby przez sam fakt, że Zamawiający użył liczby

mnożej „właścicieli praw”, a nie „właściciela praw.” Co więcej, jeśli Odwołujący kwestionował ten warunek OPZ lub możliwość pozyskania stosownego dokumentu itd. – miał prawo do zaskarżenia treści SWZ na etapie przed składaniem ofert w stosownym terminie. Skoro Odwołujący, aż do czasu skierowania do niego wezwania do wyjaśnienia treści oferty, nie kwestionował treści SWZ, to na obecnym etapie postępowania – tego rodzaju zarzuty są spóźnione. Odwołujący nie może obecnie zasadnie podnosić, iż dokumentacja sporządzona przez Zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, i wobec tego nie można negatywnymi skutkami obciążać wykonawców oraz, że Odwołujący nie mógł posiadać wiedzy, że dokument homologacyjny, który spełnia wymagania Zamawiającego, nie będzie przez niego uznany za wystarczający.

Warto zaznaczyć, iż Zamawiający wyraźnie postawił w SWZ wymóg dysponowania ważną homologacją FIM, niezależnie od dodatkowego wymogu posiadania dokumentu potwierdzającego dopuszczenie bandy do użytkowania podczas wspomnianych rodzajów zawodów. Już sam fakt rozdzielenia wymogów co do posiadanych dokumentów powinien nasunąć Odwołującemu choćby przypuszczenie, że chodzi o dwa różne dokumenty.

Nie jest prawdą, że Homologacja, którą dysponuje Odwołujący potwierdza spełnianie wymagań Zamawiającego. Jakkolwiek, nawet jeśli w treści dokumentu Homologacji wskazano na dopuszczenie do tego typu zawodów homologowanej bandy, to jednak dokument ten nie został wydany przez organizatora tych zawodów, ani przez One Sport i WBD Sport Events, a zatem nie stanowi dokumentu, którego wymagał Zamawiający w SWZ. Tym samym, uznać należało, jak to zasadnie przyjął Zamawiający, że na dzień składania ofert Odwołujący nie dysponował dokumentem potwierdzającym dopuszczenie do tego typu zawodów wydanym przez właścicieli praw do organizacji tych zawodów i jako taka oferta Odwołującego była niezgodna z treścią SWZ. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, Odwołujący wskazał wszak, że wnosi o przedłużenie terminu do złożenia stosownych dokumentów. Zamawiający słusznie również podniósł, iż umowa o homologację nie potwierdza, że homologacja dotyczy również zawodów Mistrzostw Europy, które zamierza organizować Zamawiający. Nawet zatem, gdyby uznać, że Dokument homologacji potwierdzałby spełnienie przez Odwołującego wymogów SWZ (czego Izba nie może potwierdzić), to i tak nie dotyczy to wszystkich wymogów, bo brakuje w tym Dokumentcie odwołania się do Indywidualnych Mistrzostw Europy (Speedway European Championship).

Co więcej, wg Słownika Języka Polskiego PWN – „homologacja” jest czynnością, która obejmuje sprawdzenie urządzenia przed udzieleniem zezwolenia na jego produkcję, eksploatację i sprzedaż. Izba przyjęła za logiczne wyjaśnienie Zamawiającego, iż homologacja FIM to zupełnie inny dokument niż wymogi organizatorów najważniejszych w roku imprez żużlowych takich jak Speedway Grand Prix, Speedway World Cup oraz Speedway European Championship. „Wymogi homologacyjne FIM to przede wszystkim kwestie dot. bezpieczeństwa zawodników natomiast podmioty posiadające prawa do organizacji imprez (...) mają własne wytyczne także o charakterze marketingowym (w zakresie kolorystyki, modułów reklamowych, długości, szerokości, wysokości itp.).” (odp. na odwołanie – s. 4).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający, powinien zatem w tym kontekście, na etapie oceny i badania ofert zweryfikować merytoryczną treść oferty, a więc w tym wypadku zgodność oferowanej dostawy z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w szczególności co do spełnienia wymogów wskazanych w Opisie przedmiotu zamówienia. W tym konkretnym wypadku, Zamawiający w oparciu o art. 223 ust. 1 PZP, mógł żądać od wykonawców wyjaśnień w zakresie kwestii, czy wykonawca posiada dokument potwierdzający dopuszczenie oferowanej bandy do zawodów indywidualnych Mistrzostw Świata (Speedway Grand Prix), Drużynowego Pucharu Świata (Speedway World Cup) oraz Indywidualnych Mistrzostw Europy (Speedway European Championship). Nie ulega wszak wątpliwości, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, w tym, że zaoferowana dostawa przedmiotu zamówienia spełnia wymagania zamawiającego. Zamawiający prawidłowo zbadał ofertę Odwołującego i miał przesłanki ku temu, by ją odrzucić.

W konsekwencji powyższego, naruszenia w postępowaniu nie doznała również zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, na którą powołał się Odwołujący w odwołaniu. Zamawiający w kontekście przedmiotu odwołania – zapewnił przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców – postawił wyraźnie opisany w SWZ wymóg, a w kontekście badania jego spełnienia zwrócił się równocześnie do obu wykonawców z wezwaniem do wyjaśnień. Obaj wykonawcy zostali potraktowani w tym zakresie równo, z tym, że skoro jeden z nich, tj. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie był w stanie potwierdzić, że jego oferta jego zgodna z warunkami zamówienia – zatem Zamawiający był zobowiązany odrzucić jego ofertę.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1 i art. 554 ust. 1 PZP, orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: