

**WYROK**

**z dnia 21 września 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodnicząca:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 września 2020r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2020r. **przez odwołującego:** AGZ Sp. z o.o. ul. Generała Hallera 6/3; 38-400 Krosno w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Muzeum Podkarpackie w Krośnie ul. Józefa Piłsudskiego 16; 38-400 Krosno

**przy udziale przystępującego:** Cerbex Sp. z o.o. ul. Lwowska 14, 38-400 Krosno **po stronie zamawiającego**

**orzeka**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty przystępującego po stronie zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej i nakazuje odrzucenie oferty odwołującego oraz nakazuje zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert w tym wezwanie przystępującego po stronie zamawiającego na podstawie art.24 ust.10 ustawy Pzp. do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji
2. Kosztami postępowania obciąża Muzeum Podkarpackie w Krośnie ul. Józefa Piłsudskiego 16; 38-400 Krosno i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez AGZ Sp. z o.o. ul. Generała Hallera 6/3; 38-400 Krosno tytułem wpisu od odwołania

- 2.1. zasądza od Muzeum Podkarpackie w Krośnie ul. Józefa Piłsudskiego 16; 38-400 Krosno kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz AGZ Sp. z o.o. ul. Generała Hallera 6/3; 38-400 Krosno stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 Krośnie

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

### Odwołanie

Odwołanie wniesione w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i wykonanie instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim, instalacji okablowania strukturalnego oraz modernizację systemu CCTV w Skansenie Archeologicznym Karpacka Troja w Trzcinicy w ramach zadania Poprawa infrastruktury Muzeum Podkarpackiego w Krośnie dofinansowanego ze środków Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Program: Infrastruktura Kultury”, nr sprawy MPK. 261.3.2020.AG, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Muzeum Podkarpackie w Krośnie.

Czynność podjęta na podstawie informacji/zawiadomienia zamawiającego z dnia 30.07.2020r.

Data, w której wniesiono odwołanie: 04.08.2020 r.

Data dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu również: 04.08.2020 r.

Strona internetowa, na której zamieszczono Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia:

<http://www.rnuzeum.krosno.pl/przetargi/rid,26.html>

### Interes we wniesieniu odwołania:

Jak twierdzi Odwołujący posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający wadliwie i z naruszeniem przepisów ustawy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego oraz jednocześnie zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy Cerbex Sp. z o.o./przystępujący po stronie zamawiającego oraz z powodu uznania jego oferty za odrzuconą, a następnie dokonał wyboru oferty tego wykonawcy/przystępującego po stronie zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej.

Jak twierdzi Odwołujący, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę oraz z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, mimo że w wyjaśnieniach Odwołujący potwierdził, że cena jego oferty skalkulowana została w sposób realny, ma charakter rynkowy oraz nie jest rażąco niska. Niezależnie od tego odrzucenie oferty Odwołującego - w związku z zaferowaniem rażąco niskiej ceny - nastąpiło z pominięciem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, wyłącznie na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, który to przepis nie może stanowić samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną.

Dodatkowo Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, mimo że urządzenia zaferowane przez Odwołującego odpowiadają warunkom określonym przez Zamawiającego, w szczególności przy uwzględnieniu klauzuli równoważności określonej w rozdziale III pkt 8 SIWZ, a odrzucenie

nastąpiło bez wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy Cerbex Sp. z o.o./przystępujący z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą, mimo że podmiot ten brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie dało się wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania. Mimo okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp oraz uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp - Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Cerbex Sp. z o.o.

Co do interesu w uzyskaniu zamówienia a jednocześnie prawa do złożenia odwołania to odwołujący przedstawia następującą argumentację.

Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Odwołującego, w tym złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty oraz wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jak również gdyby Zamawiający nie pominął okoliczności, że wykonawca Cerbex Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta - w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert - jest ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Szkoda Odwołującego polega na utracie możliwości prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania poświadczenia prawidłowego wykonania oraz zysku.

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) - zwanej dalej również „Pzp” lub „ustawą Prawo zamówień publicznych” - wnosi odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Odwołującego w zakresie ceny oferty wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że ofertą zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska, a w ramach wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów Odwołujący potwierdził, że cena jego oferty skalkulowana została w sposób realny i ma charakter rynkowy;
- II. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy cena oferty

Odwołującego nie jest rażąco niska, skalkulowana została w sposób realny, ma charakter rynkowy a jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji;

- III. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych media konwerterów światłowodowych oraz monitorów, podczas gdy zaoferowane przez Odwołującego rozwiązania w pełni odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego w SIWZ;
- IV. art. 87 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie zgodności zaoferowanych rozwiązań, tj. media konwerterów światłowodowych oraz monitorów z wymogami SIWZ;
- V. art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania, podczas gdy podmiot ten brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie dało się wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania;
- VI. art. 24 ust. 4 Pzp - poprzez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. za odrzuconą, podczas gdy podmiot podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, jako że brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie dało się wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania;
- VII. art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez udostępnienie Odwołującemu dokumentacji postępowania dotyczącej wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w taki sposób, że Odwołującemu utrudniono złożenie odwołania od czynności wyboru oferty tego podmiotu;
- VIII. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp - poprzez wybór oferty wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert oraz powinna zostać uznana za odrzuconą;

IX. ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- przeprowadzenia ponownie procesu badania i oceny ofert;
- wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp co do treści oferty w zakresie zgodności zaoferowanych mediakonwerterów światłowodowych oraz monitorów z wymogami SIWZ;
- wykluczenia wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp

ewentualnie - wezwania wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 10 Pzp do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłócił konkurencji, jeśli w toku postępowania wezwanie takie nie miało miejsca, a następnie wykluczenia wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp;

- uznania oferty wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp;
- wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący przedstawił uzasadnienie odwołania jak poniżej

Zarys sprawy:

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i wykonanie instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim, instalacji okablowania strukturalnego oraz modernizację systemu CCTV w Skansenie Archeologicznym Karpacka Troja w Trzcinity w ramach zadania Poprawa infrastruktury Muzeum Podkarpackiego w Krośnie dofinansowanego ze środków Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Program: Infrastruktura Kultury", nr sprawy MPK. 261.3.2020.AG.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z instalacjami systemu telewizji dozorowej i okablowania strukturalnego w budynku Pałacu Biskupiego (siedziba Muzeum Podkarpackiego

w Krośnie, ul. J. Piłsudskiego 16, 38-400 Krosno) zgodnie z dokumentacją projektową, przedmiarem robót i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz modernizacja systemu telewizji dozorowej w Skansenie Archeologicznym Karpacka Troja w Trzciniicy (38-207 Przysieki, Trzciniica 646).

W rozdziale III pkt 1 SIWZ Zamawiający wskazał, że zamówienie obejmować będzie zarówno dostawy, usługi jak i roboty budowlane oraz że Zamawiający na podstawie art. 5f Pzp, jako główny przedmiot zamówienia uznał dostawę.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Szacowana wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza równowartości kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

2. Zamawiający w dokumencie pn. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego” stanowiącym element SIWZ - określił szczegółowe parametry techniczne urządzeń składających się na instalację systemu telewizji dozorowej CCTV. W odwołaniu w ujęciu tabelarycznym podaje parametry techniczne systemu telewizji dozorowej CCTV.

Parametry określone w oryginalnie w projekcie instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV wprost nawiązywały do konkretnych urządzeń dostępnych na rynku. W przypadku monitora LED 27" chodziło o monitor kolorowy LED UML-273- 90 o wysokich parametrach producenta Bosch - na co Zamawiający wskazał w kolumnie pn. „Nazwa własna, którą należy wykreślić” w dokumencie pn. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego”.

Wskazanie na producenta monitora usunięto w erracie do projektu budowlano - wykonawczego. Zamawiający dał temu wyraz w ramach odpowiedzi na pytanie nr 1 w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 15.06.2020 r.:

Odpowiedź

Errata to wykaz zauważonych błędów już po publikacji materiału, więc oznacza to że errata ma tutaj wyższy priorytet od STWiOR. są to wymagania zamawiającego. Erratę stworzono w celu usunięcia nazw konkretnych produktów i w celu zmiany projektu na wersję cyfrową (są dwie erraty) i to one obowiązują.

Jednocześnie w rozdziale III, pkt 8 SIWZ Zamawiający określił klauzulę równoważności:

W przypadku użycia przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ sformułowań wskazujących na producenta, znaki towarowe, patenty, pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę **należy**

**rozumieć**, iż wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Intencją Zamawiającego było przedstawienie „typu” towaru spełniającego wymagania Zamawiającego. W związku z tym, w przypadku użycia przez Zamawiającego nazw własnych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia dopuszcza się zastosowanie elementów równoważnych o parametrach technicznych i funkcjonalnych nie gorszych niż te, które posiadają elementy wyszczególnione w tym opisie

3. Dnia 24.06.2020 r. w postępowaniu oferty złożyli m.in. Odwołujący oraz wykonawca Cerbex Sp. z o.o. Wykonawcy zaoferowali następujące warunki realizacji zamówienia:

- Odwołujący - cena 645 750,00 zł, gwarancja na instalację - 48 miesięcy;
- wykonawca Cerbex Sp. z o.o. - cena 773 547,00 zł, gwarancja na instalację - 48 miesięcy;

4. Z dokumentacji postępowania wynika, że wykonawca Cerbex Sp. z o.o. brał udział w jego przygotowaniu. Udział ten polegał na sporządzeniu dokumentacji projektowej. Dokumenty takie jak „Instalacja okablowania strukturalnego - errata do projektu budowlano - wykonawczego” czy „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego” - zostały sporządzone przez wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. Znajduje to potwierdzenie bezpośrednio w treści ww. dokumentów, gdzie na 1. stronach każdego z nich umieszczono wskazanie na wykonawcę Cerbex Sp. z o.o.:

1. „Instalacja okablowania strukturalnego - errata do projektu budowlano - wykonawczego”,
2. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV – errata do projektu budowlano-wykonawczego, z których wynikają:

1. nazwa wykonawcy CERBEX 38-400 KROSNO, UL— LWOWSKA 14/ przystępujący/wykonawca wybrany,
2. nazwa inwestora/zamawiający,
3. obiekt – Zabytkowy budynek Muzeum Podkarpackiego w Krośnie,
4. 1.instalacja okablowania strukturalnego, 2.Instalacja systemu telewizji dozorowej CCTV,
5. faza opracowania errata do projektu budowlano-wykonawczego.

Odwołujący w odwołaniu przedstawia obraz/zdjęcia stron tytułowych projektów budowlano-wykonawczych dla obydwu instalacji to jest okablowania strukturalnego i systemu telewizji dozorowej CCTV

Istotne jest, że dokumenty sporządzone przez wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. na potrzeby postępowania — miały kluczowe znaczenie dla wykonawców przy sporządzaniu ofert.



Przykładowo w dokumencie pn. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego” zawarto bardzo szczegółowe wymagania Zamawiającego, co do specyfikacji technicznej urządzeń składających się na instalację systemu telewizji dozorowej CCTV - np. w przypadku modułów media-konwerterów: I tutaj kolejno odwołujący zamieszcza zdjęcie/obraz wymogów technicznych w zakresie media-konwerterów.

5. Dnia 31.07.2020 r. (tj. dnia następnego po dniu publikacji informacji o wynikach postępowania) Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentacji postępowania w zakresie dotyczącym wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. Odwołujący zamierzał ustalić czy w trakcie postępowania Zamawiający wezwał wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. w trybie art. 24 ust. 10 Pzp do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania dopiero dnia 4.07.2020 r. (tj. w dniu w którym upływał termin na wniesienie odwołania od czynności wyboru oferty wykonawcy Cerbex Sp. z o.o.) Z tego względu Odwołującemu utrudniono analizę czy Zamawiający w toku postępowania wezwał wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. w trybie art. 24 ust. 10 Pzp do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłócił konkurencji oraz utrudniono zakwestionowanie ewentualnych wyjaśnień wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w tym zakresie.

6. Pismem z dnia 1.07.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 90 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Zamawiający - poza przytoczeniem elementów, o których mowa w art. 90 ust. 1 Pzp - wskazał w wezwaniu, by wyjaśnienia Odwołującego dotyczyły poz. 1.1 oferty pn. „Dostawa i montaż instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim”.

Ponadto Zamawiający wskazał, że udzielając wyjaśnień Odwołujący powinien w szczególności wykazać, że oferta w zakresie poz. 1.1. „Dostawa i montaż instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim” - nie jest rażąco niska poprzez:

- przedłożenie wypełnionego przedmiaru robót;
- przedłożenia szczegółowego wyliczenia kosztów robocizny dowodzącego zachowanie wymogów prawa w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę;
- wyspecyfikowania rodzajów materiałów i urządzeń wycenionych w ramach oferty ze szczególnym uwzględnieniem konwerterów i kabli światłowodowych.

7. Pismem z dnia 10.07.2020 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia poz. 1.1 oferty pn. „Dostawa i montaż instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim” gdzie:

- przedstawił wyjątkowo sprzyjające okoliczności i oszczędność metody wykonania zamówienia - dostępne Odwołującemu;
- odniósł się do elementów wyceny (robocizny, materiałów oraz kosztów sprzętu);
- przedstawił koszty pośrednie (m.in. koszty zatrudnienia personelu, zapewnienia porządku na terenie budowy, ubezpieczenia, dokumentacji, zezwoleń, opracowań, uporządkowania terenu budowy, naprawy szkód, ryzyka, ogólnych kosztów prowadzenia działalności gospodarczej).

Jako załącznik do wyjaśnień Odwołujący przedstawił dowód w postaci oferty na materiały oraz kosztorys szczegółowy w zakresie pozycji nr 1.1. oferty pn. „Dostawa i montaż instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim”, gdzie:

Jednocześnie Odwołujący przedstawił argumentację, że jego cena nie może postrzegana jako nierynkowa, bowiem trzy najkorzystniejsze oferty złożone w postępowaniu odbiegały o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Odwołujący wskazał na następujące oferty:

Szacowana wartość zamówienia: 1 112 990,90 zł brutto

Wartość trzech najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu:

- Odwołujący: 645 750,00 zł brutto, tj. 58,02 % wartości zamówienia
- wykonawca Europa Sp. z o.o.: 649 440,00 zł brutto, tj. 58,35 % wartości zamówienia
- wykonawca Cerbex Sp. z o.o. 773 547,00 zł brutto, tj. 69,50 % wartości zamówienia

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że cena jego oferty była jedynie o ok. 17,21% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

8. Pismem z dnia 16.07.2020 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego w trybie art. 90 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności o przesłanie kart katalogowych oferowanych urządzeń celem jednoznacznego wyjaśnienia parametrów oferowanych urządzeń pod względem poprawności z wymaganiami projektowymi.

Zamawiający wskazał, że parametry określone zostały w dokumencie pn. „Errata do projektu budowlany - wykonawczego Instalacja systemu telewizji dozorowej CCTV Zabytkowy budynek Muzeum Podkarpackiego w Krośnie 38-400 Krosno, ul. Piłsudskiego 16”.

Zamawiający wskazał na następujące urządzenia: Tutaj odwołujący przedstawia zdjęcie/obraz wykazu urządzeń o nazwach takich jak: dysk twardy, kamery, klawiatury sterujące, media konwerter, monitor, rejestrator cyfrowy, switch.

Zamawiający w treści wezwania nie wskazał, że kierowane jest ono do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w toku postępowania nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

9. Pismem z dnia 22.07.2020 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z dnia 16.07.2020 r. W ramach wyjaśnień Odwołujący przekazał Zamawiającemu karty katalogowe dotyczące urządzeń wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień. Jednocześnie w ramach wyjaśnień Odwołujący zawarł wskazanie na wyjaśnienia ceny oferty z dnia 10.07.2020 r., gdzie załączono oferty od dostawców na urządzenia powołane przez Zamawiającego wraz z informacją o cenach jednostkowych oraz dostępnych Odwołującemu szczególnych rabatach.

10. Dnia 30.07.2020 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania.

Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp:

a) W zakresie art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający wskazał, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdziły, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Dalej Zamawiający wskazał, że wycenione zostały urządzenia i materiały o parametrach znacznie odbiegających od opisanych w OPZ.

Zamawiający wskazał, że ewentualne żądanie wykonania tego zakresu spowodowałoby znaczący wzrost kosztów realizacji zamówienia, który skutkowałby rażącą stratą po stronie Wykonawcy, podczas gdy ustawa zakazuje nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie wskazał na art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy.

b) W zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający wskazał, że po analizie materiałów przekazanych przez Odwołującego stwierdził, że zaoferowane mediakonwertery światłowodowe oraz monitory nie odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ.

W zakresie media konwerterów światłowodowych Zamawiający wskazał, że:

- zaoferowane media konwertery światłowodowe zasilane są z wykorzystaniem zewnętrznego zasilacza o napięciu wyjściowym 5VDC, podczas gdy w SIWZ wymagano by urządzenia posiadały wbudowaną ochronę przeciwprzepięciową (wymagane co najmniej 1kA 8/20  $\mu$ s), będą pracowały na napięciu 48 VDC i zasilane będą bezpośrednio z zasilaczy;
- zaoferowane media konwertery światłowodowe mają dopuszczalną temperaturę pracy w zakresie 0-70 stopni Celsjusza, podczas gdy w SIWZ wymagano by urządzenia posiadały temperaturę pracy od - 40 do + 50 stopni Celsjusza.
- urządzenia nie są równoważne, a ewentualne zastosowanie ich będzie wymagało zabudowania dodatkowych urządzeń (przetwornic napięcia), które mogą wpływać na zawodność całego systemu.

W zakresie monitorów Zamawiający wskazał, że:

- zaoferowane monitory mają kontrast 1000/1, podczas gdy w SIWZ wymagano 3500/1;
- zaoferowane monitory mają kąt widzenia w poziomie i pionie w stopniach 170/160, przy wymaganych 178/178;
- zaoferowane monitory mają pobór mocy 45 W przy wymaganych w SIWZ 24 W (przy czym Zamawiający wskazał w tej mierze również, że pobierana moc urządzeń bezpośrednio wpływa na dobór UPS-ów, jak również na wysokość rachunków, jako że monitorów jest 6 sztuk).

jednocześnie Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą ofertę uznano ofertę wykonawcy Cerbex Sp. z o.o.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów odwołania należy wskazać co następuje:

- I. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Odwołującego w zakresie ceny oferty wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska, a w ramach wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów Odwołujący potwierdził, że cena jego oferty skalkulowana została w sposób realny i ma charakter rynkowy

oraz

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie jest rażąco

niska, skalkulowana została w sposób realny, ma charakter rynkowy a jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji:

(Łączne uzasadnienie do ww. zarzutów)

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp wskazując przy tym, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia potwierdziły, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający wskazał, że wycenione przez Odwołującego zostały urządzenia i materiały o parametrach znacznie odbiegających od opisanych w OPZ. Następnie Zamawiający wskazał, że ewentualne żądanie wykonania tego zakresu spowodowałoby znaczący wzrost kosztów realizacji zamówienia, który skutkowałby rażąco niską stratą po stronie Wykonawcy, podczas gdy ustawa zakazuje nieuczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego miało to uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego jednocześnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że w ramach 1 wyjaśnień ceny oferty z dnia 10.07.2020 r. Odwołujący przedstawił dowód w postaci ofert od dostawców, z których wynikało potwierdzenie, że zakwestionowana przez Zamawiającego wycena urządzeń (dysk twardy 6TB, kamera typ 1, kamera typ 2, klawiatura sterująca, media konwerter, media konwerter SFP, monitor 27", rejestrator cyfrowy, switch 24xSFP+4xSFP/RJ45) - opierała się na ofertach pochodzących od podmiotów trzecich oraz uwzględniała szczególne, często bardzo wysokie, rabaty przysługujące Odwołującemu. Z dowodów tych wynikało, że np. w przypadku niektórych urządzeń takich jak:

— kamera typ 1:

W przypadku kamery typ 1 Odwołującemu przysługiwał rabat 56%

— kamera typ 2:

W przypadku kamery typ 2 Odwołującemu przysługiwał rabat 57%

Zatem mając na uwadze powyższe - niezasadne jest twierdzenie Zamawiającego, że skalkulowana cena oferty jest rażąco niska. Odwołujący dokonując wyceny w zakresie ww. urządzeń - oparł się na ofercie pochodzącej od podmiotów trzecich, która uwzględniała szczególne rabaty przysługujące Odwołującemu.

Niezależnie od tego urządzenia te były zgodne z SIWZ, jako że Zamawiający dopuścił w rozdziale III pkt 8 SIWZ możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych (o czym szerzej w uzasadnieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), a realizacja przez Odwołującego zamówienia przy wykorzystaniu tych urządzeń nie naraziłaby Odwołującego na rażąco niską stratę

(Odwołujący dysponuje rabatami, o których mowa powyżej, a realizacja zamówienia po cenach uwzględniających te rabaty - w żaden sposób nie narazi Odwołującego na stratę).

Należy mieć jednocześnie na względzie, że w ramach swoich I wyjaśnień z dnia 10.07.2020 r. Odwołujący przedstawił szczegółowy kosztorys ofertowy dotyczący pozycji nr 1.1 oferty („Dostawa i montaż instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim”), wyjątkowo sprzyjające okoliczności i oszczędność metody wykonania zamówienia - dostępne Odwołującemu, odniósł się do elementów wyceny (robocizny, materiałów oraz kosztów sprzętu), jak również przedstawił koszty pośrednie (m.in. koszty zatrudnienia personelu, zapewnienia porządku na terenie budowy, ubezpieczenia, dokumentacji, zezwoleń, opracowań, uporządkowania terenu budowy, naprawy szkód, ryzyka, ogólnych kosztów prowadzenia działalności gospodarczej). Zatem wyjaśnienia Odwołującego były szczegółowe, poparte dowodami potwierdzały, że cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska.

Odrzucenie oferty Odwołującego w takich okolicznościach na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi naruszenie tych przepisów. Cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska a jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji.

Jedynie na marginesie wskazać należy, że Zamawiający nie wskazał w ramach czynności odrzucenia oferty Odwołującego na przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, podczas gdy przepis art. 90 ust. 3 Pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Niesamodzielny charakter art. 90 ust. 3 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.11.2011 r., sygn. akt KIO 2431/11:

Izba nie zgadza się z Odwołującym, iż przepis art. 90 ust 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi samodzielną przesłankę do możliwości odrzucenia oferty w przypadku\ gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby przepis powyższy stanowi o obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia potwierdziły zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Jednakże podstawą prawną takiego odrzucenia stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Już tylko z tego powodu czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp jest wadliwa i powinna być uchylona.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych media konwerterów światłowodowych oraz monitorów, podczas gdy zaoferowane przez

Odwołującego rozwiązania w pełni odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego w SIWZ

oraz

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie zgodności zaoferowanych rozwiązań, tj. media konwerterów światłowodowych oraz monitorów z wymogami SIWZ:

(Łączne uzasadnienie do ww. zarzutów)

Zamawiający wskazał w informacji o wyniku postępowania w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, że po analizie materiałów przekazanych przez Odwołującego stwierdził, że zaoferowane media konwertery światłowodowe oraz monitory nie odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ.

W zakresie media konwerterów światłowodowych Zamawiający wskazał, że:

- zaoferowane media konwertery światłowodowe zasilane są z wykorzystaniem zewnętrznego zasilacza o napięciu wyjściowym 5VDC, podczas gdy w SIWZ wymagano by urządzenia posiadały wbudowaną ochronę przeciwprzepięciową (wymagane co najmniej 1kA 8/20  $\mu$ s), będą pracowały na napięciu 48 VDC i zasilane będą bezpośrednio z zasilaczy;
- zaoferowane media konwertery światłowodowe mają dopuszczalną temperaturę pracy w zakresie 0-70 stopni Celsjusza, podczas gdy w SIWZ wymagano by urządzenia posiadały temperaturę pracy od - 40 do + 50 stopni Celsjusza.
- urządzenia nie są równoważne, a ewentualne zastosowanie ich będzie wymagało zabudowania dodatkowych urządzeń (przetwornic napięcia), które mogą wpływać na zawodność całego systemu.

W zakresie monitorów Zamawiający wskazał, że:

- zaoferowane monitory mają kontrast 1000/1, podczas gdy w SIWZ wymagano 3500/1;
- zaoferowane monitory mają kąt widzenia w poziomie i pionie w stopniach 170/160, przy wymaganych 178/178;
- zaoferowane monitory mają pobór mocy 45 W przy wymaganych w SIWZ 24 W (przy czym Zamawiający wskazał w tej mierze również, że pobierana moc urządzeń bezpośrednio wpływa na dobór UPS-ów, jak również na wysokość rachunków, jako że monitorów jest 6 sztuk).

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że abstrahując od okoliczności, że:

— karty katalogowe, które stanowiły dla Zamawiającego podstawę oceny zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ zostały przez Zamawiającego pozyskane w ramach wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp

oraz że

— Zamawiający w toku postępowania nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp,

należy mieć również na uwadze, że Zamawiający przy ocenie przedstawionych kart katalogowych całkowicie pominął, że w rozdziale III, pkt 8 SIWZ wprowadził klauzulę równoważności i dopuścił zaoferowanie urządzeń o parametrach technicznych i funkcjonalnych nie gorszych niż te, które posiadają elementy wskazane w dokumencie pn. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego” stanowiącym element SIWZ.

W przypadku urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego - są one równoważne w stosunku do urządzeń wyspecyfikowanych przez Zamawiającego - jeśli wziąć pod uwagę całokształt funkcjonalności jakie mają zapewniać.

W tym miejscu wskazać należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że dopuszczenie równoważności przez zamawiającego w taki sposób, że wymaga on aby wszystkie parametry były takie same lub lepsze jak w przypadku urządzenia referencyjnego - stanowi jedynie pozorne dopuszczenie równoważności:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.01.2019 r., sygn. akt KIO 2638/18:

W dalszej kolejności stwierdzono, że zamawiający w postanowieniach SIWZ dopuścił wprawdzie składanie ofert równoważnych w przypadku gdy w dokumentacji zostały wskazane nazwy, znaki towarowe lub typy produktów, normy, certyfikaty. Jednakże jednocześnie zamawiający doprecyzował, że dopuszcza oferowanie rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zapewnią uzyskanie parametrów technicznych równych lub wyższych od określonych w dokumentacji (pkt III. 5 SIWZ). Jak jednak słusznie wskazał odwołujący takie określenie warunków, pod jakimi można zaoferować rozwiązanie równoważne, jest niewystarczające, gdyż faktycznie uniemożliwia zaoferowanie jakiegokolwiek rozwiązania równoważnego.

Podkreślenia wymaga, że rozwiązanie równoważne nie musi być rozwiązaniem identycznym z rozwiązaniem referencyjnym. Dostrzec należy, że co do zasady urządzenia referencyjne składają się z całego konglomeratu cech technicznych, z których niektóre mają charakter kluczowy, inne zaś są pozbawione większego znaczenia. Konieczność aby wszystkie bez



wyjątku parametry techniczne były równe lub lepsze jest niewykonalne i wymusza na wykonawcach obowiązek zaoferowania wyłącznie rozwiązania referencyjnego, czyniąc dopuszczenie równoważności pozornym.

Nawet bowiem urządzenie o klasę wyższe od referencyjnego może zawierać jakiś nieistotny parametr techniczny, który będzie gorszy od parametrów rozwiązania referencyjnego, co może skutkować ryzykiem odrzucenia takiej oferty. Ponadto taki zapis zastrzega dla zamawiającego możliwość dowolnej oceny ofert, gdyż dopiero w trakcie ich badania wykonawcy mogą dowiedzieć się, które de facto parametry techniczne są dla zamawiającego istotne, a które nie.

Zatem skoro Zamawiający umożliwił w niniejszym postępowaniu oferowanie urządzeń równoważnych — dla Odwołującego oczywistym było, że nie musi oferować urządzeń charakteryzujących się parametrami 1:1 z urządzeniami określonymi w specyfikacji.

Z tego względu dla Odwołującego niezrozumiałe jest porównywanie przez Zamawiającego w informacji o wyniku postępowania z dnia 30.07.2020 r. poszczególnych parametrów urządzeń określonych w SIWZ oraz urządzeń zaoferowanych przez Odwołującego (np. że zaoferowane media konwertery światłowodowe zasilane są z wykorzystaniem zewnętrznego zasilacza o napięciu wyjściowym 5VDC, podczas gdy w SIWZ wymagano by urządzenia posiadały wbudowaną ochronę przeciwprzepięciową (wymagane co najmniej 1kA 8/20  $\mu$ s), będą pracowały na napięciu 48 VDC i zasilane będą bezpośrednio z zasilaczy).

Z SIWZ nie wynikało, że akurat parametry wskazane w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego były dla Zamawiającego kluczowe w przypadku mediakonwerterów światłowodowych oraz monitorów. Odmienne było np. w przypadku kamer/rejestratorów, gdzie Zamawiający w ramach wyjaśnień SIWZ z dnia 15.06.2020 r. wprost wskazał jakie parametry są dla niego kluczowe:

Zamawiający określił konkretny typ kamer/rejestratorów i oczekuje sprzętu takiego lub równoważnego - czyli takiego samego, równoważnego lub lepszego. Istotne parametry, które należy brać pod uwagę to: przetworniki obrazu kamery, obiektyw, rozdzielczość kamery, kodek obrazu, czułość kamery, rejestrator— liczba kanałów równa lub większa, pojemność dysków przy tym samym kodeku równa lub większa.

Zatem w ocenie Odwołującego porównanie, jakiego dokonał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie ma sensu przy dopuszczonej w rozdziale III pkt 8 SIWZ równoważności oraz braku określenia, jakie parametry są dla Zamawiającego kluczowe w przypadku mediakonwerterów światłowodowych oraz monitorów. Elementem, który powinien podlegać porównaniu przez Zamawiającego jest ogólna funkcjonalność urządzeń, a ta w

przypadku urządzeń oferowanych przez Odwołującego jest równoważna do funkcjonalności urządzeń określonych w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe - twierdzenia Zamawiającego o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ są bezzasadne. Co istotne - gdyby Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp - uzyskałby powyższe informacje od Odwołującego jeszcze w toku postępowania i nie doszłoby do odrzucenia jego oferty.

Odrzucenie oferty Odwołującego w takich okolicznościach postępowania, gdzie Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz gdzie rozwiązania zaoferowane przez Odwołującego - z uwagi na dopuszczenie w rozdziale III, pkt 8 SIWZ równoważności - pozostają zgodne z wymogami SIWZ - stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania, podczas gdy podmiot ten brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie dało się wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy Cerbex SP. z o.o. z postępowania:

oraz

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Cerbex sp. z o.o. za odrzuconą, podczas gdy podmiot podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, jako, że brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie dało się wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania:

(Łączne uzasadnienie do ww. zarzutów)

Jak wynika z dokumentacji postępowania wykonawca Cerbex Sp. z o.o. brał udział w jego przygotowaniu. Udział ten polegał na sporządzeniu dokumentacji projektowej. Dokumenty takie jak „Instalacja okablowania strukturalnego - errata do projektu budowlano - wykonawczego" czy „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego" - zostały sporządzone przez wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. Znajduje to potwierdzenie bezpośrednio w treści ww. dokumentów, gdzie na 1. stronach każdego z nich umieszczono wskazanie na wykonawcę Cerbex Sp. z o.o.

Istotne jest, że dokumenty sporządzone przez wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. na potrzeby postępowania - miały kluczowe znaczenie dla wykonawców przy sporządzaniu ofert.

Przykładowo w dokumencie pn. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego” zawarto bardzo szczegółowe wymagania Zamawiającego, co do specyfikacji technicznej urządzeń składających się na instalację systemu telewizji dozorowej CCTV. Mając na uwadze powyższe - nie może być wątpliwości, że udział wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w przygotowaniu postępowania zapewnił mu przewagę konkurencyjną, bowiem wykonawca ten już co najmniej od marca 2017 r. (taka jest data sporządzenia ww. dokumentów składających się na dokumentację przetargową) - wiedział co dokładnie będzie przedmiotem zamówienia oraz znał wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia. Dzięki takiej przewadze wykonawca Cerbex Sp. z o.o. mógł chociażby starać się o korzystniejsze ceny na materiały niezbędne do realizacji zamówienia zanim inni wykonawcy dowiedzieli się o przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca mógł również odpowiednio wcześniej zastrzec u dostawców, z którymi współpracuje wyłączność cen na określone materiały niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia, wyłączając po stronie pozostałych wykonawców możliwość uzyskania u tych dostawców cen na takim samym poziomie.

Zatem bez wątplenia w niniejszym przypadku udział wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. doprowadził do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Podmiot ten uzyskał niesprawiedliwą przewagę nad pozostałymi oferentami i nie jest możliwe wykazanie, że jego udział w przygotowaniu dokumentacji postępowania nie doprowadził do zakłócenia konkurencji.

Tymczasem Zamawiający - zdając sobie sprawę z udziału wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w przygotowaniu postępowania nie wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp. Zamawiający zaniechał również uznać oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Opisane zaniechania stanowią naruszenia wspomnianych przepisów ustawy.

IV. Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z §4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - poprzez udostępnienie Odwołującemu dokumentacji postępowania dotyczącej wykonawcy Cerbex sp. z o.o. w taki sposób, że Odwołującemu utrudniono złożenie odwołania od czynności wyboru oferty tego podmiotu:

Dnia 31.07.2020 r. (tj. dnia następnego po dniu publikacji informacji o wynikach postępowania) Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentami postępowania w zakresie dotyczącym wykonawcy Cerbex Sp. z o.o.

Odwołujący zamierzał ustalić czy w trakcie postępowania Zamawiający wezwał wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. w trybie art. 24 ust. 10 Pzp do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji.

Zamawiający udostępnił Odwołującemu dokumentację postępowania dopiero dnia 4.07.2020 r. (tj. w dniu w którym upływał termin na wniesienie odwołania od czynności wyboru oferty wykonawcy Cerbex Sp. z o.o.). Z tego względu Odwołującemu:

— utrudniono zweryfikowanie czy Zamawiający w toku postępowania wezwał wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. w trybie art. 24 ust. 10 Pzp do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłócił konkurencji

oraz

— utrudniono zakwestionowanie ewentualnych wyjaśnień wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w tym zakresie.

Udostępnienie Odwołującemu dokumentacji postępowania dotyczącej wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w sposób opisany powyżej - skróciło Odwołującemu czas na sformułowanie zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty wykonawcy Cerbex z gwarantowanych ustawowo 5 dni do 1 niepełnego dnia roboczego.

Taki sposób udostępnienia przez Zamawiającego dokumentacji postępowania niezbędnej do skorzystania przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej - naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. art. 7 ust. 1 Pzp, jak również zasady udostępniania dokumentacji postępowania określone w art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (gdzie określono, że zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie).

V. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Cerbex sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert oraz powinna zostać uznana za odrzuconą:

Przedmiotowy zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Odwołującego, w tym złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty oraz wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jak również gdyby Zamawiający nie pominął okoliczności, że wykonawca Cerbex Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania, to oferta wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. nie mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu.

To oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, bowiem zaoferował on najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia oraz jego oferta w rzeczywistości nie podlega odrzuceniu.

W dniu 15 września 2020r. przystępujący złożył pismo procesowe, w którym uznał zarzuty za bezpodstawne i niezrozumiałe w kontekście samego art.192 ust.2 pzp, przedstawiając obszerną argumentację formalną i prawną (pismo w aktach sprawy).

W dniu 16 września 2020r. odwołujący złożył pismo procesowe wraz z dowodami w tym opisanymi w protokole z posiedzenia/rozprawy (pismo w aktach sprawy).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **odwołanie zasługuje na uwzględnienie**

Odwołanie zostało wniesione w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i wykonanie instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim, instalacji okablowania strukturalnego oraz modernizację systemu CCTV w Skansenie Archeologicznym Karpacka Troja w Trzciny w ramach zadania Poprawa infrastruktury Muzeum Podkarpackiego w Krośnie, dofinansowanego ze środków Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego, w ramach Programu: „Infrastruktura Kultury”, nr sprawy MPK. 261.3.2020.AG, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Muzeum Podkarpackie w Krośnie/zamawiającego.

Czynność odwołania podjęta na podstawie informacji/zawiadomienia zamawiającego z dnia 30.07.2020 roku.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (Izby) dnia 04.08.2020 roku.

Kopię odwołania, odwołujący doręczył zamawiającemu również dnia 04.08.2020 roku.

Izba stwierdza, że zostały dotrzymane terminy ustawowe do wniesienia odwołania z art.182 ust.1 pkt 2 ustawy jak i w zakresie doręczenia kopii odwołania zamawiającemu określone w art.180 ust.5 ustawy oraz nie występują przesłanki z art.189 ust.2 ustawy do odrzucenia odwołania.

Izba również stwierdza, że do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca wybrany w trybie art.185 ust.2 ustawy/pzp.

Odwołujący w następujący sposób wykazał interes w uzyskaniu zamówienia a tym samym prawo do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pzp).

Jak twierdzi odwołujący posiada on prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że zamawiający z naruszeniem przepisów pzp, dokonał odrzucenia jego oferty a zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy Cerbex Sp. z o.o./przystępujący po stronie zamawiającego/przystępujący/wykonawca wybrany i następnie dokonał wyboru oferty przystępującego.

Uzasadniając powyższe stanem faktycznym sprawy odwołujący ujął to następująco.

Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę odwołującego, w tym złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie ceny oferty oraz wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 pzp, jak również gdyby zamawiający nie pominął okoliczności, że przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania, to odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta - w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert - jest ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Szkoda odwołującego polega na utracie możliwości prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania poświadczenia prawidłowego wykonania oraz zysku.

Izba w takim stanie rzeczy pozytywnie odnosi się do prawa odwołującego co do wniesienia odwołania w związku z przesłankami ustawowymi wynikającymi z art.179 ust.1 pzp, potwierdzając interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Izba odnosząc się do okoliczności w jakich nastąpiło wniesienie odwołania to za odwołującym przedstawia je następująco.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę oraz z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, mimo że według odwołującego sprostował on ustawowym wymogom co do wyjaśnienia, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Ponadto zamawiający odrzucając ofertę odwołującego z tytułu rażąco niskiej ceny przywołał art.90 ust.3 pzp a nie art.89 ust.1 pkt 4 pzp, który jest właściwy do czynności odrzucenia oferty. Według wiedzy odwołującego, odrzucenie oferty - w związku z zaoferowaniem rażąco niskiej ceny - wyłącznie na podstawie art. 90 ust. 3 pzp, z pominięciem art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, nie może stanowić samodzielnej podstawy odrzucenia oferty.

Dodatkowo zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz). Zdaniem odwołującego urzędnika, które zaoferował odpowiadają warunkom

określonym przez zamawiającego, przy uwzględnieniu klauzuli równoważności opisanej w Rozdziale III pkt 8 siwz, a odrzucenie oferty winno być poprzedzone wezwaniem do wyjaśnień w trybie art.87 ust.1 pzp.

Ostatnim z zarzutów jest zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia przystępującego/ wykonawcy wybranego z postępowania, pomimo że wykonawca ten brał udział w przygotowaniu postępowania. Zdaniem odwołującego Cerbex Sp. z o.o./ wykonawca wybrany powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp. Wbrew powyższemu zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą.

Tak opisane powyżej okoliczności faktyczne i prawne, również z uwzględnieniem treści powyżej cytowanego w uzasadnieniu odwołania, stanowiły podstawę wniesienia odwołania na podstawie art. 180 ust. 2 pzp, z następująco sprecyzowanymi zarzutami naruszenia pzp:

1. art. 90 ust. 3 pzp - przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na okoliczność, że dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień odwołującego w zakresie ceny oferty wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska, a w ramach wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów odwołujący potwierdził, że cena jego oferty skalkulowana została w sposób realny i ma charakter rynkowy;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp - przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska, skalkulowana została w sposób realny, ma charakter rynkowy a jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp - przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanych media konwerterów światłowodowych oraz monitorów, podczas gdy zaoferowane przez odwołującego rozwiązania w pełni odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego w siwz;
4. art. 87 ust. 1 pzp - przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie zgodności zaoferowanych rozwiązań, tj. media konwerterów światłowodowych oraz monitorów z wymogami siwz;
5. art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania, podczas gdy podmiot ten brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie dało się wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania;

6. art. 24 ust. 4 pzp - poprzez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. za odrzuconą, podczas gdy podmiot podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp, jako że brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie dało się wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania;
7. art. 96 ust. 3 pzp w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) w zw. z art. 7 ust. 1 pzp - przez udostępnienie odwołującemu dokumentacji postępowania dotyczącej wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w taki sposób, że odwołującemu utrudniono złożenie odwołania od czynności wyboru oferty tego podmiotu;
8. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 pzp - przez wybór oferty wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert oraz powinna zostać uznana za odrzuconą;

Odwołujący w związku z powyżej przedstawionymi zarzutami naruszenia prawa przez zamawiającego wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
  - unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
  - przeprowadzenia ponownie procesu badania i oceny ofert;
  - wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp co do treści oferty w zakresie zgodności zaoferowanych media konwerterów światłowodowych oraz monitorów z wymogami siwz;
  - wykluczenia wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp
- ewentualnie - wezwania wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 10 pzp do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłócił konkurencji, jeśli w toku postępowania wezwanie takie nie miało miejsca, a następnie wykluczenia wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp;
- uznania oferty wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 pzp;
  - wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.



W toku postępowania odwoławczego Izba dokonała następujących ustaleń co do przebiegu postępowania przed zamawiającym.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego a szacowana wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza równowartości kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp.

Zamawiający w dokumencie pn. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego” - określił szczegółowe parametry techniczne urządzeń składających się na instalację systemu telewizji dozorowej CCTV.

Parametry określone w oryginale projektu instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV wprost nawiązywały do konkretnych urządzeń dostępnych na rynku. W przypadku monitora LED 27" chodziło o monitor kolorowy LED UML-273- 90 o wysokich parametrach producenta Bosch - na co zamawiający wskazał w kolumnie pn. „Nazwa własna, którą należy wykreślić” w dokumencie pn. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego”.

Wskazanie na producenta monitora usunięto w erracie do projektu budowlano - wykonawczego. Zamawiający dał temu wyraz w ramach odpowiedzi na pytanie nr 1 w wyjaśnieniach treści siwz z dnia 15.06.2020 r.:

Errata to wykaz zauważonych błędów już po publikacji materiału, więc oznacza to że errata ma tutaj wyższy priorytet od STWiOR. są to wymagania zamawiającego. Erratę stworzono w celu usunięcia nazw konkretnych produktów i w celu zmiany projektu na wersję cyfrową (są dwie erraty) i to one obowiązują.

Jednocześnie w rozdziale III, pkt 8 siwz zamawiający określił klauzulę równoważności:

„W przypadku użycia przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ sformułowań wskazujących na producenta, znaki towarowe, patenty, pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę należy rozumieć, iż wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Intencją Zamawiającego było przedstawienie „typu” towaru spełniającego wymagania Zamawiającego. W związku z tym, w przypadku użycia przez Zamawiającego nazw własnych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia dopuszcza się zastosowanie elementów równoważnych o parametrach technicznych i funkcjonalnych nie gorszych niż te, które posiadają elementy wyszczególnione w tym opisie(...)”. Dalej zamawiający opisał procedurę zachowania się wykonawcy, który oferuje urządzenie równoważne składając ofertę. Na koniec stwierdzając (...) Brak jakichkolwiek informacji o ofercie równoważnej oznaczać będzie, że wykonawca

ofertuje rozwiązanie/produkty według wymagań Zamawiającego przedstawionych w załączniku do SIWZ”.

Dnia 24.06.2020 r. w postępowaniu oferty złożyli m.in. odwołujący oraz wykonawca Cerbex Sp. z o.o. wykonawcy zaoferowali następujące warunki realizacji zamówienia:

- Odwołujący - cena 645 750,00 zł, gwarancja na instalację - 48 miesięcy;
- wykonawca Cerbex Sp. z o.o. - cena 773 547,00 zł, gwarancja na instalację - 48 miesięcy;

Z badanej dokumentacji postępowania zamawiającego wynika, że wykonawca Cerbex Sp. z o.o./ wykonawca wybrany/przystępujący brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia. Udział wykonawcy wybranego polegał na sporządzeniu dokumentacji projektowej (projekt budowlano-wykonawczy). Dokumenty takie jak „Instalacja okablowania strukturalnego - errata do projektu budowlano - wykonawczego" czy „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego" - zostały sporządzone przez wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. Znajduje to potwierdzenie bezpośrednio w treści dokumentów, gdzie na pierwszych stronach każdego z nich umieszczono wskazanie na wykonawcę Cerbex Sp. z o.o., a co wynika z dokumentacji okazanej do wglądu na rozprawie.

1. „Instalacja okablowania strukturalnego - errata do projektu budowlano - wykonawczego",
2. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV – errata do projektu budowlano-wykonawczego, z których wynikają:

nazwa wykonawcy CERBEX 38-400Krosno,ul.Lwowska14/t.j.      przystępujący/wykonawca  
wybrany,

nazwa inwestora to zamawiający,

obiekt – Zabytkowy budynek Muzeum Podkarpackiego w Krośnie,

1.instalacja okablowania strukturalnego, 2.Instalacja systemu telewizji dozorowej CCTV,

dla fazy opracowania errata do projektu budowlano-wykonawczego.

Odwołujący już w odwołaniu przedstawił zdjęcia stron tytułowych projektów budowlano-wykonawczych dla obydwu instalacji to jest okablowania strukturalnego i systemu telewizji dozorowej CCTV

Sam odwołujący przyznaje, już w złożonym odwołaniu, że dokumenty sporządzone przez wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. na potrzeby postępowania — „miały kluczowe znaczenie dla wykonawców przy sporządzaniu ofert. Przykładowo w dokumencie pn. „Projekt instalacji

systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego" zawarto bardzo szczegółowe wymagania Zamawiającego, co do specyfikacji technicznej urządzeń składających się na instalację systemu telewizji dozorowej CCTV - np. w przypadku modułów media-konwerterów". Odwołujący zamieścił w odwołaniu zdjęcie wymogów technicznych w zakresie media-konwerterów – parametry techniczne tych urządzeń.

W dniu 01.07.2020 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 90 pzp do wyjaśnień co do ceny oferty. Przede wszystkim co poz. 1.1 oferty pn. „Dostawa i montaż instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim" z wyspecyfikowaniem rodzajów materiałów i urządzeń wycenionych w ramach oferty ze szczególnym uwzględnieniem konwerterów i kabli światłowodowych.

Odwołujący w dniu 10.07.2020 r. udzielił wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia poz. 1.1 oferty pn. „Dostawa i montaż instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim" gdzie przedstawił między innymi załącznik do wyjaśnień w formie oferty na materiały oraz kosztorys szczegółowy w zakresie pozycji nr 1.1. oferty pn. „Dostawa i montaż instalacji systemu telewizji dozorowej w Pałacu Biskupim". Jednocześnie przedstawił argumentację, że jego cena nie może być postrzegana jako nierynkowa, bowiem trzy najkorzystniejsze oferty złożone w postępowaniu odbiegały o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Odwołujący wskazał na następujące oferty:

Szacowana wartość zamówienia: 1 112 990,90 zł brutto

Wartość trzech najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu:

- Odwołujący: 645 750,00 zł brutto, tj. 58,02 % wartości zamówienia
- wykonawca Europa Sp. z o.o.: 649 440,00 zł brutto, tj. 58,35 % wartości zamówienia
- wykonawca Cerbex Sp. z o.o. 773 547,00 zł brutto, tj. 69,50 % wartości zamówienia

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że cena jego oferty była jedynie o ok. 17,21% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert.

Zamawiający ponownie wezwał dnia 16.07.2020 r. odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Odwołujący przyznał, że (...) „Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności o przesłanie kart katalogowych oferowanych urządzeń celem jednoznacznego wyjaśnienia parametrów oferowanych urządzeń pod względem poprawności z wymaganiami projektowymi. Zamawiający wskazał, że parametry określone zostały w dokumencie pn. „Errata do projektu budowlany - wykonawczego Instalacja systemu telewizji dozorowej CCTV

Zabytkowy budynek Muzeum Podkarpackiego w Krośnie 38-400 Krosno, ul. Piłsudskiego 16"(...). Ponowne wezwanie zamawiającego dotyczyło szeregu urządzeń takich jak: dysk twardy, kamery, klawiatury sterujące, media konwerter, monitor, rejestrator cyfrowy, switch.

Odwołujący udzielił zamawiającemu wyjaśnień dnia 22.07.2020 roku. Odwołujący przekazał karty katalogowe dotyczące urządzeń wskazanych w wezwaniu do wyjaśnień. Odwołujący do wyjaśnień załączył oferty dostawców na urządzenia wskazane w wezwaniu przez zamawiającego wraz z informacją o cenach jednostkowych oraz dostępnych odwołującemu upustach cenowych.

Kolejno zamawiający poinformował o wynikach postępowania w dniu 30.07.2020 roku.

Ofertę odwołującego odrzucił zamawiający powołując się na art. 90 ust. 3 pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

W zakresie art. 90 ust. 3 pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp zamawiający wskazał, że złożone wyjaśnienia potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę, a wycenione urządzenia i materiały są o parametrach znacznie odbiegających od opisanych w siwz. „Zamawiający wskazał, że ewentualne żądanie wykonania tego zakresu spowodowałoby znaczący wzrost kosztów realizacji zamówienia, który skutkowałby rażąco stratą po stronie Wykonawcy, podczas gdy ustawa zakazuje nieuczciwej konkurencji”. Wadliwym w ocenie odwołującego jest fakt, że zamawiający nie wskazał na art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Z kolei co do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający stwierdził, że po analizie materiałów przekazanych przez odwołującego zaoferowane media konwertery światłowodowe oraz monitory nie odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ.

W zakresie media konwerterów światłowodowych Zamawiający wskazał, że:

— zaoferowane media konwertery światłowodowe zasilane są z wykorzystaniem zewnętrznego zasilacza o napięciu wyjściowym 5VDC, podczas gdy w SIWZ wymagano by urządzenia posiadały wbudowaną ochronę przeciwprzepięciową (wymagane co najmniej 1kA 8/20 μs), będą pracowały na napięciu 48 VDC i zasilane będą bezpośrednio z zasilaczy;

— zaoferowane media konwertery światłowodowe mają dopuszczalną temperaturę pracy w zakresie 0-70 stopni Celsjusza, podczas gdy w SIWZ wymagano by urządzenia posiadały temperaturę pracy od - 40 do + 50 stopni Celsjusza.

— urządzenia nie są równoważne, a ewentualne zastosowanie ich będzie wymagało zabudowania dodatkowych urządzeń (przetwornic napięcia), które mogą wpływać na zawodność całego systemu.

W zakresie monitorów zamawiający wskazał, że:

— zaferowane monitory mają kontrast 1000/1, podczas gdy w SIWZ wymagano 3500/1;

— zaferowane monitory mają kąt widzenia w poziomie i pionie w stopniach 170/160, przy wymaganych 178/178;

— zaferowane monitory mają pobór mocy 45 W przy wymaganych w SIWZ 24 W (przy czym Zamawiający wskazał w tej mierze również, że pobierana moc urządzeń bezpośrednio wpływa na dobór UPS-ów, jak również na wysokość rachunków, jako że monitorów jest 6 sztuk).

Co do wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę wykonawcy Cerbex Sp. z o.o./ przystępujący po stronie zamawiającego.

**Na podstawie tak ustalonego w sprawie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia oraz złożonymi wyjaśnieniami i oświadczeniami oraz dowodami Izba następująco odnosi się do zarzutów odwołania.**

- I. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na okoliczność, że dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień odwołującego w zakresie ceny oferty wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska, a w ramach wyjaśnień oraz załączonych do nich dowodów odwołujący potwierdził, że cena jego oferty skalkulowana została w sposób realny i ma charakter rynkowy

oraz

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy cena oferty odwołującego nie jest rażąco niska, skalkulowana została w sposób realny, ma charakter rynkowy a jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba odnosząc się do zarzutu naruszenia art.90 ust.3 i art.89 ust.1 pkt 3 pzp oraz nie przywołania art.89 ust.1 pkt 4 pzp jako właściwego do odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną stwierdza co następuje.

Chociaż prawidłowość czynności zamawiającego ocenia się na podstawie uzasadnienia zarówno podstawy prawnej jak i faktycznej to nie można unieważnić czynności zamawiającego z powodu podania niewłaściwej podstawy prawnej. Co do zasady podanie właściwej podstawy

prawnej umożliwi wykonawcy odpowiednią argumentację prawną odwołania. W tym przypadku obydwie przepisy zarówno art.90 ust.3 jak i art.89 ust.1 pkt 4 pzp nakazują zamawiającemu odrzucenie oferty, w tym pierwszym przypadku jeżeli wykonawca nie złożył wyjaśnień czy też wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę, a co skutkuje stanem rażąco niskiej ceny. W ustawie w obydwu sytuacjach zawarto zwrot „zamawiający odrzuca ofertę”. W tej sytuacji Izba pomija różnice na tle orzecznictwa, czy też spory doktrynalne, który przepis może wprost dawać podstawę do odrzucenia oferty z rażąco niską ceną. Istotnym jest czy w określonym badanym przez zamawiającego stanie faktycznym mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Przechodząc do stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że trudno odmówić odwołującemu należytej staranności w wyjaśnianiu podstaw ustalenia ceny. Niemniej te wyjaśnienia spowodowały powzięcie wiadomości przez zamawiającego, że odwołujący nie oferuje przedmiotu, który posiada parametry wymagane w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający konsekwentnie, skoro przystąpił do badania ceny stwierdza, że jest ona rażąco niska, ponieważ wycenione urządzenia (media konwerter i monitor) zaoferowano o innych parametrach niż opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tej sytuacji zamawiający stanął przed dylematem czy wszczęte postępowanie wyjaśniające może dać jednoznaczną odpowiedź, skoro wyjaśnienia dotyczą urządzeń o innych parametrach technicznych niż opisane w dokumentach postępowania. Skrajnie można stwierdzić, że zamawiający powinien odstąpić od oceny czy przedmiot zawiera rażąco niską cenę skoro wycena nie odnosi się do przedmiotu zamówienia opisanego w siwz to jest o wymaganych parametrach. Można natomiast przyjąć w tej sytuacji koncepcję, że odwołujący nie udzielił wyjaśnień, ponieważ oferuje inny przedmiot niż opisany przez zamawiającego. Izba przychyliła się do postępowania zamawiającego, który nie powołuje się na art.89 ust.1 pkt 4 pzp tylko na bardziej właściwy w tej sytuacji art.90 ust.3 pzp, który pozwala odrzucić ofertę nie tylko gdy zawiera rażąco niską cenę, ale również gdy wykonawca nie udziela wyjaśnień. Wykonawca/odwołujący nie mógł skutecznie udzielić wyjaśnień, ponieważ oferuje inny przedmiot co do parametrów niż opisany przez zamawiającego. Tym bardziej należy usprawiedliwić zamawiającego, który do art.90 ust.3 dołącza art.89 ust.1 pkt 3 pzp, nakazujący odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający otrzymuje w ramach wyjaśnień karty katalogowe z których wynika, że odwołujący oferuje urządzenia o innych parametrach niż wymaganych przez zamawiającego. Zamawiający dopiero na etapie badania ceny stwierdza obiektywnie, że wykonawca wbrew zapewnieniom w ofercie gwarantuje inny przedmiot niż wymagany. Zamawiający ma obowiązek zamknąć uruchomioną procedurę wyjaśniania ceny. W ocenie Izby słusznie zamawiający zamknął ten etap badania ceny, przywołując art.90 ust.3 łącznie z art.89 ust.1 pkt 3 pzp.

Podsumowując zarzut naruszenia art.90 ust.3 i art.89 ust.1 pkt 3 pzp nie znajduje uznania w ocenie Izby. Zamawiający miał prawo odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 90 ust.3 w związku z art.89 ust.1 pkt 3 pzp.

- II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią siwz w zakresie zaoferowanych media konwerterów światłowodowych oraz monitorów, podczas gdy zaoferowane przez odwołującego rozwiązania w pełni odpowiadają wymogom określonym przez zamawiającego w SIWZ

oraz

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie zgodności zaoferowanych rozwiązań, tj. media konwerterów światłowodowych oraz monitorów z wymogami siwz.

Odwołujący kwestionuje decyzję zamawiającego odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią siwz. Przy czym szczegółowo opisuje historię tworzenia dokumentacji budowlanej i wykonawczej w latach 2014 i 2017 wraz z erratą do tych dokumentacji. Na rozprawie zamawiający wyjaśnił potrzebę erraty w związku z użyciem nazw własnych urządzeń w pierwotnej dokumentacji. Przy czym zamawiający w erracie wpisał szereg szczegółowych parametrów, których nie zakwestionował na etapie siwz odwołujący. W toku postępowania odwoławczego nie udowodnił, że opisane urządzenia mają nazwy własne. Również nie wykazał, a co wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonej przez zamawiającego, że składając ofertę zastrzegł i wykazał równoważne rozwiązania. Nie zasługuje na uwzględnienie, w ocenie Izby, argumentacja odwołującego, że po złożeniu oferty na etapie badania rażąco niskiej ceny ma prawo wykonawca a zamawiający obowiązek przyjęć w trybie art.87 ust.1 pzp wyjaśnienia w celu udowodnienia zamawiającemu równoważności spornych urządzeń to jest media konwerterów i monitorów. Taka akcja jest spóźniona chociażby z przywołaniem art. 182 ust.2 pzp czy też Działu. III pkt 8 siwz. I tak (...)W tym celu wykonawca powinien precyzyjnie wyspecyfikować w dokumentach załączonych do oferty nazwę rozwiązania/produktu, producenta oraz specyfikacje techniczne oferowanych rozwiązań/produktów. Brak jakichkolwiek informacji o ofercie równoważnej oznaczać będzie, że wykonawca oferuje rozwiązania/produkty według wymagań Zamawiającego przedstawionych w załączniku do SIWZ”.

Tak więc argumentacji odwołującego w tym zakresie Izba nie uznaje. Zamawiający słusznie odrzucił ofertę również na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 pzp, ponieważ w ocenie Izby przedmiot zamówienia opisany w siwz stanowi podstawę do oceny czy treść oferty jest zgodna w treścią siwz.

Podsumowując Izba nie uznaje zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.87 ust.1 pzp. Wykonawca przede wszystkim zarzuty co do nieistotności opisanych rozwiązań powinien podnosić na etapie ogłoszenia siwz a nie po złożeniu oferty. Nawet gdyby były podstawy do złożenia oferty równoważnej, a czego odwołujący nie wykazał, to informacje i dowody na równoważność wykonawca powinien przedstawić i wykazać na etapie składania oferty w myśl art.29 ust.5 pzp i Działu III pkt 8 siwz a nie zaskakiwać zamawiającego przy badaniu rażąco niskiej ceny, czy na etapie realizacji umowy.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Cerbex Sp. z o.o./ przystępującego po stronie zamawiającego/wykonawcy wybranego z postępowania, podczas gdy podmiot ten brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie dało się wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy Cerbex sp. z o.o. z postępowania:

oraz

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 pzp przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Cerbex sp. z o.o. za odrzuconą, podczas gdy podmiot podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 pzp, jako, że brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, a spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie dało się wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. z postępowania:

W zakresie tego zarzutu Izba przyjmuje za własną argumentację przedstawioną poniżej. Przy czym nie znajduje uzasadnienia do wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego a nakazuje zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert w tym wezwaniu przystępującego po stronie zamawiającego na podstawie art.24 ust.10 ustawy Pzp. do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Jak wynika z dokumentacji postępowania wykonawca Cerbex Sp. z o.o. brał udział w jej przygotowaniu. Udział ten polegał na sporządzeniu dokumentacji projektowej. Dokumenty takie jak „Instalacja okablowania strukturalnego - errata do projektu budowlano - wykonawczego" czy „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego" - zostały sporządzone przez wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. Znajduje to potwierdzenie bezpośrednio w treści ww. dokumentów, gdzie na pierwszych stronach każdego z nich umieszczono wskazanie na wykonawcę Cerbex Sp. z o.o.

Istotne jest, że dokumenty sporządzone przez wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. na potrzeby postępowania - miały kluczowe znaczenie dla wykonawców przy sporządzaniu ofert.



Przykładowo w dokumencie pn. „Projekt instalacji systemu telewizji dozorowej CCTV - errata do projektu budowlano - wykonawczego” zawarto bardzo szczegółowe wymagania Zamawiającego, co do specyfikacji technicznej urządzeń składających się na instalację systemu telewizji dozorowej CCTV. Mając na uwadze powyższe - nie może być wątpliwości, że udział wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w przygotowaniu postępowania zapewnił mu przewagę konkurencyjną, bowiem wykonawca ten już co najmniej od marca 2017 r. (taka jest data sporządzenia ww. dokumentów składających się na dokumentację przetargową) - wiedział co dokładnie będzie przedmiotem zamówienia oraz znał wszelkie ryzyka związane z realizacją zamówienia. Dzięki takiej przewadze wykonawca Cerbex Sp. z o.o. mógł chociażby starać się o korzystniejsze ceny na materiały niezbędne do realizacji zamówienia zanim inni wykonawcy dowiedzieli się o przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca mógł również odpowiednio wcześniej zastrzec u dostawców, z którymi współpracuje wyłączność cen na określone materiały niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia, wyłączając po stronie pozostałych wykonawców możliwość uzyskania u tych dostawców cen na takim samym poziomie.

Zatem bez wątpienia w niniejszym przypadku udział wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. doprowadził do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Podmiot ten uzyskał przewagę nad pozostałymi oferentami i jest możliwe, że jego udział w przygotowaniu dokumentacji postępowania doprowadził do zakłócenia konkurencji.

Ponadto na rozprawie odwołujący złożył dowody potwierdzające udział przystępującego w procesie przygotowania postępowania, czemu zamawiający nie zaprzeczył:

Wyciąg z protokołu „W poczet materiału dowodowego pełnomocnik odwołującego w związku z wniesionym pismem procesowym w dniu 16.09.2020r. załącza następujące dokumenty:

1. Pierwsza strona przedmiaru pod nazwą instalacja systemu telewizji dozorowej CCTV (system monitoringu) z datą 03.04.2020r.
2. Strona 5 protokołu postępowania, gdzie wypisane są osoby biorące udział w czynnościach przygotowania postępowania w tym przygotowujące OPZ i jest wymieniony pan W. K. – prezes Przystępującego”.

W tym stanie rzeczy w ocenie Izby zamawiający jest zobowiązany do procedury z art.24 ust.10 pzp zgodnie z którą w przypadkach, o których mowa w art.24 ust.1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Zarzut odwołania potwierdził się, co zadecydowało o uwzględnieniu odwołania.

- IV. Zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z §4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - przez udostępnienie odwołującemu dokumentacji postępowania dotyczącej wykonawcy Cerbex sp. z o.o. w taki sposób, że odwołującemu utrudniono złożenie odwołania od czynności wyboru oferty tego podmiotu:

Dnia 31.07.2020 r. (tj. dnia następnego po dniu publikacji informacji o wynikach postępowania) odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie dokumentami postępowania w zakresie dotyczącym wykonawcy Cerbex Sp. z o.o.

Odwołujący zamierzał ustalić czy w trakcie postępowania zamawiający wezwał wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. w trybie art. 24 ust. 10 pzp do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie zakłócił konkurencji.

Zamawiający udostępnił odwołującemu dokumentację postępowania dopiero dnia 4.07.2020 r. (tj. w dniu w którym upływał termin na wniesienie odwołania od czynności wyboru oferty wykonawcy Cerbex Sp. z o.o.). Z tego względu odwołującemu:

— utrudniono zweryfikowanie czy zamawiający w toku postępowania wezwał wykonawcę Cerbex Sp. z o.o. w trybie art. 24 ust. 10 pzp do wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłócił konkurencji

oraz

— utrudniono zakwestionowanie ewentualnych wyjaśnień wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w tym zakresie.

Udostępnienie odwołującemu dokumentacji postępowania dotyczącej wykonawcy Cerbex Sp. z o.o. w sposób opisany powyżej - skróciło odwołującemu czas na sformułowanie zarzutów dotyczących czynności wyboru oferty wykonawcy Cerbex z gwarantowanych ustawowo 5 dni do 1 niepełnego dnia roboczego.

Taki sposób udostępnienia przez zamawiającego dokumentacji postępowania niezbędnej do skorzystania przez odwołującego ze środka ochrony prawnej - naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. art. 7 ust. 1 Pzp, jak również zasady udostępniania dokumentacji postępowania określone w art. 96 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (gdzie określono, że zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie).

Zarzut potwierdził się co do faktu, że zamawiający nie wezwał Cerbex sp. z o.o./ przystępujący po stronie zamawiającego/wykonawca wybrany do procedury z art. 24 ust.10 pzp. w związku z udowodnieniem przez odwołującego okoliczności opisanych w art.24 ust.1 pkt 19 pzp. Na rozprawie zamawiający przyznał, że nie zastosował procedury i uwzględnił zarzut a odwołujący wycofał zarzut. Na rozprawie strony złożyły następujące oświadczenia (Pełnomocnik radca prawny zamawiającego stawia zarzut i żąda odrzucenia zarzutu zawartego w odwołaniu w zakresie zarzutu nr.7 w zakresie art. 96 ust.3 tj. niedoręczenie protokołu w związku z zarzutem dotyczącym nie wezwania w zakresie konkurencyjności wykonawcy wybranego, który brał udział w przygotowaniu postępowania. W tym miejscu Przystępujący popiera ten wniosek Zamawiającego. W tym miejscu pełnomocnik adwokat odwołującego wyjaśnia wraz z prezesem okoliczności otrzymania protokołu postępowania, nie mniej cofa w tym miejscu zarzut naruszenia przepisu wymienionych w pkt. 7 zarzutów odwołania, przy czym w tym miejscu strony zgodnie oświadczają, że wykonawca wybrany przystępujący w sprawie nie wyjaśniał kwestii konkurencyjności w związku z przygotowaniem dokumentacji, co przystępujący potwierdza tę okoliczność).

Zarzut ten został przez zamawiającego uwzględniony i jednocześnie wycofany przez odwołującego. W ocenie Izby zarzut ten nie ma znaczenia w rozstrzygnięciu sprawy. Istotnym w tym zakresie jest okoliczność, że zamawiający przyznał, że nie zastosował trybu z art.24 ust.10 pzp, co spowodowało uwzględnienie odwołania z powodu potwierdzenia zarzutu powyżej pod poz. III niniejszego uzasadnienia Izby(naruszenie art.24 ust.10 w zw. z art.24 ust.1 pkt 19 pzp).

- V. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 pzp przez wybór oferty wykonawcy Cerbex sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejsza w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert oraz powinna zostać uznana za odrzuconą:

Jak przyznał w odwołaniu odwołujący „Przedmiotowy zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów”. Z kolei w ocenie Izby zarzut ten jest przedwczesny. Co prawda Izba nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty. Nakazała też odrzucenie oferty odwołującego, ale przystępujący pozostaje w postępowaniu i jego wybór ponowny jest uzależniony od wyniku procedury z art.24 ust.10 ustawy pzp. Tak więc wskazane naruszenie przepisów i ich potwierdzenie w tym zarzucie nie ma wpływu na wynik postępowania, jak zaznaczył sam odwołujący, ma charakter wynikowy, ponieważ wykonawca wybrany nadal pozostaje jako potencjalny wykonawca wybrany.

Podsumowując odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z racji naruszenia przez zamawiającego przepisu art.24 ust.10 w związku z art.24 ust.1 pkt 19 pzp, przez nie

zastosowanie procedury wobec wykonawcy, polegającej na zapewnieniu Cerbex sp. z o.o./wykonawcy wybranemu/przystępującemu po stronie zamawiającego możliwości udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 pkt 1 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500,00 zł jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kwotę 3.600,00 zł. z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie złożonej faktury vat.

**Przewodniczący:** .....