

Sygn. akt KIO 1028/14

Sygn. akt KIO 1029/14

WYROK

z dnia 26 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Aneta Mlącka
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9, 12 i 23 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. O. sp. jawna we Wrocławiu, LTT sp. z o.o. w Warszawie oraz w dniu 22 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Ekoinbud sp. z o.o. w Gdańsku, Trias S.A. z w Toruniu oraz Trias AVI Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Pałac Kultury i Nauki Sp. z o.o. w Warszawie

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mermaid Construction sp. z o.o., Mermaid Properties sp. z o.o., Chemtrol Division Teatro S.A. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 1028/14 i KIO 1029/14;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Ekoinbud sp. z o.o. w Gdańsku, Trias S.A. z w Toruniu oraz Trias AVI Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1028/14;
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. O. sp. jawna we Wrocławiu, LTT sp. z o.o. w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1029/14

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Pałacowi Kultury i Nauki Sp. z o.o. w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Pałac Kultury i Nauki Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. O. sp. jawna we Wrocławiu, LTT sp. z o.o. w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Ekoinbud sp. z o.o. w Gdańsku, Trias S.A. z w Toruniu oraz Trias AVI Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisów od odwołań, w tym:
 - 2.1.1. kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. O. sp. jawna we Wrocławiu, LTT sp. z o.o. w Warszawie;
 - 2.1.2. kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Ekoinbud sp. z o.o. w Gdańsku, Trias S.A. z w Toruniu oraz Trias AVI Sp. z o.o. w Warszawie;
 - 2.2.1. zasądza od Pałacu Kultury i Nauki Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M. O. sp. jawna we Wrocławiu, LTT sp. z o.o. w Warszawie kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2.2. zasądza od Pałacu Kultury i Nauki Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane Ekoinbud sp. z o.o. w Gdańsku, Trias S.A. z w Toruniu oraz Trias AVI Sp. z o.o. w Warszawie kwotę 24.454 zł 28 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta pięćdziesiąt cztery złote dwadzieścia osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1028/14

Sygn. akt KIO 1029/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Pałac Kultury i Nauki Sp. z o.o. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Dostosowanie Sali Kongresowej w Pałacu Kultury i Nauki do wymogów przepisów ppoż.”

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 20 lutego 2014 r., pod numerem 2014/S 036-058333.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

12 maja 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mermaid Construction sp. z o.o., Mermaid Properties sp. z o.o., Chemtrol Division Teatro S.A. dalej jako „Konsorcjum Mermaid”, wobec której zostały wniesione dwa odwołania. Odwołujący zachowali obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołań.

Odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. O. sp. jawna we Wrocławiu, LTT sp. z o.o. w Warszawie, dalej również jako: „Konsorcjum O.” (sygn. akt. KIO 1028/14):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjum Ekoinbud pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące zamawiającemu podjęcie takiej decyzji;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez nie wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy konsorcjum Mermaid pomimo, że zaistniały okoliczności nakazujące zamawiającemu podjęcie takiej decyzji;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec braku odrzucenia oferty Konsorcjum Mermaid;
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania wykluczenia z udziału w przetargu Konsorcjum Ekoinbud i Konsorcjum Mermaid, dokonanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mermaid oraz dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Powołał następujące podstawy zarzutów w stosunku do Konsorcjum Ekoinbud:

1. brak wykazania dodatniego skumulowanego (łącnego) wyniku netto z prowadzonej działalności gospodarczej za ostatnie trzy lata obrotowe, gdyż skumulowany (łączny) wynik netto z prowadzonej działalności gospodarczej za ostatnie trzy lata obrotowe podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Ekoinbud jest ujemny;

2. odpowiedzi na wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień lub dokonania uzupełnień wraz z dokumentami wyjaśniającymi i uzupełniającymi przedkładała w imieniu konsorcjum i działając bez upoważnienia TRIAS S.A., podczas, gdy pełnomocnikiem konsorcjum było Przedsiębiorstwo Budowlane Ekoinbud sp. z o.o.;

Jako przyczyny wykluczenia Konsorcjum Mermaid i odrzucenia złożonej przez nie oferty odwołujący wskazywał:

1. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania w związku z okolicznościami zawartymi w art. 24 ust. 1 ustawy zostało złożone przez CHEMTROL podczas, gdy członkiem konsorcjum jest Chemtrol Division Teatro S.A.;

2. konsorcjum złożyło jedynie część sprawozdań finansowych bilans i rachunek zysków i strat i nie złożyło sprawozdań finansowych Chemtrol Division Teatro S.A.;

3. konsorcjum nie złożyło oświadczenia o braku albo przynależności do grupy kapitałowej;

4. dokumenty potwierdzające spełnianie warunku dotyczącego kwalifikacji technicznych zostały przedstawione przez podmiot, który nie jest członkiem konsorcjum. Dotyczą CHEMTROL podczas, gdy członkiem konsorcjum jest Chemtrol Division Teatro S.A.;

5. konsorcjum nie wykazało spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdyż referencje nie wskazują, że wykonane umowy dotyczą sali o ilości co najmniej 550 miejsc, ani nie dotyczą robót budowlanych;

6. konsorcjum składając ofertę zawierającą rozwiązania równoważne wbrew wymaganiom zamawiającego nie przedstawiło miarodajnej ekspertyzy potwierdzającej co najmniej równoważność

uzyskanych efektów;

7. techniczne braki oferowanego sprzętu, co potwierdza nieokreślenie w wielu przypadkach producenta oferowanych urządzeń, brak typu, symbolu, charakterystyk, określenia zakresu realizowanych parametrów, i dołączenie pomimo innego wymogu zamawiającego kart katalogowych nie opracowanych przez producenta oferowanego sprzętu:

7.1. zgodnie z projektem winno zostać zastosowane urządzenie - panele inspicjenta nie gorsze niż Command EE311A, EF311A oraz EE320A posiadające programowalne 3-kolorowe przyciski,

które zostaną wykorzystane do sygnalizowania przychodzącego wywołania, nawiązanego połączenia, zajętości linii czy włączonej funkcji sterowania. Zaoferowane urządzenie TELEX DKP-12+MCP90-0 wymienione posiada dwie diody przy każdym z przycisków co uniemożliwia spełnienie warunku i drastycznie ogranicza funkcjonalność systemu inspicjenta;

7.2. wykazanie równoważności nie nastąpiło za pomocą oryginalnych kart katalogowych producenta,

- w ofercie producenta nie występują modele wskazane w ofercie, nieoryginalne karty mają charakter oświadczenia, czego zamawiający nie dopuścił;

- urządzenie PRO X CUSTOM (konsola) nie występuje na stronie producenta, jest to urządzenie składające się z pewnych komponentów w całości tworząc pewien produkt, które to elementy nie zostały w ofercie konsorcjum Mermaid wymienione;

- komplety rozwiązań CUSTOM jako urządzenia równoważne bez wymienienia składowych urządzeń jakie wchodzi w to rozwiązanie;

- oferta konsorcjum Mermaid nie zawiera pełnego katalogu oferowanych urządzeń.

7.3. zaoferowane regulatory oświetleniowe wskazują na zaoferowanie zamiennika EC 21 Strand Lighting, który nie spełnia opisanych wymagań zamawiającego;

7.4. zaoferowany konwerter sygnału Ethernet, DMX. Oryginal 2port Node producent MA Lighting. Proponowany zamiennik N21 Strand Lighting Zamiennik N21 firmy Strand Lighting nie spełnia opisanych wymagań zamawiającego.

7.5. odtwarzacz firmy Denon model DN-501C nie jest urządzeniem równoważnym ponieważ nie odtwarza płyt CD o średnicy 8cm;

7.6. urządzenia głośnikowe basowe firmy L.Acoustics model SB28+SB28PLA nie są modelem równoważnym w stosunku do proponowanych projektem, gdyż nie posiada możliwości kształtowania kardoidalnej charakterystyki kierunkowości;

7.7. matryca systemu interkomowego firmy RTS-TELEX model ZEUS III nie jest modelem równoważnym w stosunku do proponowanych projektem, gdyż jest urządzeniem o zabudowie zwartej, nie modułowej, bez możliwości rozszerzenia jego funkcjonalności i użyteczności;

- zamawiający wymagał minimalnej ilości abonentów wynoszącej 32 a zaoferowane urządzenie posiada maksymalną ilość abonentów 32;

- wykonawca nie udowodnił w złożonej ofercie, iż zaproponowana centralka zapewni sterowanie sygnalizacją świetlną i dźwiękową oraz wydawanie poleceń przez system rozgłaszania w 11 strefach określonych projektem;

7.8. - matryca systemu interkomowego firmy RTS-TELEX model ZEUS III posiada port RS-232, jednak z informacji zawartych w karcie katalogowej, port ten służy jedynie do konfiguracji matrycy poprzez oprogramowanie AZedit. W ofercie nie przedstawiono informacji z których wynika, iż zaproponowana centralka zapewni możliwość sterowania cyfrowym modułem komunikatów;

- wykonawca nie przedstawił również równoważnego systemu sterowania cyfrowym modułem komunikatów.

Konsorcjum Ekoinbud i Konsorcjum Mermaid przystąpiły do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Ekoinbud sp. z o.o. w Gdańsku, Trias S.A. z w Toruniu oraz Trias AVI Sp. z o.o. w Warszawie, dalej również jako: „Konsorcjum EKOINBUD” (sygn. akt. KIO 1029/14):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie w odniesieniu do Konsorcjum Mermaid:

1. art. 24b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mermaid w sytuacji, gdy wykonawcy ci rozmyślnie nie złożyli listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, podczas gdy członkowie konsorcjum są powiązani z innymi podmiotami na zasadach określonych w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.);

2. art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mermaid w sytuacji, gdy wykonawcy ci złożyli nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez załączenie do oferty przerobionych kart katalogowych urządzeń mających wejść w zakres zamówienia;

3. art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz 26 ust. 2b Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mermaid w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi wykonać zamówienie;

4. art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz 26 ust. 2b Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mermaid w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali, że będą realnie dysponować zasobami udostępnionymi temu wykonawcy przez podwykonawców;

5. ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mermaid do uzupełnienia zobowiązań złożonych przez podwykonawców w taki sposób, aby z zobowiązań tych wynikał charakter zasobów, osoba udostępniająca oraz realność udostępnienia zasobów,

6. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b i § 3 ust. 1-3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z

dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mermaid do uzupełnienia oferty o dokumenty podmiotowe wymienione o których mowa w §1 ust. 1-3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, a więc dokumenty wskazane do złożenia przez wykonawców w pkt 6.25 oraz 6.27-6.30 SIWZ;

7. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mermaid do uzupełnienia oferty o informację o niekaralności członka zarządu Chemtrol Division Teatro S.A. - J. A. R. S. ;

8 . art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24. ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na obrazę przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mermaid w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do osób zdolnych do jego wykonania w zakresie osoby Kierownika Budowy;

9. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mermaid w sytuacji, gdy treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dokumentów potwierdzających, że urządzenia, rozwiązania techniczne, w tym równoważne i inne środki techniczne wyszczególnione w ofercie tego wykonawcy nie są zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w szczególności w odniesieniu do kosztorysów, kart katalogowych urządzeń, wskazania ilości, parametrów technicznych i funkcjonalności, rodzaju, modelu i producenta urządzeń;

10. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mermaid w sytuacji, gdy urządzenia, rozwiązania techniczne, w tym równoważne i inne środki techniczne wyszczególnione w ofercie nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

11. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mermaid w sytuacji popełnienia przez tych wykonawców w ofercie błędu nie stanowiącego omyłki, a tym samym braku możliwości poprawienia błędu w trybie art. 87 ust. 2 Pzp;

12. art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór oferty Konsorcjum Mermaid.

W odniesieniu do Konsorcjum O. odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum O. w sytuacji, gdy ten wykonawcy ci nie wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie potwierdzenia, że wykonane roboty referencyjne dotyczyły sali o zmiennych parametrach akustycznych;

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum O. w sytuacji, gdy urządzenia, rozwiązania techniczne, w tym równoważne i inne środki techniczne wyszczególnione w ofercie nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

3. art. 7 ust. 1 przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum O. względnie zaniechał odrzucenia ich oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Mermaid oraz nakazanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania lub odpowiednio odrzucenia jego oferty, przeprowadzenia ponownej oceny i badania ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Wniósł również o:

- dopuszczenie dowodu z opinii biegłego lub biegłych z zakresu konstrukcji estrady oraz urządzeń

estrady, systemów nagłośnienia, systemów komunikacji dla oceny zgodności rozwiązań i urządzeń zaproponowanych przez Konsorcjum Mermaid z wymaganiami SIWZ;

- dopuszczenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;

- dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadka P. J. ;

- dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność nieautentyczności kart katalogowych załączonych przez Konsorcjum Mermaid pochodzących rzekomo od producenta - firmy MIDAS Klark

Teknik Musie Group Research UK Limited, na okoliczność nie występowania w obrocie handlowym urządzeń firmy MIDAS w konfiguracji wskazanej w ofercie tego wykonawcy, na okoliczność niezgodności z SIWZ rozwiązań, urządzeń, w tym równoważnych oraz konfiguracji technicznych będących częścią oferty Konsorcjum Mermaid;

- przyznanie odwołującemu kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone poprzez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków.

Zarzuty odwołania zostały oparte na następujących okolicznościach:

I. W odniesieniu do Konsorcjum Mermaid:

Ad. 1. Obowiązek złożenia prawdziwego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej dotyczy każdego z członków konsorcjum. Do grupy lub grup kapitałowych skupiających członków tego konsorcjum wchodzi m.in. CHEMTROL POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ w Warszawie, ALEKSANDRIA MERMAID SPÓŁKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ w Warszawie, ALEKSANDRIA MERMAID SPÓŁKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" SPÓŁKA KOMANDYTOWO – AKCYJNA w Warszawie;

Ad. 2. - Treść tabelki zawarta na stronie 263 i jednoznacznie wskazuje, iż jest to sfabrykowane na potrzeby niniejszego postępowania oświadczenie opracowane przez wykonawcę, a nie oficjalna karta katalogowa producenta, których złożenia zamawiający wymagał. Podobnie w wymienionych załącznikach dotyczących jednostek systemu dystrybucji i komutacji sygnałów fonicznych.

- Firma MIDAS jest firmą angielską, której siedziba znajduje się Wielkiej Brytanii zatem oficjalna (oryginalna) karta katalogowa w całości powinna być w jednej wersji językowej (np. polski lub angielski, ale nie mieszanej).

- Zamieszczone na stronie 263 oświadczenie „za zgodność z oryginałem” jest potwierdzeniem nieprawdy i świadomym wprowadzeniem w błąd zamawiającego.

- załączniki dotyczące cyfrowego systemu dystrybucji i komutacji sygnałów audio nie są ze sobą spójne zarówno w formie graficznej jak i językowej.

- wykonawca usiłował stworzyć wrażenie, że karty katalogowe są oryginalne, ale w części rzekomych kart popełnił niezamierzone błędy (z tego względu pozostały w nich polskie odpowiedniki).

- firma MIDAS nie posiada produktów wymienionych w ofercie.

Ad. 3-5. - wykonawca oświadczył, że wykona zamówienie przy udziale podwykonawców: Cofely Technika Instalacyjna, SKYNET, AUDIOPLUS. Zobowiązania do udostępnienia swoich zasobów złożyły SKYNET, AUDIOPLUS, dołączono również zobowiązanie złożone na papierze firmowym Mermaid Construction sp. z o.o., nie podpisane przez zarząd tej spółki i opatrzone pieczęcią firmową Cofely Technika Instalacyjna sp. z o.o. w Warszawie, nie potwierdzono więc, który podmiot udostępnia zasób;

- żaden z podmiotów udostępniających zasoby nie wskazał o jakie konkretnie zasoby chodzi;
- prawdopodobnie zasobem podlegającym udostępnieniu były osoby, będące pracownikami podwykonawców, jednak osoby te nie zostały udostępnione przez podmioty trzecie wskazane w

ofercie, a jednocześnie oświadczenia kierowników robót nie są mogą zostać uznane za wiarygodne, jako, że podstawą dysponowania tymi osobami powinny być zobowiązania podmiotów trzecich wskazanych w ofercie jako podwykonawcy (treści zobowiązań załączonych do oferty nie wynika, że udostępniają konkretne osoby).

- nie dołączono dokumentów podmiotowych, które zobowiązany jest złożyć podmiot udostępniający swe zasoby będący jednocześnie podwykonawcą;

Ad. 6 i 7. do oferty nie załączono informacji dotyczącej J. A. R. S. , mimo, iż jest to osoba, która reprezentuje Chemtrol Division Teatro S.A. w tym postępowaniu (m.in. podpisała pełnomocnictwo dla Mermaid Construction sp. z o.o. do reprezentowania w postępowaniu przetargowym). .

Ad. 8. Pan A. T. M. nie posiada doświadczenia wymaganego przez zamawiającego w stosunku do Kierownika Budowy, gdyż:

- wskazanie w wykazie trzech zadań inwestycyjnych, bez podania dat ich realizacji uniemożliwia ustalenie wymaganego okresu doświadczenia;

- dwa spośród trzech zadań inwestycyjnych obejmują nadzór budowlany konserwatorski nad

prowadzonymi remontami, nie zaś doświadczenie zawodowe jako kierownik budowy/robót;

Ad. 9 i 10. Odwołujący podniósł zarzuty:

- braku złożenia oryginalnych kart katalogowych innych urządzeń;
- nie określenia przedmiotu oferty;
- niespełniania przez wykonawcę wymagań w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalnych zaoferowanych urządzeń w zakresie elektroakustyki;
- nie spełnienia wymagania w zakresie systemu nagłośnienia frontального widowni;
- nie spełnienia przez wykonawcę wymagań określonych w SIWZ i załączniku nr 10 do SIWZ, w tym nie załączenia miarodajnej ekspertyzy w przypadku zastosowania innej ilości urządzeń niż wskazano w projekcie;
- braku schematu blokowego dla oferowanych rozwiązań równoważnych;
- nie spełnienia wymagań Projektu Wykonawczego w zakresie oświetlenia technologicznego;
- dotyczące niezgodności z SIWZ oferty Konsorcjum Mermaid wynikające z zastosowania urządzeń zamiennych producenta RTS. w odniesieniu do projektu wykonawczego i złożonych kart katalogowych na stronach ofert od 275 do 290. oraz 231 do 238 dotyczących urządzeń RTS.

W odniesieniu do każdego z zarzutów odwołujący szczegółowo wskazał elementy oferty Konsorcjum Mermaid i powołał szczegółowe parametry, którymi posłużył się zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia;

Ad. 11. ramach poszczególnych kosztorysów ofertowych wykonawcy, zgodnie z zasadami kosztorysowania winni byli (o ile opierali się o załączone przez Zamawiającego jedynie pomocniczo przedmiary) w poszczególnych kolumnach umieścić następujące dane - liczba pozycji, podstawa wyceny, opis pozycji, jednostka przedmiarowa, ilość, cena jednostkowa, wartość. Wartość danej pozycji kosztorysowej winna być sumą ceny jednostkowej i ilości przyjętych jednostek miary dla danego elementu robót. Ta zasada wyliczania wartości pozycji przedmiarowych została pominięta przez Konsorcjum Mermaid przy kalkulacji całego kosztorysu dotyczącego Automatyki. Wartość całego kosztorysu dla automatyki winna być obniżona o kwotę 16 771,24 zł netto, co w sposób bezpośredni winno wpłynąć na wysokość ceny ofertowej. Poprawę odwołujący uznała zasadniczo niedopuszczalną na gruncie postanowień SIWZ.

W odniesieniu do Konsorcjum O. odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

Ad. 1. Odwołanie nie zawierało uzasadnienia podniesionego zarzutu;

Ad. 2. Odwołujący podniósł zarzuty:

- braku spełnienia wymagań w zakresie parametrów technicznych i funkcjonalnych zaoferowanych urządzeń;
- nie spełnienia wymagania w zakresie instalacji urządzeń technologicznych estrady (mechanika

sceny);

- niezgodności zaoferowanego systemu inspicjenckiego z wymaganiami SIWZ.

W odniesieniu do każdego z zarzutów odwołujący szczegółowo wskazał elementy oferty Konsorcjum Mermaid i powołał szczegółowe parametry, którymi posłużył się zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia;

Konsorcjum O. i Konsorcjum Mermaid przystąpiły do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniesli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez „Konsorcjum O.” (sygn. akt. KIO 1028/14):

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący został pozbawiony możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz zysku związanego z wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie okazało się zasadne, mimo że nie wszystkie podniesione zarzuty znalazły potwierdzenie.

Zarzuty wobec Konsorcjum EKOINBUD:

Ad. 1. Izba rozpoznała zarzut w granicach wyznaczonych wskazanymi przez odwołującego okolicznościami faktycznymi i prawnymi. W uzasadnieniu odwołania powołano brak wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiarygodności ekonomicznej z powodu braku osiągnięcia łącznie przez wszystkich uczestników konsorcjum skumulowanego dodatniego wyniku ekonomicznego netto i tylko ta kwestia zgodnie z art. 192 ust. 8 Pzp mogła być rozpoznana.

W związku z tym Izba nie dopuściła w charakterze dowodu dokumentu prywatnego – opinii biegłego rewidenta.

Dokonując oceny zarzutu w granicach odwołania Izba uznała, że Konsorcjum EKOINBUD wykazało spełnienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż z postanowienia 5.3. SIWZ jasno wynika, że zamawiający dopuścił możliwość wykazania warunku, albo łącznie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, albo przez jednego z członków konsorcjum. Wymaganie dotyczące osiągnięcia skumulowanego dodatniego (łącznego) wyniku finansowego netto z prowadzonej działalności gospodarczej spełniało P.B. EKOINBUD Sp. z o.o., co zgodnie z powołanym postanowieniem SIWZ oraz art. 23 ust. 3 Pzp skutkuje wykazaniem warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum EKOINBUD.

Ad. 2. Izba zważyła, że mimo obligatoryjnego ustanowienia pełnomocnika przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia brak jest ustawowego obowiązku udzielania odpowiedzi na wezwania zamawiającego wyłącznie przez pełnomocnika ustanowionego w trybie art. 23 ust. 2 Pzp. Powołany przepis nie ogranicza również możliwości ustanowienia przez współkonsorcjantów kilku pełnomocników, ani też wzajemnego upoważnienia każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do działania na rzecz konsorcjum.

Zasadnie zatem odwołujący cofnął zarzut, gdyż stosowne pełnomocnictwo posiadał również członek konsorcjum - TRIAS S.A.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum EKOINBUD rozpatrywany w granicach odwołania nie znalazł potwierdzenia.

Zarzuty wobec Konsorcjum Mermaid:

Ad 1. Izba uznała, że podanie w treści oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania w związku z okolicznościami zawartymi w art. 24 ust. 1 Pzp niepełnej nazwy jednego z uczestników Konsorcjum tj. CHEMTROL, gdy członkiem konsorcjum jest Chemtrol Division Teatro S.A. nie dyskwalifikuje tego oświadczenia.

Po pierwsze: mimo, że wskazane oświadczenie to nie jest oświadczeniem woli *sensu stricte*, to jego ocena powinna następować z uwzględnieniem dyrektyw wykładni oświadczeń woli. Tym samym oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania podlega interpretacji z uwzględnieniem okoliczności jego złożenia (*arg. a simili* z art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp). Izba uznała, że skoro oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania zostało złożone wraz z ofertą w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia to pochodzi od jednego z członków konsorcjum, które ofertę złożyło - Chemtrol Division Teatro S.A.. Jeśli

odwołujący twierdzi przeciwnie, winien twierdzenie swoje udowodnić. Tymczasem wyniki postępowania dowodowego nie uzasadniają podniesionego zarzutu.

Same wątpliwości odwołującego nie mogą prowadzić do potwierdzenia zarzutu. Postępowanie odwoławcze ma charakter sporny i unieważnienie czynności zamawiającego powinno mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy została dowiedziona jej wadliwość.

Ad. 2. Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że złożenie wyłącznie bilansu oraz rachunku zysków i strat nie spełnia wymagania wynikającego z postanowienia 6.20 SIWZ.

§ 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów daje zamawiającemu wybór. Zamawiający może żądać złożenia całego sprawozdania finansowego, albo ograniczyć się do rachunku zysków i strat. Zamawiający w pkt 6.20 SIWZ wyraźnie dokonał wyboru pierwszej możliwości, zatem wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani na podstawie odrębnych przepisów do sporządzania sprawozdań finansowych powinni złożyć co najmniej informację dodatkową, która obejmuje wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia. Złożenie bilansu i rachunku zysków i strat, w sytuacji gdy zamawiający żąda złożenia całego sprawozdania finansowego, nie może być uznane za spełnienie dyspozycji art. 26 ust. 2c Pzp. Zdaniem Izby przepis ten umożliwia wykonawcy przedstawienie zamawiającemu dokumentu innego niż roczne sprawozdanie finansowe albo jego część, jeśli sprawozdanie finansowe dotyczące okresu wskazanego przez zamawiającego nie zostało jeszcze sporządzone, albo wykonawca działający z należytą starannością nie może go złożyć zamawiającemu. W takiej sytuacji wykonawca może złożyć inne dokumenty, przykładowo sprawozdania kwartalne albo półroczne.

Konsorcjum Mermaid wbrew wymaganiu zamawiającego nie złożyło całego sprawozdania finansowego, co nakazuje uznać zarzut za potwierdzony, zwłaszcza, że zamawiający oświadczył na rozprawie, że uzyskał ten dokument po dokonaniu wezwania.

Zamawiający nie powinien na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu traktować swoich wymagań jasno opisanych w SIWZ w sposób dowolny.

Izba nie nakazała zamawiającemu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia brakujących elementów sprawozdania finansowego, gdyż zamawiający dokonał już tej czynności.

Pozytywna ocena zdolności finansowej i ekonomicznej Konsorcjum Mermaid została prawidłowo ustalona na podstawie złożonych bilansów i rachunków wyników. Powtórzona czynność badania i oceny ofert powinna obejmować informację dodatkową oraz sprawozdania finansowe Chemtrol Division Teatro S.A.

Szersze uzasadnienie formalnoprawne odnoszące się do zasadności uwzględnienia odwołania, mimo tego, że zamawiający dokonał uzupełnienia dokumentów znajduje się w pkt ad. 7 i 8

uzasadnienia dotyczącego odwołania wniesionego przez Konsorcjum EKOINBUD.

Ad 3. Rację ma zamawiający, gdy twierdzi, że z postanowień SIWZ nie wynika obowiązek złożenia odrębnego oświadczenia o braku albo przynależności do grupy kapitałowej.

Oświadczenie o uczestnictwie w grupie kapitałowej wykonawcy w badanym postępowaniu składali przez zaznaczenie stosownego oświadczenia w Formularzu oferty, którego wzór stanowił załącznik Nr 1 do SIWZ. Konsorcjum Mermaid złożyło zatem stosowne oświadczenie, zgodnie z którym jego członkowie nie należą do grup kapitałowych i stosownie do tego w zestawie załączników zaznaczono, że konsorcjum nie dotyczy obowiązek złożenia listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej. Od strony formalnej oczekiwania zamawiającego zostały zatem spełnione, gdyż wymagane oświadczenie zostało złożone.

Oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie mają jednak znaczenia wyłącznie formalnego, gdyż ich istotą jest wykazanie okoliczności relewantnych materialnie, mających znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę.

Izba uznała zatem zarzut za potwierdzony, gdyż nie można pominąć, że po wniesieniu odwołania zamawiający pismem z 4 czerwca 2014 r. wystąpił do Konsorcjum Mermaid żądając złożenia list podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej dla każdego z konsorcjantów, a konsorcjum wymagane listy złożyło pismem z 5 czerwca 2014 r.

Stan rzeczy był zatem w istocie inny, niż uwidocznił w oświadczeniu złożonym w ofercie, gdyż członkowie Konsorcjum Mermaid wchodzi w skład grupy kapitałowej. Z uwagi na podniesienie przez Konsorcjum EKOINBUD zarzutu w odniesieniu do uczestnictwa Konsorcjum Mermaid w grupie kapitałowej, szersze rozważania w tej materii zostaną przedstawione w części uzasadnienia dotyczącej Konsorcjum EKOINBUD, a znaczenie dla rozstrzygnięcia znajdują się w pkt ad. 7 i 8 tej części uzasadnienia.

Ad. 4. w zakresie przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego kwalifikacji technicznych przez podmiot, który nie jest członkiem konsorcjum tj. CHEMTROL podczas, gdy członkiem konsorcjum jest Chemtrol Division Teatro S.A., Izba powieli argumentację powołaną w pkt ad. 1 powyżej.

Wobec braku wskazania i udowodnienia okoliczności przeciwnych Izba podzieliła również pogląd wyrażony przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że dokumenty kwestionowane przez odwołującego dotyczą Auditorium i Centrum Kongresowego w Kartaginie, które nie było niezbędne do wykazania warunku wiedzy i doświadczenia. Pozostałe roboty budowlane wskazane w wykazie robót złożonym przez Konsorcjum pozwalają na ustalenie, że wymagania zamawiającego zostały spełnione.

Ad. 5. Zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów celem poświadczeń lub innych dokumentów składanym wraz z wykazem jest potwierdzenie, że umowy powołane w wykazie zostały wykonane zgodnie z treścią zobowiązania wykonawcy. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umowy nie muszą i w praktyce często nie zawierają żadnych stwierdzeń identyfikujących szczegóły wykonanych prac istotnych dla wykazania warunku udziału w danym postępowaniu .

Z wykazu złożonego przez Konsorcjum Mermaid, który zamawiający szczegółowo badał w toku postępowania, wynika spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykonania robót budowlanych w sali o ilości co najmniej 550 miejsc. Zasadnie zatem odwołujący wycofał ten zarzut na posiedzeniu

Ad. 6 zarzut zaniechania złożenia wraz z ofertą miarodajnej ekspertyzy nie znalazł potwierdzenia.

W pkt 7.13 SIWZ zamawiający ustalił, że ewentualne zastosowanie urządzeń równoważnych o parametrach porównywalnych z SIWZ z wykorzystaniem innej ilości urządzeń niż wskazano w projekcie jest możliwe pod warunkiem, że wykonawca przedstawi miarodajną ekspertyzę.

Z brzmienia powołanego postanowienia SIWZ jasno wynika, że obowiązek złożenia ekspertyzy dotyczy wyłącznie wykonawcy wybranego, który będzie wykonywał umowę oraz jedynie w sytuacji, gdy liczba urządzeń równoważnych zastosowanych przez wykonawcę będzie inna, niż wskazano w projekcie.

Takie rozumienie SIWZ zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytanie nr 2 z 18 marca 2014 r.

Oczekiwanie złożenia wraz z ofertą ekspertyzy potwierdzającej co najmniej równoważność uzyskanych efektów nie znajduje oparcia w postanowieniach SIWZ.

Ad. 7. Odwołujący zarzucił ofercie Konsorcjum Mermaid techniczne braki oferowanego sprzętu, co potwierdza nieokreślenie w wielu przypadkach producenta oferowanych urządzeń, brak typu, symbolu, charakterystyk, określenia zakresu realizowanych parametrów, i dołączenie pomimo innego wymogu zamawiającego kart katalogowych nie opracowanych przez producenta oferowanego sprzętu.

Z uwagi na okoliczność, że ocena prawna zarzutu opiera się na takich samych ustaleniach, co w odniesieniu do zarzutów podniesionych przez Konsorcjum EKOINBUD stosowna ocena zostanie w przedstawiona w dalszej części uzasadnienia przy omawianiu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz dotyczących kart katalogowych podniesionego przez Konsorcjum EKOINBUD.

Odwołanie wniesione przez „Konsorcjum EKOINBUD” (sygn. akt. KIO 1029/14):

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący został pozbawiony możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz zysku związanego z wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podniesienie zarzutów wobec oferty złożonej przez Konsorcjum O., mniej korzystnej niż oferta odwołującego, mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 179 ust. 1 Pzp. Interes odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia wynika z samego faktu złożenia oferty w postępowaniu. Natomiast przesłanka szkody, będąca drugą niezbędną materialnoprawną przesłanką, warunkującą rozpoznanie odwołania co do istoty, powinna być badana w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia, a nie wyłącznie danego postępowania odwoławczego. Nie można wykluczyć, że - w razie ponowionej oceny ofert - Konsorcjum O. może uzyskać zamówienie kosztem odwołującego. Dopuszczenie możliwości kwestionowania wyłącznie oferty korzystniejszej, czyli rozpoznanie zarzutów wobec Konsorcjum O. dopiero po wyborze jego oferty mogłoby prowadzić do przewlekłości postępowania, co nie leży w interesie publicznym.

Izba dostrzegła, że rozpoznane mogą być wyłącznie zarzuty wobec treści oferty Konsorcjum O.. Odwołujący kwestionował wprawdzie również doświadczenie Konsorcjum O., jednak nie dookreślił zarzutu, w sposób umożliwiający jego rozpoznanie. Wbrew dyspozycji art. 183 ust. 3 nie powołał okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na zaniechanie zamawiającego. Pominięcie wskazania zakresu i przyczyn kwestionowanego doświadczenia uniemożliwia ocenę zarzucanego zamawiającemu zaniechania wykluczenia Konsorcjum O..

Odwołanie okazało się zasadne.

Zarzuty wobec Konsorcjum Mermaid:

Ad. 1. Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami. Opis stanu rzeczy przywołanego w pkt ad.3 (co do Konsorcjum Mermaid) odwołania wniesionego przez Konsorcjum O., wymaga uzupełnienia o wykazanie przez odwołującego, że do grupy lub grup kapitałowych skupiających członków tego konsorcjum wchodzi m.in. CHEMTROL POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ w Warszawie, ALEKSANDRIA MERMAID SPÓŁKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ w Warszawie, ALEKSANDRIA MERMAID SPÓŁKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ" SPÓŁKA

KOMANDYTOWO – AKCYJNA w Warszawie;

Istotą sporu jest ustalenie, czy złożenie nieprawdziwego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej skutkuje koniecznością wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d Pzp.

Izba uznała również, że sam fakt niezgodności informacji albo listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej z rzeczywistym stanem rzeczy nie może prowadzić do zwolnienia zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia prawidłowego dokumentu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, które to wezwanie powinno poprzedzać ewentualne wykluczenie wykonawcy.

Przepisy art. 24b ust. 2 oraz art. 26 ust. 2d Pzp należy bowiem czytać łącznie. Wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega zatem wykonawca, który mimo wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył informacji, że nie należy do grupy kapitałowej albo listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej.

Złożenie powołanych informacji albo listy nie jest warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Jednak ustawodawca w odniesieniu do tych dokumentów nakazał, w mającym imperatywny charakter art. 26 ust. 2d zdanie drugie Pzp, stosować takie same zasady jak w przypadku oświadczeń i dokumentów wskazujących na zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, odnoszą się one bowiem do sytuacji podmiotowej wykonawcy.

W konsekwencji złożenie informacji, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej w sytuacji, gdy powinna być złożona lista podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej albo listy podmiotów obciążonej błędami (nie tylko formalnymi, ale również co do treści listy) pociąga za sobą – co do zasady obowiązek zamawiającego wezwania do złożenia prawidłowego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W przeciwnym razie wykonawcy, którzy nie złożyli ani informacji, ani listy podmiotów byłiby w lepszej sytuacji od wykonawcy, który dokument taki złożył, jednak zawiera on błędy. Sytuacja taka jest niedopuszczalna na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż prowadzi do nierównego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp).

Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania wezwania w sytuacji, gdy omawiane błędy w treści oświadczenia lub listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej błędy powodują obowiązek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 albo art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp)

Izba dostrzegła, że mimo braku podniesienia przez odwołującego zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający odniósł się również i do tej podstawy wykluczenia.

Stanowisko prawne zamawiającego jest prawidłowe, gdyż przesłanki wykluczenia wymagane

powołanym przepisem w odniesieniu do informacji lub listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej powinny być badane w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, a więc złożenia ofert lub wniosków przez podmioty działające w ramach jednej grupy kapitałowej. Jeśli podmioty należące do jednej grupy kapitałowej nie złożyły wniosków lub ofert w tym samym postępowaniu nieprawdziwa informacja lub lista podmiotów nie mają bezpośredniego, ani ewentualnego wpływu na wynik postępowania (*vide*: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 17 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 768/13, 769/13 oraz z 6 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1223/13). W takiej sytuacji trudno też zachowaniu wykonawcy przypisać umyślność działania nakierowaną na wprowadzenie zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia, która zgodnie z linią orzeczniczą wypracowaną przez Sądy Okręgowe jest warunkiem koniecznym do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Izba uznała jednak, że mimo tego, że żądanie prawne odwołującego jest chybione, to okoliczności faktyczne leżące u podstaw zarzutu okazały się być trafnie podniesione przez odwołującego.

W konsekwencji, mimo, że brak złożenia prawidłowego oświadczenia oraz list podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej nie powoduje wykluczenia Konsorcjum Mermaid, Izba uznała zarzut za potwierdzony. W ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert listy złożenia przez przystępującego powinny być poddane kontroli wykonawców.

Próba doprowadzenia procedury do zgodności ze stanem faktycznym oraz wymaganiami ustawy w postaci żądania złożenia stosownych list po wniesieniu odwołania, nie może przynieść innego skutku niż uwzględnienie odwołania, gdyż czynność wyboru najkorzystniejszej oferty była wadliwa.

Ad. 2. zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mermaid w sytuacji, gdy wykonawcy ci złożyli nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez załączenie do oferty przerobionych kart katalogowych urzędów mających wejść w zakres zamówienia;

Z pkt 7.11. SIWZ wynika, że zamawiający wymagał złożenia kart katalogowych w przypadku złożenia oferty zawierającej rozwiązania równoważne.

Ponadto z analizy wyjaśnień treści SIWZ udzielonych pismem z 18 marca 2014 r. wynika, że zamawiający oczekiwał, że karty katalogowe będą pochodzić od producenta (nie będą własnym oświadczeniem wykonawcy) oraz, że będą mieć charakter szczegółowy.

Pogląd, że będzie to oryginalna karta katalogowa nie tylko nie znajduje uzasadnienia w treści SIWZ oraz udzielonych wyjaśnień, w związku z czym dowód z opinii biegłego nie dotyczył okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia i nie został przez Izbę dopuszczony.

Wymaganie złożenia wyłącznie oryginalnych kart katalogowych byłoby również nieracjonalne.

Niesporne jest, że w zakresie rozwiązań objętych przedmiotem zamówienia dokonuje się stały postęp techniczny. Skoro zamawiający oczekiwał rozwiązań o możliwie najwyższej funkcjonalności, to (zwłaszcza w badanej sprawie, gdzie zamawiający po raz trzeci próbuje udzielić zamówienia) wymaganie złożenia wyłącznie kart oryginalnych dotyczących urządzeń znajdujących się już w ofercie handlowej odcięłoby zamawiającemu możliwość sięgania do rozwiązań najnowocześniejszych.

Z korespondencji mailowej złożonej przez odwołującego i Konsorcjum Mermaid wynika, że taka sytuacja zaistniała w badanym postępowaniu, Konsorcjum Mermaid zaoferowało rozwiązanie, które na rynek trafi dopiero we wrześniu tego roku.

Przedmiot postępowania jest na tyle skomplikowany, że o ile oferta nie dotyczy rozwiązania wzorcowego (Stagetec), to oferty zawierające rozwiązania równoważne są projektami „szytymi na miarę”, dedykowanych konkretnemu zamawiającemu. Dlatego też w kartach katalogowych znalazły się odniesienia do konkretnych pomieszczeń, gdzie poszczególne urządzenia zostaną zamontowane.

Ponadto Izba podzieliła pogląd Konsorcjum Mermaid, że niezasadnym jest wymaganie złożenia kart katalogowych na wszystkie komponenty oferowanego systemu.

Karta produktu stanowi dokument przedmiotowy mający na celu potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego. Izba podzieliła pogląd zamawiającego, że informacje zamieszczone w kartach są relewantne i wystarczające dla oceny oferty.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający i Konsorcjum Mermaid nie byli obciążeni powinnością dowodową w odniesieniu do badanego zarzutu.

Ustawa Prawo zamówień publicznych powiela w art. 190 ust. 1 Pzp klasyczną zasadę rozkładu ciężaru dowodu ustaloną w art. 6 .k.c. Ciężar dowodu spoczywa zatem na tym, kto z danego twierdzenia wywodzi skutki prawne.

Przepisy procedury cywilnej znajdują w postępowaniu odwoławczym ograniczone zastosowanie. W sprawach nieuregulowanych w ustawie prawo zamówień publicznych stosuje się jedynie i to odpowiednio przepisy dotyczące postępowania przed sądem polubownym. Wbrew twierdzeniom odwołującego brak jest podstaw ku temu, aby *via* art. 185 ust. 7 Pzp i art. 13 § 2 k.p.c. posiłkować się regulacjami ogólnymi kodeksu postępowania cywilnego (por. uchwała SN z 7 lutego 2014 r., III CZP 90/13).

Ad. 3-6 Konsorcjum Mermaid wskazało, że wykona zamówienie przy udziale podwykonawców: Cofely Technika Instalacyjna, SKYNET, AUDIOPLUS. Wraz z ofertą konsorcjum złożyło zobowiązania do udostępnienia swoich SKYNET, AUDIOPLUS oraz zobowiązanie Cofely Technika Instalacyjna sp. z o.o. w Warszawie na papierze firmowym Mermaid Construction sp. z o.o., opatrzone pieczęcią firmową Cofely Technika Instalacyjna

sp. z o.o. w Warszawie. Firmy te nie są podmiotami udostępniającymi swe zasoby konsorcjum, które wykazał samodzielnie spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W wykazie osób, które będą odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi zostali wskazani Pan A. T. M. , Pan W. P. , Pan W. S. F. oraz Pani J. S. , którzy złożyli zobowiązania do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia oraz zawarcia stosownej umowy po wyborze oferty Konsorcjum Mermaid.

Zobowiązania osób wskazanych jako kierownicy robót nie są kwestionowane przez odwołującego.

Ocena stanowisk prezentowanych na rozprawie doprowadziła Izbę do przekonania, że zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podwykonawców zostały wskazane przez Konsorcjum Mermaid nadmiarowo, z braku dostatecznej znajomości skomplikowanych przepisów ustawy i ich wykładni, gdyż rzeczywista potrzeba, aby dokumenty takie zostały złożone, nie istnieje.

Izba uznała zatem, że Konsorcjum Mermaid prawidłowo wykazało, że będzie dysponować osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia.

Zarzuty wobec treści zobowiązań złożonych przez podwykonawców pozbawione są zatem jakiegokolwiek doniosłości prawnej, gdyż nie mają wpływu na ocenę zdolności podmiotowej Konsorcjum Mermaid do wykonania zamówienia, ani też na ocenę oferty, a w konsekwencji również na wynik postępowania.

Izba uznała, w tym stanie sprawy, że podwykonawcy nie są zobowiązani do złożenia dokumentów podmiotowych i nie dopatrzyła się podstaw do kwestionowania wiarygodności oświadczeń kierowników robót. Podstawą dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia mogą być nie tylko zobowiązania podmiotów trzecich, o ile są pracodawcami tych osób, ale też oświadczenia własne tych osób.

Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz 26 ust. 2b Pzp, art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz 26 ust. 2b Pzp, art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b i § 3 ust. 1-3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie znalazły potwierdzenia.

Ad. 7 i 8. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mermaid do uzupełnienia oferty o informację o niekaralności członka zarządu Chemtrol Division Teatro S.A. - J. A. R. S. .

Istotnie do oferty nie załączono informacji dotyczącej J. A. R. S. reprezentującego Chemtrol Division Teatro S.A. w tym postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający przyznał, że wymagany dokument nie został złożony wraz z ofertą przez Konsorcjum Mermaid. Wskazał, że pismem z 23 maja 2014 r. wezwał

konsorcjum do złożenia dokumentu i w odpowiedzi uzyskał wymagane oświadczenie potwierdzające okoliczności wymagane przepisami.

Odwołanie zawiera również zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24. ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na obrazę przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Mermaid w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali, że spełniają warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do Kierownika Budowy.

Również w tym przypadku zamawiający przeprowadził procedurę badania spełniania przez wskazanego w ofercie Konsorcjum Mermaid w Pana A. a T. a M. ego. W odpowiedzi na powołane wezwanie z 23 maja 2014 r. został złożony wykaz precyzujący i uzupełniający informacje dotyczące Pana A. a T. a M. ego przez podanie dat realizacji oraz doświadczenia zawodowego jako kierownik budowy/robót.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i uznała, że opisywane postępowanie zamawiającego potwierdza trafność podniesionych zarzutów, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania.

Przede wszystkim Izba dostrzegła, że odwołujący trafnie wskazał braki w oświadczeniach i dokumentach złożonych przez Konsorcjum Mermaid, zatem zamawiający dopuścił się naruszeń przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Nie można też pominąć, że zamawiający analogicznie jak w przypadku list grup kapitałowych, dokonał wezwania do uzupełnienia po wniesieniu odwołania w zakresie uchybień w ofercie Konsorcjum Mermaid wskazanych w odwołaniu. Czynności te stanowią element badania zdolności podmiotowej wykonawców i *lege artis* powinny być dokonane w ramach ponowionej czynności oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, ani nie dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, choć zdaniem Izby – skoro dokonuje czynności wynikającej ze wskazanych przez wykonawców naruszeń przepisów ustawy - powinien to uczynić. Argument, że zamawiający po wniesieniu odwołania może kontynuować postępowanie, gdyż ustawowym zakazem objęte jest wyłącznie zawarcie umowy, jest nieadekwatne do istoty problemu.

Istota sprawy nie leży bowiem nie w tym, czy zamawiający powinien powstrzymać się z dokonaniem nowych czynności, lecz w tym, że nowowykonane czynności stanowią element powtórzonej czynności oceny ofert, w sytuacji, gdy pierwotna czynność wyboru najkorzystniejszej oferty mimo, że jest niezgodna z przepisami ustawy, istnieje wciąż w obrocie.

Zamawiający dopuścił się sprzeczności między swymi deklaracjami a czynnościami podjętymi w postępowaniu działaniami, gdyż nie uwzględnił zarzutów odwołania i nie unieważnił wadliwej czynności wyboru oferty Konsorcjum Mermaid, a jednocześnie dokonał w postępowaniu nowych czynności, tak jakby unieważnienie tej czynności już miało miejsce.

Takie działanie zamawiającego nie może przynieść skutku w postaci uznania, że naruszenia przepisów ustawy nie mają wpływu na wynik postępowania. Całkowicie błędnie zamawiający

rozumie wynikający z art. 191 ust. 2 Pzp postulat uwzględnienia przy wydaniu orzeczenia stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania. „Stan rzeczy”, o którym mowa w powołanym przepisie może dotyczyć bowiem wyłącznie czynności zamawiającego podlegającej ocenie w danym postępowaniu odwoławczym, a nie czynności dokonanej przez zamawiającego po wniesieniu odwołania.

Odwołanie wnosi się bowiem wobec konkretnej czynności zamawiającego ze wskazaniem okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających zarzut naruszenia przepisów ustawy. Stan rzeczy ustalony w toku postępowania przed Izłą dotyczyć może więc tej właśnie czynności a postępowanie dowodowe stron sprowadza się do popierania okoliczności wskazanych w odwołaniu albo ich zbijaniu.

Nie można przyjąć, że Izba powinna oceniać nowe czynności dokonane przez zamawiającego po wniesieniu odwołania w związku z podniesionymi w nim zarzutami i rozstrzygać o słuszności zarzutów oraz uwzględnieniu odwołania w oparciu o czynności zamawiającego, które nie były w kwestionowane w odwołaniu.

Przepisy ustawy, w ślad za regulacjami prawa wspólnotowego ustanawiają minimalny termin przysługujący wykonawcom na kwestionowanie czynności i zaniechań zamawiającego. Podzielenie przez Izbę poglądu zamawiającego, oznaczałoby obowiązek odniesienia się przez odwołującego na rozprawie do oświadczeń i dokumentów złożonych w wyniku nowej czynności, która nie była objęta odwołaniem. Pozbawiałoby to wykonawców możliwości wniesienia odwołania od tych czynności zamawiającego w terminie przewidzianym ustawą.

Izba nakazała zatem zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała powtórzenie czynności oceny ofert, tak aby ewentualne zakwestionowanie uzupełnionych oświadczeń i dokumentów było możliwe z zachowaniem terminu ustawowego.

Izba nie nakazała zamawiającemu orzeczeniem dokonania czynności uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż po wniesieniu odwołania zamawiający już ich dokonał.

Przy powtórzeniu czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem uzupełnionych oświadczeń i dokumentów zamawiający powinien uwzględnić, że daty uzupełnionych dokumentów nie mają znaczenia dla ich oceny, o ile z ich treści wynika potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu albo brak „warunków negatywnych” nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Ad. 9 i 10. W postępowaniu złożono trzy oferty. Oferta odwołującego wskazywała rozwiązania opisane przez zamawiającego, Konsorcjum Mermaid oraz Konsorcjum O. złożyły oferty z rozwiązaniami równoważnymi.

Badanie równoważności oferowanych rozwiązań w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić wyłącznie na podstawie

postanowień SIWZ.

Ugruntowana linia orzecznicza dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp głosi, że odrzucenie oferty jest dopuszczalne jedynie w sytuacji jej niezgodności z opisanym w sposób jednoznaczny wymaganiem zamawiającego.

Izba stwierdziła, że jedynym wymaganiem zamawiającego w zakresie równoważności były postanowienia pkt 7.11 i 7.12 SIWZ zgodnie z którymi za materiały i urządzenia równoważne zamawiający uzna materiały i urządzenia, które w porównaniu z wyrobami przewidzianymi dokumentacją projektową, charakteryzują się porównywalnymi cechami, tj. taką samą lub wyższą jakością, trwałością, funkcjonalnością, niezawodnością, parametrami technicznymi i eksploatacyjnymi oraz służą do tego samego celu. Zamawiający zainteresowany jest osiągnięciem maksymalnej funkcjonalności oraz najwyższych możliwych parametrów i w związku z powyższym na etapie oceny ofert będzie porównywał istotne z punktu widzenia funkcjonalności, celu i estetyki parametry urządzeń równoważnych.

Oczekiwania stawiane rozwiązaniom równoważnym zamawiający potwierdził udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców w dniach 24 lutego i 18 marca 2014 r.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że wyjaśnienia zamawiającego ograniczają powołany opis równoważności wyłącznie do zakresu objętego pytaniami, a w pozostałym zakresie rozwiązania równoważne powinny cechować się wszystkimi parametrami opisanymi w rozwiązaniu podstawowym.

Zdaniem Izby, zamawiający udzielił odpowiedzi w odniesieniu do zakresu zadanego pytania, jednak bez ograniczenia zastosowania pkt 7.12 SIWZ do całej oferty.

Interpretacja przeciwna nie tylko kłóciłaby się z powołanym postanowieniem SIWZ i w istocie stanowiłaby rażące ograniczenie konkurencji z powodu rzeczywistego braku możliwości złożenia ofert z rozwiązaniami równoważnymi.

Badanie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wymaga stwierdzenia, że opis wymagań zamawiającego stawianych wymaganiom równoważnym zawiera wyłącznie wyrażenia ocenne, o charakterze ogólnym i nie wskazuje w istocie żadnych konkretnych parametrów, ani funkcjonalności, którymi powinny cechować się rozwiązania równoważne.

Taki opis nie wypełnia standardów starannego działania związanego z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia, jakiego należy oczekiwać od zamawiającego. Brak staranności w zakresie poznania wymagań zamawiającego cechował również wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Wprowadzenie zadawanie pytań doprecyzowujących treść SIWZ jest zgodnie z literalnym brzmieniem art. 38 ust. 1 Pzp uprawnieniem wykonawców, to jednak obowiązek współdziałania z zamawiającym oczekiwany od profesjonalnych uczestników rynku nakazuje wyjaśniać wymagania mogące rodzić trudności w dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia i

wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego (za wyrokiem SN IV CSK 626/13 niepubl.)

Niestaranne działanie stron postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie ustalenia treści SIWZ nie może być naprawione przez Izbę w postępowaniu odwoławczym dotyczącym czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na tym etapie, przy tak sformułowanych postanowieniach SIWZ, własna ocena Izby, które z licznych parametrów i funkcjonalności urządzeń objętych poszczególnymi przedmiotami, mają charakter na tyle istotny, że brak ich spełniania powoduje brak równoważności oferowanego rozwiązania, jest niedopuszczalna.

Sformalizowany i pisemny charakter postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza uznaniową interpretację treści SIWZ oraz dokonywania ocen ofert w oparciu o treści w SIWZ nie wyrażone. W przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie zostałyby zachowane, a wymagają one by oczekiwania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w tym ofertom zawierającym rozwiązania równoważne były znane przed złożeniem oferty oraz w sposób jasny, tak by wykonawcy zainteresowani zamówieniem nie pozostawali w niepewności, czy mogą złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu.

Z powyższych względów zbędne jest odnoszenie się przez Izbę szczegółowo do wszystkich parametrów i funkcjonalności, których brak w ofercie Konsorcjum Mermaid zarzucił odwołujący. Izba uznała, że wobec opisu równoważności zawartego w SIWZ zamawiający nie był uprawniony do tego, aby odrzucić ofertę Konsorcjum Mermaid.

Izba uwzględniła również, że każdy szczegółowy zarzut odwołania spotykał się z twierdzeniem przeciwnym Konsorcjum Mermaid.

Zgodnie z art. 30 ust. 5 Pzp wykonawca powołujący się na rozwiązania równoważne opisanym jest obowiązany wykazać, że spełniają one wymagania zamawiającego. Zamawiający konsekwentnie twierdził na rozprawie, że przeprowadził takie badanie i oferta Konsorcjum Mermaid spełnia jego wymagania. W sytuacji, gdy zamawiający uznaje dane rozwiązania za równoważne, ciężar dowodu twierdzenia przeciwnego obciąża twierdzącego – czyli spoczywa na odwołującym.

Niezależnie od tego, że charakterystyka wymagań stawianych rozwiązaniom równoważnym dokonana przez zamawiającego w zasadzie wyłączała możliwość skutecznego prowadzenia postępowania dowodowego, Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp pozostał nieudowodniony.

Przystępujący i odwołujący składali wyłącznie dokumenty prywatne na potwierdzenie swoich stanowisk. Odwołujący nie odniósł się do tez wynikających z opinii Pana P. Zajkiewicza. Izba odmówiła mocy dowodowej dokumentom dotyczącym urządzeń oferowanych przez odwołującego oraz ich porównania z urządzeniami proponowanymi przez Konsorcjum Mermaid

oraz dokumentów składanych w języku angielskim.

Przedmiotem sporu nie jest ocena oferty odwołującego, ani porównanie w wybranym zakresie parametrów urządzeń opisanych w projekcie z urządzeniami równoważnymi. Dokumenty w językach obcych powinny być składane wraz z ich tłumaczeniem na język polski.

Jak Izba wskazała już wyżej, nie podzielono poglądu, że zaoferowano zamawiającemu urządzenia nieistniejące oraz, że wykonawcy zobowiązani byli składać karty katalogowe poszczególnych elementów składowych oferowanego urządzenia.

Izba nie uwzględniła wniosków o przeprowadzenie dowodu wnioskowanych opinii biegłych. Postępowanie dowodowe zmierza do ustalenia konkretnych okoliczności faktycznych, tymczasem odwołujący zmierza nie do ustalenia faktów, lecz do przeprowadzenia oceny zgodności oferowanych rozwiązań równoważnych z SIWZ, czyli *de facto* oceny prawnej. Ustalenie wymagań zamawiającego wymaga wykładni postanowień SIWZ i udzielonych odpowiedzi. Z przyczyn opisanych wyżej dowód ten byłby nieprzydatny do wydania rozstrzygnięcia.

W przypadku drugiej opinii - wnioskowanej w odwołaniu - nie została wskazana specjalność, z jakiej biegły miałby być powołany, do czego zobowiązana jest strona w odwołaniu.

Dowód z opinii projektanta systemu, został oddalony przez Izbę z przyczyn wyżej wskazanych oraz z racji niezaprzeczonej okoliczności pozostawania w sporze z zamawiającym.

Ad. 11. Istotnie, wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych obliczone z uwzględnieniem ceny jednostkowej i ilości przyjętych jednostek miary dla danego elementu robót są niższe niż wartości poszczególnych pozycji.

Odwołujący wyjaśnił w piśmie procesowym, że powyższa niezgodność powstała w związku z wypełnianiem formularza w programie Excel. Na rozprawie natomiast wyjaśnił, że błąd w obliczeniu ceny kosztorysu polegał na pominięciu marży na poszczególnych pozycjach. Kwota wskazana jako wartość obejmuje marżę, która nie została odrębnie wskazana przez wykonawcę.

Izba nie uwzględniła zarzutu, że Konsorcjum Mermaid popełniło błąd w obliczeniu ceny oferty w zakresie Kosztorysu Automatyki, mając na względzie przede wszystkim ryczałtowy charakter wynagrodzenia jednoznacznie ustalony w postanowieniach § 6 ust. 1-3.

Ponadto szczegółowy kosztorys ofertowy powinien być przedstawiony przez wybranego wykonawcę przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z pkt 11.5 SIWZ.

W tej sytuacji nieścisłości i błędy występujące w kosztorysach uproszczonych mogły zostać pominięte przez zamawiającego, o ile miały charakter nieistotny.

Zdaniem Izby błędy popełnione przez Konsorcjum Mermaid pozbawione były waloru istotności.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum O. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia z przyczyn wskazanych w pkt ad. 9 i 10.

Reasumując Izba uznała, że potwierdzone zarzuty naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający przy wyborze oferty Konsorcjum Mermaid mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, wydając orzeczenie łączne na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocników odwołujących zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....