Sygn. akt KIO 1974/20

WYROK
z dnia 28 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasta Toruń – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji z siedzibą w Toruniu**
przy udziale:
A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Gardenia Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Plastbud Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**
B.wykonawcy **Panorama Obiekty Sportowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Miejskiemu Ośrodkowi Sportu i Rekreacji unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gardenia Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Plastbud Sport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Panorama Obiekty Sportowe Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2.kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Toruń – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Toruniu i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez InterHall Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Gminy Miasta Toruń – Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Toruniu na rzecz InterHall Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 1974/20

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

Zamawiający: Gmina Miasta Toruń – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zadaszenie pneumatyczne boiska piłkarskiego przy ul. Przy Skarpie w Toruniu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 13 lipca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 561186. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
I Stanowisko Odwołującego
Odwołujący – InterHall Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o., zwanego dalej „spółką Panorama”, i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gardenia Sport Sp. z o.o. i Plastbud Sport Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum Gardenia”, pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gardenia pomimo tego, że wykonawca ten nieprawidłowo wniósł wadium w postępowaniu,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty spółki Panorama i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty spółki Panorama i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy pomimo tego, że wskutek co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,
6. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Gardenia pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału

w postępowaniu,
7. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Gardenia pomimo tego, że wskutek co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 11 sierpnia 2020 r.,
2. dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty spółki Panorama jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum Gardenia jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz która nie została odpowiednio zabezpieczona wadium,
5. wykluczenia spółki Panorama oraz Konsorcjum Gardenia z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz z uwagi na to, że wskutek co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią rozdziału 4.1.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą: 1) Ekspertyzy technicznej wydanej przez ITB lub innego akredytowanego Instytutu Budownictwa uprawnionego do wydawania ekspertyz
z przedmiotowego zakresu, potwierdzającą bezpieczeństwo ewakuacji osób (dla ilości 300 os.) z hali pneumatycznej pomimo braku konstrukcji do awaryjnego podwieszenia powłoki pneumatycznej. Ekspertyza musi potwierdzać bezpieczną ewakuacją osób (badanie musi być wykonane dla min. 300 osób w hali o powierzchni min. 7.500 m^2)."
W treści odpowiedzi z 23 lipca 2020 r. na zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zmodyfikował swoje żądanie dopuszczając „ekspertyzy techniczne wydane przez inne uprawnione podmioty działające zgodnie z obowiązującym prawem
w Polsce" (odpowiedź oznaczona jako „Pytania i odpowiedzi 2"). W udzielonych tego samego dnia odpowiedziach na inne pytania do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podtrzymał postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia
w zakresie wymaganych dokumentów, jakie należy dołączyć do oferty, przywołując brzmienie rozdziału 4.1.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niezmienionym brzmieniu oraz przytoczył i uzasadnił postanowienia nieuwzględniające modyfikacji (odpowiedź z 23 lipca 2020 r. oznaczona jako „Pytania i odpowiedzi 3" oraz odpowiedź „Pytania i odpowiedzi 4").
Stosownie do treści rozdziału 4.1.6.2.a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający oczekiwał ponadto, aby wykonawca wraz z ofertą przedłożył: „a) karty techniczne powłok wewnętrznej i zewnętrznej zawierające m.in. parametry techniczne określone przez Zamawiającego podpisane przez producenta". Parametry określone przez Zamawiającego znajdują się w treści projektu wykonawczego stanowiącego element dokumentacji projektowej będącej załącznikiem nr 1 do specyfikacji. Są one w szczególności następujące: „Wymagania techniczne dla powłoki wewnętrznej: - gramatura: min 540 max 560 gr/m^2, - odporność na zerwanie (osnowa/wątek): min. 2100/2100 – N/50mm, - odporność na rwanie: min. 200/200 N. Powłoka zabezpieczona jest przed czynnikami biologicznymi, chemicznymi i UV."
Stosownie do treści rozdziału 4.1.6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający oczekiwał ponadto, aby wykonawca wraz z ofertą przedłożył „karty techniczne systemu grzewczo nadmuchowego potwierdzone przez producenta potwierdzające spełnienie minimalnych wymagań technicznych oraz potwierdzająca okres gwarancji urządzeń min. 2 lata". Minimalne wymagania techniczne znajdują się w treści projektu wykonawczego stanowiącego element dokumentacji projektowej: wymagania dla systemu wentylacyjno-
-grzewczego: Piec główny zintegrowany z automatycznym systemem awaryjnym: - moc nominalna od 740 do 760 kW, - wydajność grzewcza od 670 do 680 kW/h, - wydajność dmuchaw od 44.000 m^3/h do 46.000 m^3/h, - wymiennik ciepła stal wysokogatunkowa, - moc silnika 2x11 kW, - wydajność wentylatora awaryjnego od 29.000 m^3/h do 31.000 m^3/h. Piec rezerwowy: - moc nominalna od 450 do 460 kW, - wydajność grzewcza od 400 do 410 kW/h, - wydajność dmuchaw od 25.000 m^3/h do 27.000 m^3/h, - wymiennik ciepła stal wysokogatunkowa, - moc silnika 11 kW.
Stosownie do treści rozdziału 3.2.3.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia
w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający określił, iż „wykonawcy muszą wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali roboty w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia tj.: co najmniej 1 robotą budowlaną polegającą na budowie piłkarskiej hali pneumatycznej o minimalnej pow. 7.500 m^2 w technologii dwuwarstwowej wraz z niezbędną infrastrukturą". Postanowienie to nie ulegało zmianom
w związku z zadawanymi pytaniami (odpowiedź oznaczona jako „Pytania i odpowiedzi 4").
Stosownie do treści rozdziału 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający żądał wniesienia wadium w kwocie 70.000 złotych. Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawierają jakichkolwiek modyfikacji w zakresie wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
W treści złożonych ofert spółka Panorama i Konsorcjum Gardenia przedstawiły – jako dokument, o którym mowa w treści rozdziału 4.1.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokument wystawiony w sierpniu 2018 r. przez mgr. inż. M. F. w ramach podmiotu F&K Consulting Engineers Sp. z o.o. sp. k. Jako dokument, o którym mowa w rozdziale 4.1.6.2.a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedłożyli odpowiednio: spółka Panorama – kartę techniczną produktu 776 POLYPLAN TENT EASY produkcji Sattler PRO-TEX GmbH, Konsorcjum Gardenia – kartę techniczn produktu TXB-650A produkcji VERSEIDAG.
Jako dokument, o którym mowa w rozdziale 4.1.6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy przedłożyli jednobrzmiący dokument „Dane systemu wentylacyjno-
-grzewczego GP 500", sygnowane przez C.M.T. srl.
Wnosząc wadium Konsorcjum Gardenia przedstawiło gwarancję ubezpieczeniową z 21 lipca 2020 r. wydaną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., która jako „Zobowiązany (oferent)" wskazuje: „GARDENIA SPORT Sp. z o.o.
Wskazując na podstawy zatrzymania wadium, autor gwarancji odwołuje się bezpośrednio do tak zdefiniowanego pojęcia „Zobowiązanego": „gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji (…) spełniającego wymogi formalne określone w § 3 ust. 1 oraz zawierającego oświadczenie beneficjenta, ze wystąpiła jedna z następujących sytuacji określonych w art.

26 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych% (…): 1) oferta Zobowiązanego została wybrana, ale: a) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych
w ofercie, b) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego siato się niemożliwe
z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego, 2) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej."
Po wskazaniu Zamawiającemu przez Odwołującego dostrzeżonych uchybień w ofertach spółki Panorama i Konsorcjum Gardenia, Zamawiający wezwał obu wykonawców do udzielenia wyjaśnień.
W zakresie dokumentu, o którym mowa w rozdziale 4.1.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia spółką Panorama wyjaśniła: „Z informacji uzyskanych od firmy Plastbud Sport Sp. z o.o., która – jako producent – zleciła wykonanie przedmiotowej ekspertyzy wynika, że
w pierwszej wersji ekspertyzy omyłkowo wpisano w miejscu określającym wysokość hali liczbę 12, zamiast 21. Błąd został skorygowany i taką skorygowaną wersję powinniśmy załączyć do oferty, jednak z powodu omyki do oferty załączyliśmy dokument z błędem. Całość aktualnej ekspertyzy w załączeniu."
Konsorcjum Gardenia wyjaśniło: „Zamawiający nie wymagał aby ekspertyza dotyczyła konkretnej wysokości hali. Złożona przez nas ekspertyza jest wykonana przez podmiot uprawniony do tego typu zadań i spełnia wymogi Zamawiającego."
W zakresie dokumentu, o którym mowa w rozdziale 4.1.6.2. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia spółką Panorama wyjaśniła: „Zamawiający w odpowiedzi z dnia 23.07.2020 roku odrzucił zaproponowane przez Panorama Obiekty Sportowe powłoki motywując to tym, iż górna powłoka ze względu na swoje odciążenia wymaga grubszego materiału i bardziej wytrzymałego. Abstrahując od poprawności tego rozumowania, w odniesieniu do powłoki wewnętrznej Zamawiający odpowiada <<z uwagi na gramaturę powłoki zewnętrznej dla systemu przewidziano lżejszy materiał wewnętrzny…". Należy więc stwierdzić, iż zastosowana powłoka Sattlera o gramaturze 500 g/m^2 +/- 10% spełnia wymagania zamawiającego, gdyż jest materiałem lżejszemu więc spełnia wymagania zamawiającego postawiane w odpowiedzi, a jednocześnie: - posiada większą od wymaganej odporność na zrywanie, osnowa/wątek, tj. 2500/2500 N/5 mm (wymagane : 2100/2100 N/5 mm), - posiada większą od wymaganej odporność na rwanie tj. 300/250 N (wymagane 200/200 N). Z daleko idącej ostrożności należy podkreślić, iż górna granica gramatury powłoki mieści się w przedziale wskazanym przez Zamawiającego tj. 500 g/m^2 + 10% = 550 g/m^2 (wymagania 540-560 g/m^2). Więc nawet w tym zakresie możliwe jest dostarczenie powłoki spełniającej oczekiwania Zamawiającego."
Konsorcjum Gardenia wyjaśniło: „Zaoferowany produkt spełnia wymogi Zamawiającego gdyż zawiera się w zbiorze jaki określił Zamawiający w Aneksie do projektu budowlanego (…). Zamawiający w celu zachowania konkurencyjności dopuszcza inne rozwiązania szczegółowe dotyczące zaprojektowanych elementów, które muszą posiadać te same walory użytkowe (...) Zatem gramatura jaka została zaoferowana jeżeli chodzi o powłokę wewnętrzną czyli 650 g/m^2 jak najbardziej spełnia wymogi Zamawiającego."
W zakresie dokumentu, o którym mowa w rozdziale 4.1.6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia spółka Panorama wyjaśniła: „Zamawiający dopuścił równoważne rozwiązania.
W ramach równoważności należy stwierdzić ponad wszelką wątpliwość: a) Projektant celowo wprowadza Zamawiającego w błąd definiując pojęcia pieca głównego i pieca rezerwowego.
W systemach grzewczych oba piece działają równocześnie. Nie ma sytuacji w których pracowałby tylko jeden piec. b) Panorama Obiekty Sportowe zaoferowała 2 piece grzewcze GP 500 co w tym miejscu należy podkreślić. Jak wspomniano wyżej oba piece pracują równocześnie i nie ma możliwości ich rozłącznego działania. Każdy piec nie tylko wdmuchuje ciepłe pa wietrze, ale wytwarza ciśnienie podtrzymujące system membran. c) Porównując więc oba systemy należy zestawić sumaryczne dane projektowanego systemu (tzw. piec główny
i piec rezerwowy) z danymi systemu oferowanego 2xGP500." Wykonawca porównał parametry:

System projektowany:	piec główny	piec rezerwowy	suma
Moc nominalna kW	740-760	450-460	1190 1220
Wydajność grzewcza kW/h	670-680	400-410	1070-1090
Wydajność dmuchaw m^3/h	44000-46000	25000-27000	69000-73000
Moc silnika kW	2x11	11	33
System oferowany:	piec P500	piec P500	suma
Moc nominalna kW	611	611	1222
Wydajność grzewcza kW/h	556	556	1112
Wydajność dmuchaw m^3/h	35000	35000	70000
Moc silnika kW	11	11	22

Zatem, jego zdaniem, zaoferowane piece grzewcze P500 spełniają wszystkie wymagania projektu, bowiem w każdym aspekcie są lepsze wydajności od projektowych. Oferowana suma mocy silników P500 wynosi 22 kW, wobec projektowanej 33 kW, co przekłada się na zużycie o 1/3 mniej paliwa. Potwierdzenie przez producenta wydajności wentylatora awaryjnego nie było wymagane przez Zamawiającego. Wentylator awaryjny stanowi odrębny system. I jest zintegrowany z piecem głównym."
Konsorcjum Gardenia wyjaśniło: „Zaoferowany przez nas produkt spełnia wymogi Zamawiającego gdyż posiada te same walory użytkowe a nawet jest ekonomiczniejszy zapewniając taki sam komfort użytkowania i dodatkowo zużywa połowę prądu co daje Zamawiającemu dodatkową korzyść ekonomiczną. Jeszcze raz odwołujemy się do zapisów
w aneksie do projektu budowlanego (…) Zamawiający w celu zachowania konkurencyjności dopuszcza inne rozwiązania szczegółowe dotyczące zaprojektowanych elementów, które muszą posiadać te same walory użytkowe."
Mimo świadomości wadliwości w ofertach oraz niewystarczających, a nawet budzących większe wątpliwości wyjaśnień, Zamawiający przyjął, że oferty spółki Panorama i Konsorcjum Gardenia są prawidłowe i wybrał pierwszą z nich jako najkorzystniejszą.
Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Taka sytuacja zachodzi zarówno wobec oferty spółki Panorama, jak i Konsorcjum Gardenia.
Dokumenty wydane przez F&K Consulting Engineers Sp. z o.o. sp. k., które w bardzo zbliżonej formie i treści

przedłożono do obu ofert, nie spełniają wymogów określonych w treści rozdziału 4.1.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a analiza ich treści oraz złożonych na ich temat wyjaśnień musi prowadzić do wniosku, że pośrednio dokumenty te potwierdzają okoliczność przeciwną do zamierzonej, to jest brak spełnienia przez oferowane roboty wymagań Zamawiającego. F&K Consulting Engineers Sp. z o.o. sp. k. nie jest bowiem jednostką akredytowaną, a tym samym na podstawie obowiązujących przepisów uprawnioną do wydawania ekspertyz z przedmiotowego zakresu (ani też jakiegokolwiek innego zakresu). Brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, żeby jednostka taka mogła wydać skuteczną
i wiarygodną opinię czy ekspertyzę potwierdzającą bezpieczeństwo ewakuacji osób z hali pneumatycznej pomimo braku konstrukcji do awaryjnego podwieszenia powłoki pneumatycznej. Nie jest również akredytowanym instytutem budownictwa lub pożarnictwa.
Z powszechnie dostępnych informacji dostępnych na stronie Polskiego Centrum Akredytacji, tj. jedynego w Polsce organu upoważnionego do akredytacji jednostek oceniających zgodność na podstawie ustawy z dnia 13 kwietnia 2016 roku o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku ani jednostek zagranicznych równoważnych do Polskiego Centrum Akredytacji, podmiot ten nie figuruje w bazie aktywnych jednostek akredytowanych czy notyfikowanych. Moc dokumentu wydanego przez tego rodzaju podmiot można ocenić wyłącznie jako dokument prywatny.
Analizując odpowiedzi Zamawiającego z 23 lipca 2020 r. nie sposób nie dokonać analizy szerszej niż obejmująca samo stwierdzenie dotyczące dopuszczenia szerszego katalogu podmiotów wydających opinię. Zamawiający zastrzegł, że winien ją wydać podmiot uprawniony zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami – zatem nie każdy dowolny podmiot, ponadto odpowiadając na inne pytania dwukrotnie podtrzymał zasadność żądania tego dokumentu w pierwotnie opisanej formie („Pytania i odpowiedzi 4") podając uzasadnienie, z którym nie sposób się nie zgodzić. Biorąc pod uwagę bezpieczeństwo osób korzystających z obiektu, nie sposób również pojąć, jak Zamawiający był w stanie następnie tak złagodzić swoje oczekiwania.
Żądanie ekspertyzy technicznej wydanej przez ITB lub inny akredytowany instytut budownictwa uprawniony do wydawania ekspertyz z przedmiotowego zakresu, potwierdzającej bezpieczeństwo ewakuacji osób (dla ilości 300 os. w hali o powierzchni min. 7500 m^2) z hali pneumatycznej pomimo braku konstrukcji do awaryjnego podwieszenia powłoki pneumatycznej ma na celu uzyskanie potwierdzenia dla Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcą hala pneumatyczna będzie bezpieczna dla ewakuacji użytkowników, pomimo braku konstrukcji do awaryjnego podwieszania powłoki pneumatycznej, o której mowa w § 289 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Przedłożona wraz z ofertą ekspertyza ma dotyczyć hali już wykonanej przez wykonawcę o pow. min. 7.500 m^2.
Przedmiotowa ekspertyza została napisana w dalece ostrożnym duchu: „Reasumując można stwierdzić, iż konstrukcja hali pneumatycznej jest konstrukcją bezpieczną" (str. 12 dokumentu). Gdyby było to bezwzględne potwierdzenie bezpieczeństwa, należałoby oczekiwać sformułowania stanowczego, np. „stwierdza się, że" lub „konstrukcja spełnia wymogi bezpieczeństwa". Przedłożone dokumenty nie mają zatem charakteru stanowczego, koniecznego mając na uwadze jej przeznaczenie.
Z punktu 2.2 ekspertyzy wynika, że dotyczy hal o wysokości do 12 m. Te dane świadczą, że nie może ona dotyczyć hal pełnowymiarowych, których wysokość oscyluje w graniach 17-20 metrów. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień wykonawcy zareagowali odmiennie, jeszcze bardziej niwecząc wiarygodność ekspertyzy. Spółka Panorama stwierdziła bowiem, że wysokość wpisano błędnie i przedłożyła zmienioną wersję, a Konsorcjum Gardenia potwierdziło, że przedstawiony parametr był prawidłowy. Pozostałe parametry gabarytowe hali, a zwłaszcza powierzchnia, nie mogą być spełnione dla wysokości 12 metrów.
Powyżej opisana kwestia wpływa również na ogólną ocenę wiarygodności dokumentu, która może dać jedynie negatywny skutek. W niniejszym postępowaniu złożono dwa dokumenty pochodzące od tego samego podmiotu, od tej samej osoby oraz dotyczące tego samego tematu, które przedstawiają diametralnie różne stanowiska dotyczące podstawowego parametru hali.
Dokument ten nie jest w ogóle podpisany. Podpis wraz z pieczęcią M. F. nie ma znamion podpisu własnoręcznego. W trzech różnych miejscach tekstu tj. ekspertyza techniczna hali pneumatycznej, branża sanitarna ochrona przeciwpożarowa (strona 1.), złożona w ofercie spółki Panorama, ekspertyza techniczna hali pneumatycznej, branża sanitarna ochrona przeciwpożarowa (strona 1.), złożona w ofercie Konsorcjum Gardenia oraz w załączniku również wydanym przez F&K o nazwie „Próba awaryjnego uwolnienia powietrza z hali pneumatycznej" (strona 1.) podpisy są identyczne oraz identycznie postawione względem pieczątki, co świadczy, że nie są to podpisy własnoręczne, lecz naniesione mechanicznie.
Z załącznika do ekspertyzy (złożonego wyłącznie w ofercie Konsorcjum Gardenia,
a pominiętym przez spółkę Panorama) wynika, że próbie poddana została hala pneumatyczna zlokalizowana w 2018 roku w Ośrodku Tenisowym Legia Warszawa. Według Odwołującego hale, które funkcjonowały wówczas w tym ośrodku nie były konstrukcjami bezpiecznymi do ewakuacji osób, ponieważ nie posiadały systemów awaryjnych oraz nieodpowiednią liczbę drzwi awaryjnych. Dodatkowo podważa to kompetencje osoby stwarzającej dokument
o bezpieczeństwie dla tego typu hali oraz obliczenia w niej wykonane, zwłaszcza że
w pierwszej części ekspertyzy autor dokumentu wskazuje na obowiązek wyposażenia hal
w niezawodne awaryjne urządzenie do utrzymywania potrzebnego ciśnienia powietrza wewnątrz hali.
Zamawiający nie miał więc prawa do przyjęcia jako wymaganego dokumentu dokumentów
o tak szerokiej wadliwości. Z tego rodzaju dokumentem Zamawiający nie tylko nie wyegzekwowałby odpowiedzialności wykonawcy, ale również sam ryzykowałby poniesieniem odpowiedzialności z tego tytułu.
Co do dokumentu z rozdziału 4.1.6.2.a specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zaoferowany przez spółkę Panorama produkt 776 POLYPLAN TENT EASY produkcji Sattler PRO-TEX nie spełnia wymogów specyfikacji istotnyc warunków zamówienia ujętych w treści dokumentacji projektowej.
Zamawiający przedział tolerancji w powyższym zakresie ustalił dla powłoki wewnętrznej na 540-560 g/m^2. Zgodnie z przedłożoną do oferty kartą, waga całkowita wynosi 500 g/m^2 +/- 10 %, a oficjalna dokumentacja producenta wskazuje na gramaturę 500 g/m^2. Wyjaśnienia spółki Panorama zmierzają w dwóch rozbieżnych kierunkach. W pierwszej kolejności spółka Panorama usiłuje przekonać Zamawiającego, że lżejsza gramatura jest dla niego lepsza, przytaczając, że pozostałe parametry są osiągnięte w większym stopniu. W drugiej kolejności wskazuje, że górna część zakresu tolerancji przytoczona przez przedstawiciela producenta (bo nie samego producenta) mieści się w zakresie parametru.
Oba te kierunki nie polegają na prawdzie i noszą znamiona co najmniej lekkomyślnego lub niedbałego wprowadzania Zamawiającego w błąd co do kluczowych parametrów oferowanych robót. Przedstawiona karta nie pochodzi przy tym od

producenta, a od przedstawiciela, a przedłożona
w wyjaśnieniach inna wersja nie jest podpisana.
Nie sposób zgodzić się z pobłażliwością Zamawiającego w tym względzie, zwłaszcza biorąc pod uwagę jego wcześniejsze stanowisko w tym zakresie, ujęte w „Pytaniach i odpowiedziach 3" z 23 lipca 2020 r. Sam Zamawiający zatem miał bez wątpienia pełną świadomość wagi wskazanego parametru oraz jego zakresu, zarówno w sferze wartości minimalnych, jak
i maksymalnych. Nie jest tak, jak usiłuje to przedstawić spółka Panorama, że zakres gramatury poza przewidzianym może zostać skompensowany innymi parametrami, gdyż gramatura jest istotnym czynnikiem decydującym o całej konstrukcji zadaszenia: „Zamawiający nie dopuszcza zastosowania powłok przedstawionych w pytaniu. Zaproponowana w pytaniu gramatura powłoki zewnętrznej podana została jako maksymalna wartość 700 co oznacza, że Wykonawca oferuje wartość 700 g/m^2 lub niższą, co stwarza poważne zagrożenie zaoferowania przez Wykonawcę powłok o bardzo niskim parametrze gramatury oraz mocno obniżonych parametrach wytrzymałościowych w stosunku do zaprojektowanego systemu powłok. Biorąc pod uwagę fakt, że materiałem konstrukcyjnym w hali dwupowłokowej bezlinowej jest zewnętrzna membrana PCV Zamawiający w oparciu o dostępne normy wymaga między innymi dla powłoki zewnętrznej wytrzymałości na zerwanie (osnowa/wątek): min. 4100/4000 N/50 mm, co daje gwarancję wysokiej wytrzymałości na zerwanie tak ważnego elementu jak materiał konstrukcyjny hali. Żywotność powłoki określa się na minimum 20 lat
i w całym tym okresie będzie narażona na czynniki zewnętrzne w tym UV i obniżenie parametrów wytrzymałościowych powłoki zewnętrznej mogłoby narazić halę na uszkodzenie oraz stworzyć zagrożenie dla użytkowników. Z uwagi na gramaturę powłoki zewnętrznej dla systemu przewidziano lżejszy materiał wewnętrzny, tak aby cały system powłok swoja wagą odpowiadał normom i obliczeniom statycznym da takiej kubatury hali."
Również zaoferowany przez Konsorcjum Gardenia produkt TXB-650A produkcji VERSEIDAG nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia ujętych w treści dokumentacji projektowej.
Parametr gramatury tego produktu nie spełnia wymogów dotyczących powłoki wewnętrznej,
z czym Konsorcjum Gardenia nie podjęło szerszej polemiki, usiłując jedynie powołać się na rozwiązanie równoważne, które w jego ocenie sprowadzać się ma najwidoczniej do możliwości zaoferowania Zamawiającemu dowolnego parametru. Takie działanie jest niedopuszczalne.
Konsorcjum Gardenia nie spełniło wymogów przewidzianych przez Zamawiającego dla rozwiązań równoważnych, a nawet nie starało się tego uczynić.
Co do dokumentu z rozdziału 4.1.6.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zaoferowany przez obu wykonawców system grzewczy GP500 nie spełnia niemal żadnych parametrów wskazanych przez Zamawiającego, a dotyczących systemu grzewczo-
-nadmuchowego składającego się z pieca głównego zintegrowanego z jednostką awaryjną oraz pieca rezerwowego określonego przez Zamawiającego w projekcie. Parametry wymagane i oferowane podano powyżej. Zdaniem odwołującego parametry oferowane albo nie spełniają wymogów, albo też ich nie podano.
Ponadto spółka Panorama do oferty przedłożyła dwie karty, pierwszą zawierającą tłumaczenie dla zaoferowanego pieca, drugą oficjalną kartę producenta. W dokumentach tych są rozbieżności w zakresie mocy nominalnej pieca oraz wydajności grzewczej.
Dokument o nazwie „DANE SYSTEMU WENTYLACYNO GRZEWCZEGO GP 500" z 24 lipca 2020 r. budzi powa wątpliwości co do jego rzetelności. Nie zmienia to jednak faktu, że moc nominalna i wydajność grzewcza nie spełniają wymogów określonych w projekcie dla wymaganego systemu grzewczo-nadmuchowego. Ponadto zaoferowany system grzewczo-
-nadmuchowy nie posiada w piecu głównym zintegrowanej jednostki awaryjnej oraz pieca rezerwowego, co nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego.
W treści wyjaśnień Konsorcjum Gardenia nie podjęło żadnej polemiki, ograniczając się do powołania się na równoważność.
W treści wyjaśnień spółki Panorama wykonawca ten podjął z jednej strony polemikę z treścią dokumentacji projektowej, z drugiej zaś strony przedstawił dane dotyczące parametrów
w sposób wprowadzający w błąd.
Wprowadzony przez Zamawiającego podział na piec główny i rezerwowy ma źródło
w dokumentacji projektowej – str. 34 projektu wykonawczego – i jest oficjalnie obowiązujący w postępowaniu. Spółka Panorama przyjęła konwencję deprecjonującą to postanowienie
i podważającą kompetencje projektantów, usiłując uratować swoje rozwiązanie stojące ponownie w sprzeczności z wymogami Zamawiającego.
W odniesieniu do parametrów zestawu dwóch pieców (bo takie rozwiązanie pojawiło się na etapie wyjaśnień, a brak jest o nim mowy w treści oferty), wyliczenia spółki Panorama są obarczone szeregiem podstawowych błędów, ponadto przedstawiona w treści wyjaśnień tabela nie potwierdza spełnienia wymogów, co dotyczy wydajności grzewczej oraz mocy nominalnej i mocy silnika. Spółka Panorama bez jakichkolwiek podstaw za istotną uważa jedynie sumę parametrów dla obu pieców, a nie wartości indywidualne dla poszczególnych
z nich. Wymogi Zamawiającego były przeciwne – akcent postawiono na indywidualne parametry, a nie na sumę, którą Zamawiający w ogóle się nie posługuje. System awaryjny nie stanowi wyposażenia kotła GP500 – nabywany jest zawsze odrębnie.
Pobłażliwość Zamawiającego w tym zakresie kontrastuje ze stanowczym stanowiskiem w toku pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertą, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium
Wadium Konsorcjum Gardenia wskazuje jako „Zobowiązanego" jedynie lidera konsorcjum i do niego odnosi ewentualne konsekwencje w postaci zatrzymania wadium. Treść gwarancji nigdzie nie wspomina o uczestniku konsorcjum, co przekłada się na wadliwość wadium. Wystawiona gwarancja winna opiewać na obu członków konsorcjum. W obecnym jej brzmieniu nie zabezpieczała ona Zamawiającego w sytuacji, gdy opisane w treści art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych okoliczności będą dotyczyły członka Konsorcjum Gardenia.
W treści uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17) wskazano, że jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej,
o przesłankach jego realizacji decyduje treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie

jednego z wykonawców ubiegających sią wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie". Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) – czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie
„z przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada". Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta – także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio
w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji – a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty. Pogląd ten podzielany jest również przez Krajową Izbę Odwoławczą, np. w wyroku KIO 1183/20.
W przedmiotowej sprawie w treści gwarancji ubezpieczeniowej brak jest jakiegokolwiek wskazania, że obowiązany odpowiada również za działania członka konsorcjum, co w świetle przytoczonego orzeczenia Sądu Najwyższego jest równoznaczne z koniecznością stwierdzenia wadliwości wniesienia wadium przez Konsorcjum Gardenia.
Ani spółka Panorama, ani Konsorcjum Gardenia nie wykazały należycie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do rozdziału 3.2.3.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Wniesione samodzielnie (bez obowiązku wynikającego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i specyfikacji istotnych warunków zamówienia) przez Konsorcjum Gardenia poświadczenie wystawione przez Olimpijski Football Club Spółka z o.o. sp. k. jest niezgodne z prawdą w co najmniej kilku punktach.
Hala, której dotyczy poświadczenie (nie podano adresu, ale jedyną halą o zbliżonej wielkości jest hala zlokalizowana w Gdańsku przy ul. Meissnera 5), ma wymiar 110 x 75 metrów, a nie, jak jest zapisane w poświadczeniu, 115 x 74 metry i została wybudowana w 2016 roku, a nie, jak napisano w referencjach, że od 1 sierpnia 2019 do 15 listopada 2019 r.
Ponadto ze strony internetowej spółki Panorama wnika, że hala jest realizacją wykonaną przez tego wykonawcę, co zwiększa jedynie wątpliwości.
Wniesione przez spółkę Panoramę dokumenty dotyczące realizacji w Wilnie również nie polegają na prawdzie, gdyż w rzeczywistości to nie spółka Panorama była wykonawcą tej inwestycji, a wartość inwestycji została bardzo istotnie zawyżona, podobnie jak techniczne parametry brzegowe, o których mowa w rozdziale 3.2.3.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania
o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Zakres przekłamań w treści złożonych ofert obu wykonawców, a także w treści złożonych wyjaśnień, wobec faktu, że oba podmioty działają od lat na niniejszym rynku i dysponują osobami o odpowiednich umiejętnościach i wiedzy technicznej, musi prowadzić do wniosku, że wykonawcy ci co najmniej lekkomyślnie wprowadzają w błąd Zamawiającego w kwestiach podstawowych dla postępowania. Spośród wielu można wskazać na:
1. mylące i sprzeczne z logiką i wiedzą techniczną przedstawienie parametrów systemu grzewczego w wyjaśnieniach spółki Panorama,
2. nieprawdziwe stwierdzenie o istnieniu zintegrowanego systemu awaryjnego w urządzeniu GP500 w wyjaśnieniach spółki Panorama,
3. nieprawdziwe stwierdzenie o braku sytuacji, gdy działa tylko jeden z pieców w wyjaśnieniach spółki Panorama,
4. ingerencja w treść ekspertyzy z rozdziału 4.1.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w załączeniu do wyjaśnień spółki Panorama,
5. nieprawdziwe stwierdzenia w załączniku do ekspertyzy z rozdziału 4.1.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ofercie Konsorcjum Gardenia,
6. nieprawdziwe dane w poświadczeniu (referencjach) w ofercie Konsorcjum Gardenia,
7. nieprawdziwe dane w poświadczeniu (referencjach) w uzupełnieniu spółki Panorama.
Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia co do zasady można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty. Taki bez wątpienia charakter mają wszystkie podane wyżej informacje.
W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykazanie określonej postaci winy nieumyślnej byłoby niezwykle trudne, gdyż wymagałoby dowodów spoza dokumentacji
o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby powody wprowadzenia w błąd zamawiającego. Uzyskanie takich dowodów czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta, jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Takie podejście ograniczałoby znacząco zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, co nie było celem ustawodawcy. Celem bowiem przepisu jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym, jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy, decydując się na udział w postępowaniu, winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów. Profesjonalny podmiot działający na rynku co najmniej powinien (tj. niedbalstwo) mieć świadomość, że może wprowadzić zamawiającego w błąd. Nie może też zakładać, że zamawiający nie pozwoliłby się wprowadzić w błąd (tj. lekkomyślność) – wyrok KIO 600/20.
II Stanowisko Zamawiającego
W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.
Zamawiający poparł twierdzenia i dowody oraz wnioski zgłoszone przez przystępującego spółkę Panorama.
Zamawiający przyznał, że udzielając odpowiedzi z 23 lipca 2020 r. złagodził wymagania co do pochodzenia ekspertyzy technicznej potwierdzającej bezpieczną ewakuację. Uznał bowiem pod wpływem sygnałów telefonicznych od różnych osób, że żądanie ekspertyzy od podmiotu posiadającego akredytację PCA znacznie zmniejszy konkurencyjność podmiotów składających oferty, będzie miało wpływ na zawyżenie ceny nie równoważąc przy tym założonego celu co do bezpiecznej ewakuacji. Do Zamawiającego dotarły również informacje, że projekt techniczny dla tej inwestycji został sporządzony indywidualnie dla Odwołującego, pod jego potrzeby i możliwości. Stąd Zamawiający złagodził wymagania i kierował się zasadą osiągnięcia funkcjonalnego i bezpiecznego obiektu bez konieczności ograniczania wymogów

technicznych i zawężania konkurencji. Przedłożona przez przystępującego spółkę Panorama ekspertyza techniczna została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez prezesa zarządu, co wyjaśnia sprawę uznania dokumentu za niepodpisany. Ponadto, faktycznie,
w aktach znajduje się ekspertyza z poprawioną „literówką" dotyczącą oczywistego błędu wysokości hali – hala ma wysokość 21 metrów, omyłkowo napisano 12.
Zarzut niepodpisania karty technicznej przez producenta został wyczerpująco wyjaśniony
w piśmie przystępującego spółka Panorama, a Zamawiający w pełni się z tym zgadza.
Zamawiający przyznał, że w celu zachowania konkurencyjności dopuścił w zamówieniu inne rozwiązanie zaprojektowanych elementów. Muszą one jedynie posiadać te same walory użytkowe. Podyktowane jest to tym, że różni producenci mają własne rozwiązania techniczne, których stosowanie nie może ograniczać udziału w postępowaniu przetargowym. To samo dotyczy rozwiązań materiałowych oraz instalacyjnych np. powłoki, kąta pochylenia powłoki, sposobu kotwienia fundamentów, drzwi obrotowych (śluzy), drzwi awaryjnych, bramy transportowej, zastosowanych urządzeń wentylacyjno-grzewczych, oświetlenia. Przywołane przez Przystępującego orzecznictwo KIO całkowicie potwierdza prawidłowość dopuszczenia przez Zamawiającego takiego rozwiązania. Produkt równoważny nie oznacza identycznego
z produktem wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferowany przez przystępującego spółkę Panorama produkt 776 POPYLAN TENT EASY spełnia wymagania oczekiwane przez Zamawiającego. Zamiarer Zamawiającego było optymalne osiągnięcie należnych parametrów całego systemu wentylacyjno-grzewczego, a nie poszczególnych pieców. Zamawiający, dopuszczając rozwiązania równoważne będzie analizował cały zaproponowany w ofercie system wentylacyjno-grzewczy. Oczywiste dla Zamawiającego są walory użytkowe i funkcjonalne systemu. Zamawiający popiera zaproponowany przez Przystępującego system grzewczy spełniający parametry określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Zamawiający podkreślił, że w swoim postępowaniu każdorazowo kierował się zasadami określonymi w Prawie zamówień publicznych nie ograniczając przy tym konkurencji i mając na uwadze niedopuszczenie do znacznego zawyżenia ceny za roboty budowlane.
III Stanowisko przystępującego Panorama Obiekty Sportowe Sp. z o.o.
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Panorama Obiekty Sp. z o.o.
Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o przeprowadzenie dowodu
z odpisu oświadczenia Sattler PRO-TEX GmbH z 11 sierpnia 2020 r. na okoliczność, że Plastics Group Sp. z o.o. jest upoważniona do reprezentowania Sattler PRO-TEX GmbH na polskim rynku poprzez sprzedaż produktów Sattler PRO TEX GmbH oraz informowanie klientów o właściwościach technicznych tych produktów.
W zakresie zarzutu niespełnienia wymogu określonego w treści rozdziału 4.1.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że Odwołujący całkowicie bezzasadnie twierdzi, że przedłożona przez Przystępującego oferta nie spełnia wymogu co do obowiązku przedłożenia ekspertyzy technicznej wydanej przez inne uprawnione podmioty działające zgodnie
z obowiązującym prawem w Polsce. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie wymagał przedłożenia ekspertyzy technicznej wydanej przez podmiot posiadający akredytację PCA, co wprost zostało wyrażone poprzez modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia na skutek udzielonej odpowiedzi z 23 lipca 2020 r. Pytania oraz udzielane przez zamawiającego odpowiedzi stanowią integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia i to one wyznaczają treść zamówienia publicznego, stąd należy uznać, że Zamawiający znacząco złagodził wymagania co do pochodzenia ekspertyzy technicznej, potwierdzającej bezpieczną ewakuację.
Ekspertyza wydana przez F&K Consulting Engineers Sp. z o.o. sp.k., opracowana przez mgr. inż. pożarnictwa M. F. oraz zweryfikowana przez rzeczoznawcę ds. zabezpieczeń przeciwpożarowych, inż. pożarnictwa R. R. (nr uprawnień 311/94), została wydana zgodnie z obowiązującym prawem w Polsce. Wbrew twierdzeniom Odwołującego bez znaczenia jest status podmiotu, pod którego szyldem tworzona i opracowywana jest ekspertyza, gdyż kluczowe znaczenie dla oceny, czy dana ekspertyza jest miarodajna i zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jest to, czy osoby, które ją opracowały, dysponują odpowiednimi uprawnieniami zawodowymi do wydawania tego typu ekspertyz. W ocenie Przystępującego rzeczoznawca do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych oraz mgr inż. pożarnictwa są uprawnionymi osobami do sporządzenia ekspertyzy technicznej z zakresu ewakuacji. Wynika to wprost z ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o ochronie przeciwpożarowej, gdzie w art. 11 wskazano, że uprawnieniem rzeczoznawcy do spraw przeciwpożarowych jest sporządzanie ekspertyz technicznych i innych opracowań technicznych z zakresu ochrony przeciwpożarowej. Szeroko rozumiana problematyka wymagań dla bezpieczeństwa ewakuacji osób została uregulowana w tym akcie prawnym, tym samym objęta jest zakresem ochrony przeciwpożarowej.
Odwołujący, poza ogólnymi twierdzeniami odnośnie braku akredytacji, nie wykazał w żaden sposób, że powyżej wskazane osoby nie posiadają uprawnień zawodowych do sporządzenia wymaganej ekspertyzy. Przepisy ustawy Prawo budowlane czy ustawy o ochronie przeciwpożarowej, a także towarzyszące rozporządzenia, jak rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, w żadnym miejscu nie uzależniają rzeczoznawców od konieczności posiadania akredytacji PCA celem sporządzenia jakiejkolwiek ekspertyzy technicznej. Nie ma także racji Odwołujący, że odmienny charakter prawny mają ekspertyzy wydane przez podmioty
z akredytacją PCA w porównaniu do ekspertyz wydanych przez podmioty nie posiadające takiej akredytacji. Oba stanowić będą dokument prywatny, gdyż sam fakt posiadania akredytacji jest irrelewantny dla charakteru prawnego dowodu.
Nie ma także racji Odwołujący zarzucając, że ekspertyza nie została podpisana. Zgodnie
z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla potrzeb przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz, że nie zachodzą względem niego przesłanki wykluczenia, wystarczy, że wykonawca przedłoży kserokopię poświadczoną za zgodność z oryginałem przez niego samego. Przedłożona ekspertyza techniczna została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez prezesa zarządu Przystępującego, co wyklucza możliwość uznania, że dokumenty te nie zostały podpisane.
Stwierdzenie Odwołującego, jakoby sformułowanie „reasumując można stwierdzić, iż konstrukcja hali pneumatycznej jest konstrukcją bezpieczną" nie miało charakteru stwierdzenia o charakterze bezwzględnym, stanowi nieuprawnione

nadużycie. Przedstawione przez Odwołującego konkluzje w tym przedmiocie są oderwane od treści ekspertyzy, po lekturze której każdy odbiorca nie będzie miał większych wątpliwości co do tego, że ekspertyza stwierdza, że konstrukcja jest bezpieczna. W ocenie Przystępującego sformułowanie „można stwierdzić, iż konstrukcja hali pneumatycznej jest konstrukcją bezpieczną" jest tożsama ze sformułowaniem „stwierdza się, że" czy „konstrukcja spełnia wymogi bezpieczeństwa", sens tych wypowiedzi jest identyczny.
Przystępujący wyjaśnił szczegółowo przyczynę rozbieżności pomiędzy pierwotną wersją ekspertyzy, w której części dotyczącej wysokości hali, przez omyłkę określono wysokość na 12 m, zamiast 21 m. Błąd został niezwłocznie skorygowany i w aktach postępowania znajduje się aktualna ekspertyza. Czynienie zarzutu przez Odwołującego w tym zakresie jest nieuzasadnione.
Wszystkie zarzuty Odwołującego wobec przedłożonej ekspertyzy mają charakter czysto formalny czy techniczny. Odwołujący nie zakwestionował ekspertyzy pod kątem jej warstwy merytorycznej, co jest kluczowe pod kątem spełnienia wymogu postawionego przez Zamawiającego.
W zakresie zarzutu niespełnienia wymogu określonego w treści rozdziału 4.1.6.2.a specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przystępujący wskazał, że zarzut jest chybiony, gdyż karta techniczna produktu 776 POLYPLAN TENT EASY została podpisana przez wyłącznego dystrybutora produktu na terenie Polski, tj. Plastics Group Sp. z o.o. Kwestię tę szczegółowo wytłumaczył Przystępujący w obszernych wyjaśnieniach z 5 i 11 sierpnia 2020 r., przedkładając oświadczenie Plastics Group Sp. z o.o. z 4 sierpnia 2020 r. Dla rozwiania wątpliwości co do umocowania Plastics Group Sp. z o.o. do podpisania kart technicznych, Przystępujący przedłożył oświadczenie producenta – Sattler PRO TEX GmbH z 11 sierpnia 2020 r., z którego wynika, że podmiot ten jest upoważniony do reprezentowania ww. spółki na polskim rynku poprzez sprzedaż produktów Sattler PRO-TEX GmbH oraz informowanie klientów o właściwościach technicznych tych produktów. W konsekwencji zarzut niepodpisania karty technicznej przez producenta jest chybiony.
Co do do zarzutu braku spełnienia przez produkt 776 POLYPLAN TENT EASY parametrów wskazanych w zamówieniu - zastosowana powłoka producenta Sattler o gramaturze 500g/m^2 +/- 10% spełnia wymagania Zamawiającego, gdyż górna granica gramatury powłoki mieści się w przedziale wskazanym przez Zamawiającego (wymagania 540-560g/m^2).
Oceniając spełnienie wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez proponowane przez wykonawców produkty, należy mieć na względzie, że Zamawiający, w celu zachowania konkurencyjności, dopuścił inne rozwiązania szczegółowe dotyczące zaprojektowanych elementów, które muszą posiadać te same walory użytkowe (rozwiązania równoważne), gdyż różni producenci mają własne rozwiązania techniczne, których stosowanie nie może ograniczać udziału w postępowaniu przetargowym. Podane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia parametry nie stanowią wyłącznego kryterium oceny zgodności ofert, gdyż w przypadku zaproponowania przez wykonawcę rozwiązania równoważnego Zamawiający powinien ocenić także funkcjonalność danego rozwiązania i czy spełnia ono swoje przeznaczenie. Naturalnie spełnienie parametrów ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest istotne, gdyż przekłada się na funkcjonalność danego produktu pod kątem jego przeznaczenia, lecz tożsamą funkcjonalność produktów można osiągnąć także przy zbliżonych parametrach (a nie identycznych).
Wbrew twierdzeniom Odwołującego Przystępujący zaproponował produkt o lepszych parametrach, aniżeli wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż posiada on większą od wymaganej odporność na zrywanie, osnowa/wątek tj. 2500/2500 N/5 mm (wymagane: 2100/2100 N/5 mm) oraz posiada większą odporność na rwanie tj. 300/250 N (wymagane 200/200 N).
Zamawiający precyzyjnie określił, na czym w zamówieniu polega „równoważność". Równoważnym produktem czy rozwiązaniem będzie każde rozwiązanie czy produkt, który posiada zbliżone walory użytkowe. Stąd równoważnymi produktami będą te produkty, które, choć będą miały różne parametry, to ich użytkowanie nie będzie się niczym różniło, tj. innymi będzie tożsame. Produkt 776 POLYPLAN TENT EASY ma identyczne walory użytkowe,
a jednocześnie parametry techniczne ma lepsze od wymaganych. Zgodnie z podstawowymi założeniami technologicznymi przy projektowaniu hal pneumatycznych kluczowe jest dobranie najlżejszej powłoki przy jednoczesnej największej jej wytrzymałości. Tym samym powłoka Przystępującego ma o wiele lepsze parametry w świetle aktualnej sztuki wznoszenia hal pneumatycznych, a zatem obiektywnie jest lepsza.
Błędnie zakłada Odwołujący, że przy ocenie rozwiązań konieczne jest osiągnięcie identycznych parametrów w przypadku powołania się przez wykonawcę na rozwiązania równoważne. Pogląd, że „równoważny" nie oznacza „identyczny", jest szeroko eksponowany w orzecznictwie KIO, stąd nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego, że produkt równoważny każdorazowo i bez wyjątku musi spełniać każdy minimalny parametr równoważności wskazany przez Zamawiającego. W ocenie Przystępującego badając zgodność produktu równoważnego z wymaganiami należy bardziej badać jego funkcjonalność oraz możliwość zastosowania zgodnie z przeznaczeniem.
W związku z powyższym Przystępujący, zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykazał, że oferowany przez niego produkt 776 POPYPLAN TENT EASY spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.
Co do zarzutu niespełnienia wymogu określonego w treści rozdziału 4.1.6.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przystępujący stwierdził, że dotyczy on braku spełnienia przez oferowane przez Przystępującego rozwiązanie równoważne minimalnych wymogów ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem większość powyższych argumentów Przystępującego zachowuje aktualność.
Odwołujący błędnie opisuje motywację Zamawiającego co do wskazania wymogów dla systemu grzewczego. Zdaniem Odwołującego Zamawiający stawia akcent na indywidualne parametry każdego z pieców osobno, a nie całego rozwiązania grzewczego jako takiego. Jest to nieprawdą, gdyż Zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest system wentylacyjno-grzewczy, a nie dwa piece. Świadczy o tym sposób prezentacji parametrów całego systemu, które zostają osiągnięte na skutek zastosowania dwóch pieców. W związku z dopuszczeniem rozwiązań równoważnych przedmiotem oceny przy spełnieniu wymogów będzie analiza całego zaproponowanego systemu wentylacyjno-grzewczego, a nie poszczególnych jego elementów. Argumentację tę potwierdza fakt, że Zamawiający przy ocenie rozwiązań równoważnych, ocenia je przez pryzmat walorów użytkowych, czyli ich funkcjonalności. Zatem porównaniu i ocenom nie podlegają poszczególne elementy wchodzące w skład systemu, czyli np. poszczególne piece, lecz cały zaproponowany system wentylacyjno-grzewczy.
Przystępujący podtrzymał w całości swoje stanowisko, że dopuszczalne jest sumaryczne zestawienie systemu wentylacyjno-grzewczego o parametrach zakreślonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z parametrami systemu oferowanego przez Przystępującego (2 x. GP500). Z zestawienia porównawczego dwóch systemów (wymaganego i oferowanego) wynika, że spełnia on kryteria równoważności, gdyż nie tylko spełnia wszystkie minimalne parametry wskazane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale w wielu punktach znacząco je przewyższa, przy jednocześnie mniejszym zużyciu paliwa. W konsekwencji proponowane przez Przystępującego rozwiązanie jest równoważne do rozwiązania wymaganego przez Zamawiającego nie tylko pod kątem

spełnienia minimalnych parametrów, ale także ze względu na tożsamą funkcjonalność i identyczne, a nawet lepsze, walory użytkowe.
IV Stanowisko przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Gardenia Sport Sp. z o.o. i Plastbud Sport Sp. z o.o.
Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Gardenia Sport Sp. z o.o. i Plastbud Sport Sp. z o.o. Przystępujący nie przedstawił szczegółowego stanowiska.
V Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów,
w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z udzielonymi wyjaśnieniami i wprowadzonymi zmianami jej treści, treść ofert złożonych przez spółkę Panorama oraz Konsorcjum Gardenia, treść udzielonych przez tych wykonawców wyjaśnień, nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi.
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępujących, w *oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i przystępującego* spółka Panorama *przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:* odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:
1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty spółki Panorama i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gardenia pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gardenia pomimo tego, że wykonawca ten nieprawidłowo wniósł wadium w postępowaniu,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty spółki Panorama i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy, pomimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty spółki Panorama i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy pomimo tego, że wskutek co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,
6. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Gardenia pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału
w postępowaniu,
7. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Gardenia pomimo tego, że wskutek co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.
Przywołane przepisy stanowią, co następuje.
Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału
w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia (pkt 12) oraz wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).
Art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
z zastrzeżeniem (pkt 2); wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium (pkt 7b). Przy czym art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający poprawia
w ofercie wykonawcy inne – niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe – omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty i nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.
Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty spółki Panorama oraz zaniechanie odrzucenia ofert spółki Panorama i Konsorcjum Gardenia pomimo tego, że ich treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, co następuje.
Jak wynika z treści punktu 4.1.6 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą: 1) Ekspertyzy technicznej wydanej przez ITB lub innego akredytowanego Instytutu Budownictwa uprawnionego do wydawania ekspertyz z przedmiotowego zakresu, potwierdzającą bezpieczeństwo ewakuacji osób (dla ilości 300 os.) z hali pneumatycznej pomimo braku konstrukcji do awaryjnego podwieszenia powłoki pneumatycznej. Ekspertyza musi potwierdzać bezpieczną ewakuacją osób (badanie musi być wykonane dla min. 300 osób
w hali o powierzchni min. 7.500 m^2).” W wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 23 lipca 2020 r.
Zamawiający dopuścił przedstawienie „ekspertyz technicznych wydanych przez inne uprawnione podmioty działające zgodnie z obowiązującym prawem w Polsce”.
Pomimo tego, że, jak stwierdził Odwołujący, „w udzielonych tego samego dnia odpowiedziach na inne pytania do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podtrzymał postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganych dokumentów, jakie należy dołączyć do oferty, przywołując brzmienie rozdziału

4.1.6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w niezmienionym brzmieniu oraz przytoczył i uzasadnił postanowienia nieuwzględniające modyfikacji", Izba uznała, że przedmiotowe wyjaśnienia zmieniły zakres wymagań co do żądanego dokumentu i wykonawcy mogli przedstawić nie tylko ekspertyzę techniczną wydaną przez ITB lub akredytowany instytut budownictwa uprawniony do wydawania ekspertyz z przedmiotowego zakresu, ale także ekspertyzy wydane przez inne uprawnione podmioty działające zgodnie z obowiązującym prawem. Kwestia ta zasadniczo nie była przedmiotem sporu. Przedmiotem interpretacji pozostaje jednak, co należy rozumieć pod pojęciem „innych uprawnionych podmiotów działających zgodnie z obowiązującym prawem".
Powstały spór ograniczył się do kwestii, czy może to być ekspertyza wydana przez rzeczoznawcę albo też jakikolwiek podmiot, który uzna, że ma uprawnienia do wystawienia opinii, jak też zakresu wiarygodności takiej opinii.
Jak wynika z dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego, obaj wykonawcy, tj. spółka Panorama i Konsorcjum Gardenia przedstawili częściowo tożsamy dokument datowany na sierpień 2018 r., ze wskazaniem jako wystawcy F&K Consulting Engineers Sp. z o.o. sp. k. oraz mgr. inż. pożarnictwa M. F. jako osoby opracowującej. Z tym, że spółka Panorama w ofercie przedstawiła jedynie dokument o nazwie opracowania: „Ekspertyza techniczna hali pneumatycznej", branża: „Sanitarna/Ochrona przeciwpożarowa". Spółka Panorama przedstawiła ten dokument w postaci kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez prezesa zarządu tej spółki, bez załącznika nr 1.
Natomiast Konsorcjum Gardenia przedstawiło dokument o nazwie opracowania: „Ekspertyza techniczna hali pneumatycznej", branża: „Sanitarna/Ochrona przeciwpożarowa" oraz o nazwie opracowania „Próba awaryjnego uwolnienia powietrza z hali pneumatycznej", obiekt „hala pneumatyczna", branża „Ochrona przeciwpożarowa". Dokumenty te zostały przedstawione
w postaci kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez prokurenta spółki Gardenia Sport Sp. z o.o.
W wezwaniu z 6 sierpnia 2020 r. Zamawiający skierował do obu wykonawców zapytanie m.in. o to, czy F&K Consulting Engineers Sp. z o.o. sp. k. jest jednostką uprawnioną do wydawania ekspertyz z przedmiotowego zakresu, potwierdzających bezpieczeństwo ewakuacji osób dla ilości 300 osób z hali pneumatycznej pomimo braku konstrukcji do awaryjnego powieszenia powłoki pneumatycznej.
W odpowiedzi z 10 sierpnia 2020 r. Konsorcjum Gardenia stwierdziło, że: „Złożona przez nas ekspertyza jest wykonana przez podmiot uprawniony do tego typu zadań i spełnia wymogi Zamawiającego."
Również spółka Panorama stwierdziła, że „F&K Consulting jest podmiotem uprawnionym do wydania załączonej ekspertyzy, dodatkowo ekspertyza została zweryfikowana przez rzeczoznawcę ds. pożarnictwa (co zostało potwierdzone podpisem/pieczątką rzeczoznawcy – str. 1 załącznika <<Próba awaryjnego uwolnienia powietrza z hali pneumatycznej>>)." Wykonawca dołączył ponownie dokument „Ekspertyza techniczna hali pneumatycznej", branża: „Sanitarna/Ochrona przeciwpożarowa", z poprawionym błędem co do wysokości hali oraz dokument o nazwie „Próba awaryjnego uwolnienia powietrza z hali pneumatycznej", obiekt „hala pneumatyczna", branża „Ochrona przeciwpożarowa" wraz z figurującymi na stronie tytułowej podpisem i pieczątką: „Rzeczoznawca do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych inż. Pożarnictwa R. R., nr upr. 311/94).
W ocenie Izby – w kwestii formalnej, dokumenty te mogły być przedstawione w postaci kopii ekspertyzy potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Tym samym podpisy na nich figurujące mogły być takie same (jest to jeden kopiowany podpis). Kopia dokumentu jest formą zgodną z § 14 ust. 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r.
w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy
w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), który stanowi, że dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale
w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą.
W przypadku postępowań, których wartość nie przekracza kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i w których dokumenty należało złożyć w wersji papierowej, zasadę tę stosuje się analogicznie. Natomiast jeżeli co do przedstawionych dokumentów istnieje wątpliwość, zgodnie z § 15 ww. rozporządzenia Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów lub oświadczeń – gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.
Co zaś do sporu dotyczącego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia
w zakresie podmiotu uprawnionego do sporządzenia takiej opinii Izba stwierdziła, że w jej ocenie opinię taką mógłby sporządzić rzeczoznawca, o którym mowa w rozdziale 2a „Rzeczoznawcy do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych" ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (Dz.U. z 2020 r. poz. 961), wpisany do wykazu rzeczoznawców prowadzonego przez Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej. Z art. 11i ust. 1 pkt 3 tej ustawy wynika bowiem, że rzeczoznawca jest uprawniony do sporządzania ekspertyz technicznych i innych opracowań technicznych z zakresu ochrony przeciwpożarowej.
Natomiast przedstawiona przez obu Przystępujących opinia nie została sporządzona przez rzeczoznawcę ani – wbrew twierdzeniu spółki Panorama – przez niego zatwierdzona czy zweryfikowana, a przynajmniej taka czynność z owego dokumentu nie wynika. Samo bowiem złożenie podpisu i przystawienie pieczęci bez żadnej choćby adnotacji, czego ona dotyczy (np. „Zatwierdzam"), nie stanowi żadnego oświadczenia w tym zakresie. W ocenie Izby wątpliwe jest także, jaki charakter miałoby mieć takie „zatwierdzenie" *post factum* – czego można się domyślać z porównania kopii opracowania przedstawionego przez obu Przystępujących, gdyż na kopii przedstawionej przez Konsorcjum Gardenia nie ma takiej pieczęci i podpisu. Dodatkowo uprawnienia rzeczoznawcy wskazane w art. 11i ust. 1 pkt 3 o ochronie przeciwpożarowej mówią raczej o (osobistym) sporządzaniu ekspertyz i opracowań, gdyż wiedza i doświadczenie eksperta jest jego przymiotem osobistym.
O ile więc uprawnienia rzeczoznawcy wynikają wprost z przywołanych przepisów, o tyle Izba musi podzielić stanowisko Odwołującego, że przedmiotowego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można interpretować w taki sposób, że „podmiotem uprawnionym" jest każdy podmiot, który uzna, że takie uprawnia ma lub czuje się zdolny do przedstawienia takiej opinii. Wynika to choćby *a contrario* z przywołanego przepisu art. 11i
ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie przeciwpożarowej oraz samego wprowadzenia regulacji dotyczącej rzeczoznawców do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych, z których można wywieść, że kwestia ta – związana z zagrożeniem życia i zdrowia osób oraz mienia o znacznej wartości – jest na tyle ważka dla ustawodawcy, że temat zabezpieczeń przeciwpożarowych objął żądaniem posiadania specjalnych uprawnień.
Dodatkowo obaj Przystępujący, poza samym stwierdzeniem, nie przedstawili żadnych informacji ani dowodów, z których

by wynikało, że firma F&K Consulting Engineers Sp. z o.o. sp. k. czy sam pan F. jakiekolwiek uprawnia posiadają.
Tym samym dokumenty przedstawione przez Przystępujących są nieprawidłowe. Mogłyby one jednak ulec uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – przy spełnieniu wymagań wskazanych w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova, z którego wynika, że „zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane." Tym samym, gdyby Przystępujący byli w stanie przedstawić dokumenty, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert.
Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi jednak, że „jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania". Zatem – wobec tego, że oferty obu Przystępujących podlegają odrzuceniu, podstawy do wezwania do uzupełnienia dokumentów nie zaistniały.
Co do pozostałych kwestii dotyczących niezgodności ofert Przystępujących z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że zgodnie z rozdziałem 1. pkt 1.1-1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis przedmiotu zamówienia" przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest budowa zadaszenia pneumatycznego boiska piłkarskiego. Zakres robót obejmuje w szczególności: montaż powłoki pneumatycznej nad boiskiem: roboty ogólnobudowlane – płyty pod drzwi, maszynownię, bramę techniczną i nawierzchnię z kostki brukowej pod zbiornik na olej; budowę powłoki pneumatycznej wraz z instalacjami elektrycznymi i grzewczymi; przyłączy kabla zasilającego; magazynu dla składowania powłoki pneumatycznej; uporządkowanie terenu; wykonanie dokumentacji powykonawczej z wykazem zamontowanych elementów oraz mapy geodezyjnej powykonawczej. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia w zakresie i w sposób określony w dokumentacji technicznej oraz specyfikacji technicznej wykonania
i odbioru robót budowlanych (opracowania wykonane przez firmę GARAPENA Sp. z o.o. Chrzanów; części składowe dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania
i odbioru robót budowlanych wymienione w załączniku nr 1 do wzoru umowy) oraz zgodnie
z obowiązującymi przepisami, normami i sztuką budowlaną oraz na podstawie oględzin terenu budowy (pkt 1.3).
W punkcie 1.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisał wymagania co do rozwiązań równoważnych: „1) Wszędzie tam, gdzie przedmiot zamówienia został opisany poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu lub norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, Zamawiający dopuszcza oferowanie przez Wykonawcę materiałów lub rozwiązań równoważnych w stosunku do opisanych
w dokumentacji, pod warunkiem, że nie obniżą określonych w dokumentacji standardów, będą posiadały wymagane odpowiednie atesty, certyfikaty lub dopuszczenia oraz zapewnią wykonanie zamówienia zgodnie z oczekiwaniami i wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Wskazanie w dokumentacji technicznej przykładowych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych ma na celu doprecyzowanie oczekiwań Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia i stanowi wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga od Wykonawcy stosownie do treści art. 30 ust. 5 Prawa zamówień publicznych złożenia stosownych dokumentów uwiarygodniających zastosowanie rozwiązań równoważnych.
W przypadku, gdy Wykonawca nie złoży w ofercie dokumentów o zastosowaniu innych równoważnych materiałów lub urządzeń lub rozwiązań, to rozumie się przez to, że do kalkulacji ceny oferty i wykonania przedmiotu zamówienia ujęto materiały i urządzenia zaproponowane w dokumentacji technicznej; w związku z tym Wykonawca jest zobowiązany zastosować do wykonania zamówienia materiały lub urządzenia lub rozwiązania zaproponowane
w dokumentacji technicznej.
2) W przypadku, gdy Wykonawca zaproponuje rozwiązania równoważne, w tym materiały, urządzenia i inne elementy, zobowiązany jest wykonać i załączyć do oferty zestawienie wszystkich zaproponowanych rozwiązań równoważnych (np. materiałów, urządzeń oraz innych elementów równoważnych) i wykazać ich równoważność w stosunku do rozwiązań (np. materiału, urządzenia i innego elementu) opisanych w dokumentacji technicznej, ze wskazaniem nazwy, strony i pozycji w dokumentacji technicznej, których dotyczy.
Opis zaproponowanych rozwiązań równoważnych powinien być dołączony do oferty i musi być na tyle szczegółowy, żeby Zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić spełnienie wymagań dotyczących ich właściwości funkcjonalnych, jakościowych i parametrów oraz rozstrzygnąć, czy zaproponowane rozwiązania są równoważne. Oznacza to, że na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferowane przez niego rozwiązania (np. materiały, urządzenia i inne elementy) są równoważne w stosunku do opisanych przez Zamawiającego.
3) Wszystkie znaki towarowe, patenty lub świadectw pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, a także normy, europejskie oceny techniczne, aprobaty, specyfikacje techniczne
i systemy referencji technicznych wskazane w dokumentacji technicznej należy traktować wyłącznie jako przykładowe, a Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów, urządzeń równoważnych, tj. o parametrach funkcjonalnych nie gorszych niż wskazane przez Zamawiającego. Wszystkie przewidziane w dokumentacji przetargowej parametry i wymogi techniczne przykładowych materiałów, urządzeń są parametrami minimalnymi chyba, że zapis mówi inaczej.
4) Do wszystkich znaków towarowych, patentów lub świadectw pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu a także norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych wskazanych w dokumentacji projektowej dopisuje się wyrazy „lub równoważne".
Co prawda nie wynika to bezpośrednio z zakresu cytowanych postanowień, ale nie było przedmiotem sporu, że Zamawiający – w szczególności w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – „w celu zwiększenia konkurencyjności postępowania" dopuścił stosowanie rozwiązań równoważnych ogólnie w stosunku do rozwiązań technicznych opisanych w „Projekcie zadaszenia pneumatycznego pełnowymiarowego boiska do piłki nożnej

ze sztuczną trawą orasz małego budynku magazynowego w lokalizacji u. Przy Skarpie w Toruniu" z marca 20202 r., będącego częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Obaj Przystępujący zaoferowali rozwiązania, które określili jako równoważne, podobnie określił je Zamawiający.
Tym samym zaktualizował się obowiązek wskazany w punkcie 1.11 ppkt 1 i 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. przedstawienia wraz z ofertą opisu zaproponowanych rozwiązań równoważnych, na tyle szczegółowego, żeby Zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić spełnienie wymagań dotyczących ich właściwości funkcjonalnych, jakościowych
i parametrów oraz rozstrzygnąć, czy zaproponowane rozwiązania są równoważne oraz udowodnienia tej równoważności.
Żaden z Przystępujących w swojej ofercie takiego opisu ani dowodów nie zawarł. Natomiast informacje uzyskiwane w tracie późniejszych wyjaśnień (opisane dokładnie w stanowisku odwołującego, opis nie będzie więc powielany), dokonywanych po upływie terminu składania ofert, są spóźnione i nie mogą być uznane, naruszałoby to bowiem zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. A także – wprost – zakaz zawarty w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający co prawda może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, lecz niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 (tj. trybu dialogu konkurencyjnego oraz poprawienia oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych i innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty), dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.
Przedmiot oferowanego przez wykonawcę świadczenia jest ścisłą treścią oferty objętą zakazem art. 87 ust. 1 zd. drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, która nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ani żadnemu dalszemu uzupełnieniu, a ustalanie treści oferty w ramach jest wyjaśnień należy uznać za niedozwolone negocjacje, o których mowa w tym przepisie. W związku z powyższym wszelkie uzupełnienia oferty po upływie terminu składania ofert, naruszające zakaz zmiany treści ofert i negocjacji ich treści z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy uznać za bezskuteczne.
Tym samym, jak wynika ze stanu faktycznego, Przystępujący ani nie zaoferowali rozwiązania opisanego w projekcie stanowiącym część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani nie opisali rozwiązań, które oferują, w szczególności w taki sposób, by można je było poddać ocenie co do równoważności. Przedstawione dokumenty techniczne, wymagane w punkcie 4.1.6 ppkt 2-4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie są bowiem wystarczającym opisem w tym zakresie.
Zatem zarzucany przez Odwołującego brak zgodności technicznej parametrów wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferowanych w ofertach Przystępujących jest tu kwestą drugorzędną i trudno go rozpatrywać bez stwierdzenia, jaki jest konkretny przedmiot ofert Przystępujących w tych ofertach wskazanych.
Tym samym potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia ofert spółki Panorama oraz Konsorcjum Gardenia jako niezgodnych z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Izba stwierdziła także, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gardenia pomimo tego, że wykonawca ten nieprawidłowo wniósł wadium w postępowaniu.
Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę m.in. jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Nie jest sporne w interpretacji pojęcia „wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy", że oznacza to m.in. wniesienie wadium , którego nie pokrywa się z dyspozycjami art. 45 i 46 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z art. 45 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie , a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie , zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.
Jak wynika z art. 45 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2019 r. , i).
Zgodnie z art. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3
i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w , oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Ponadto, jak stanowi art. 45 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.
Ustawodawca posługuje się więc pojęciem „wykonawcy", którym, zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.
Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy mogą ubiegać się
o udzielenie zamówienia wspólnie. W takim wypadku pojęcie „wykonawcy" wskazane w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do całej tej grupy wykonawców, którzy zarówno wspólnie składają ofertę, jak i wspólnie są stroną umowy.
Konsorcjum Gardenia przedłożyło gwarancję wadialną w postaci „Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium" z 21 lipca 2020 r., wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., w której na wstępie określając jako „Zobowiązany (oferent): „GARDENIA SPORT Sp. z o.o."
i pojęcia tego używając w dalszej części gwarancji: „gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji (…) spełniającego wymogi formalne określone w § 3 ust. 1 oraz zawierającego oświadczenie beneficjenta, ze wystąpiła jedna z następujących sytuacji określonych w art. 26 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych% (…): 1) oferta Zobowiązanego została wybrana, ale: a) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego

na warunkach określonych w ofercie, b) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego siato się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego, 2) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej."

Jak wynika z treści oferty, w niniejszym postępowaniu oferta została złożona wspólnie przez wykonawców Gardenia Sport Sp. z o.o. i Plastbud Sport Sp. z o.o., czyli w sposób wskazany w art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym „oferentem" również są wspólnie Gardenia Sport Sp. z o.o. i Plastbud Sport Sp. z o.o., zatem i „Zobowiązanym/ oferentem" wskazanym w gwarancji, powinny być te dwa podmioty. Nie budzi bowiem wątpliwości, że oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie jest tą samą ofertą, co oferta złożona przez jednego z nich. Oferty złożonej przez Gardenia Sport Sp. z o.o. zaś w niniejszym postępowaniu nie ma. Przedstawiona gwarancja też w swojej treści w żaden sposób nie odnosi się do faktu, że obejmuje swoim zakresem jakikolwiek inny podmiot niż Gardenia Sport Sp. z o.o.

Tym samym przedstawiona gwarancja wadialna ani nie zabezpiecza oferty złożonej wspólnie przez spółki Gardenia Sport Sp. z o.o. i Plastbud Sport Sp. z o.o., ani nie zabezpiecza oferty złożonej samodzielnie przez Gardenia Sport Sp. z o.o., która nie istnieje. Zatem zbiór podmiotów, których gwarancja dotyczy, *de facto* jest pusty.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 15 lutego 2018 r., sygn. akt IV CSK 86/17, wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy, to treść gwarancji decyduje o przesłankach realizacji gwarancji. W sytuacji,

w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta, czy zobowiązanego) wskazano w gwarancji nie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zakresu objętego gwarancją, w szczególności, po czyjej stronie leżą przesłanki zatrzymania wadium – czy są to wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (członkowie konsorcjum). Zgodnie ze wskazówkami Sądu Najwyższego w powyżej wskazanym orzeczeniu rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 Kodeksu cywilnego (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej), czy zawarte w gwarancji określenie obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w działaniu lub zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawcy w niej wymienieni również ponoszą za to zaniechanie odpowiedzialność.

Jak wskazano powyżej, gwarancja złożona przez Konsorcjum Gardenia nie wskazuje na taki zakres, wyraźnie odnosząc się jedynie do „Zobowiązanego", którego zdefiniowano jako Gardenia Sport Sp. z o.o. Gardenia Sport Sp. z o.o. nie jest także oferentem w tym postępowaniu, pomimo że tak ją określono w gwarancji.

Konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może budzić wątpliwości. W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, że wadliwie wniesione wadium stanowi przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy, powinien on dbać o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności, by dokument został złożony prawidłowo. Treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013 r. sygn. akt X Ga 189/13), a wadium, niezależnie od formy, w której je złożono, powinno w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego

i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępujących, pomimo że wskutek co najmniej lekkomyślności

i niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, Izba stwierdziła, że Odwołujący ten zarzut przedstawił w sposób ogólny i w postaci bardziej własnych stwierdzeń i opinii niż konkretnych dowodów w tym zakresie. Co zaś do jedynej bardziej skonkretyzowanej okoliczności dotyczącej rozbieżności pomiędzy danymi zawartymi w karcie technicznej wystawionej przez Plastics Group Sp. z o.o. i Sattler PRO-TEX GmbH, to nie wykazał, że wynika ona z nieprawdziwosc zawartych tam danych, a nie możliwości modyfikacji produktu.

Odwołujący nie udowodnił również okoliczności wskazanych w zarzucie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia spółki Panorama i Konsorcjum Gardenia, pomimo że wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba przyjęła tu wyjaśnienia złożone podczas rozprawy przez spółkę Panorama. Izba uważa też, że same szczątkowe informacje, które przedstawił Odwołujący, pochodzące głównie

z Internetu, nie są wystarczające do stwierdzenia złożenia informacji nieprawdziwych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie i nakazując Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Gardenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty złożonej przez spółkę Panorama na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2

pkt 1, § 3 i § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych oraz 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący:……