Sygn. akt: KIO 93/15
Sygn. akt: KIO 94/15

WYROK
z dnia 3 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie: Anna Chudzik
Piotr Kozłowski
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 28 i 29 stycznia 2015 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2015 r. przez **Odwołujących:**
a) Konsorcjum: Mikor Inżyniering Sp. z o.o., Prolight Sp. z o.o., Audio mPlus Sp. z o.o., ul. Pożarskiego 28/22, 04-703 Warszawa (Sygn. akt: KIO 93/15),
b) Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G., ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno (Sygn. akt: KIO 94/15)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – Opera na Zamku, ul. Teofila Fircyka 20, 71-637 Szczecin

przy udziale **Wykonawców**
a) Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G., ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno (Sygn. akt: KIO 93/15), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
b) KONSBUD AUDIO Sp. z o.o., ul. Gajdy 24, 02-878 Warszawa (Sygn. akt: KIO 93/15 oraz 94/15) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
c) Konsorcjum: Mikor Inżyniering Sp. z o. o., Prolight Sp. z o. o., Audio Plus Sp. z o. o., ul. Pożarskiego 28/22, 04-703 Warszawa (Sygn. akt: KIO 94/15) zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

w sprawie o sygn. akt KIO 93/15
1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców KONSBUD AUDIO Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G., których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i

nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenie ofert ww. wykonawców,
2. w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie oddala;

w sprawie o sygn. akt KIO 94/15
1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Mikor Inżyniering Sp. z o.o., Prolight Sp. z o.o., Audio Plus Sp. z o.o., która to oferta była niezgodna z treścią SIWZ w zakresie zaoferowanego mikrofonu do ręki oraz przekroczenia dopuszczalnych wartości z Tabeli Płatności i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty ww. wykonawcy,
2. w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie oddala

3. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** – Opera na Zamku, ul. Teofila Fircyka 20, 71-637 Szczecin i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Odwołujących** tytułem wpisów od odwołań, w tym:
3.2. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konsorcjum: **Mikor Inżyniering Sp. z o.o., Prolight Sp. z o.o., Audio mPlus Sp. z o.o., ul. Pożarskiego 28/22, 04-703 Warszawa** (Sygn. akt: KIO 93/15)
3.3. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G., ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno** (Sygn. akt: KIO 94/15)

4. zasądza od **Zamawiającego** – **Opera na Zamku, ul. Teofila Fircyka 20, 71-637 Szczecin** na rzecz Odwołujących, kwotę 36 060,00 złotych, w tym na rzecz:
4.1. Konsorcjum: **Mikor Inżyniering Sp. z o.o., Prolight Sp. z o.o., Audio mPlus Sp. z o.o., ul. Pożarskiego 28/22, 04-703 Warszawa** (Sygn. akt: KIO 93/15) kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych, w tym 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu koszów wynagrodzenia pełnomocnika strony.
4.2. Przedsiębiorstwa Specjalistycznego TEATR M. G., ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno (Sygn. akt: KIO 94/15) kwotę 17 460,00 (siedemnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt) złotych w tym 15.000,00 zł. tytułem wpisu od odwołania oraz 2 460,00 zł tytułem zwrotu koszów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Przewodniczący ……..
Członkowie: ……...
……

Sygn. akt: KIO 93/15
Sygn. akt: KIO 94/15

UZASADNIENIE

Opera na Zamku, ul. Teofila Fircyka 20, 71-637 Szczecin, zwana dalej „zamawiającym" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. "Technologia teatru muzycznego Opery na Zamku w Szczecinie". W postępowaniu zostało złożonych sześć ofert, przy czym trzy z nich zostały odrzucone jako niezgodne z treścią SIWZ.

W dniu 7 stycznia 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za która została uznana oferta wykonawcy KONSBUD AUDIO Sp. z o.o., ul. Gajdy 24, 02-878 Warszawa. Na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta konsorcjum wykonawców Mikor Inżyniering Sp. z o. o., Prolight Sp. z o. o., Audio Plus Sp. z o. o., ul. Pożarskiego 28/22, 04-703 Warszawa, zwanym dalej „ konsorcjum Mikor", a na trzecim miejscu ofert wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G., ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno, zwany dalej jako „PS Teatr". Jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferta było kryterium najniższej ceny. Cena za wykonanie zamówienia została ustalona jako cena ryczałtowa.

Od takiej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożyło dwóch wykonawców tj. konsorcjum Mikor (sygn akt KIO 93/15) i wykonawca PS Teatr (sygn. akt KIO 94/15).

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 93/15 przystąpiło dwóch wykonawców, przy czym wykonawca Konsbud po stronie Zamawiającego, a wykonawca PS Teatr po stronie Odwołującego. Natomiast do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 94/15 przystąpiło również dwóch wykonawców tj Konsbud i konsorcjum Mikor – obaj po stronie Zamawiającego.

W związku z faktem, że Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie, to Izba postanowiła w tej części uzasadnienia przedstawić tylko zarzuty i stan faktyczny spraw wynikający z treści odwołań, natomiast stanowisko Zamawiającego i Przystępujących prezentowane na rozprawie, przedstawiać w II części uzasadnienia zawierającą ocenę merytoryczną poszczególnych zarzutów.

Odwołanie o syg. KIO 93/15

Wykonawca konsorcjum Mikor we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu podjęcie czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, tj.

1. **art. 89 ust. 1 pkt 8 P.z.p. w zw. z art. 14 P.z.p. oraz art 107 k.c. i art. 104 zdanie pierwsze k.c. poprzez zaniechanie ich zastosowania** i nie odrzucenie oferty Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie z uwagi na fakt, że oferta Konsbud Audio sp. z o.o. została podpisana przez osobę nieuprawnioną, a tym samym nie została ważnie złożona i jako taka nie mogła zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą; **alternatywnie** z ostrożności procesowej odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie wezwania wykonawcy Konsbud do złożenia wyjaśnień do złożonego przy ofercie dokumentu pełnomocnictwa **względnie art. 26 ust. 3 P.z.p.** poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowego dokumentu pełnomocnictwa, w sytuacji gdy jego treść nasuwa istotne wątpliwości w kontekście możliwości reprezentowania oferenta samodzielnie przez wskazanego w dokumencie pełnomocnika;

2. **art. 24 ust 2 pkt 3) P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania** i nie wykluczenia wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie w sytuacji, gdy wykonawca podał Zamawiającemu w ofercie nieprawdziwe informacje wskazując, iż nie pozostaje w grupie kapitałowej, gdy tymczasem spółka Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie pozostaje w grupie kapitałowej ze spółką pod firmą Konsbud Audio BIS sp. z o.o. w Warszawie w likwidacji; **alternatywnie** z ostrożności procesowej odwołujący podnosi zarzut naruszenia art 26 ust 4 P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o do wyjaśnienia treści oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w zakresie, w jakim jego treść przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości;

3. **art. 24 ust 2 pkt 4 P.z.p. w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3) oraz art. 26 ust. 2b P.z.p. poprzez błędną wykładnię lub zaniechanie ich zastosowania** i nie wykluczenie wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie z postępowania pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

4. **art. 89 ust. 1 pkt 2) P.z.p. w związku z art. 87 ust. 1 zdanie drugie P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania** i nie odrzucenie oferty wykonawcy Konsbud Audio sp. zo.o. w Warszawie, w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dokonana przez tego wykonawcę zmiana treści oferty była niedopuszczalna;

5. **art. 89 ust 1 pkt 3) P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania** i nie odrzucenie oferty wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie, w sytuacji gdy złożenie przez tego wykonawcę oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji względnie nastąpiło w warunkach popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji

6. **art. 7 ust. 1 P.z.p. w związku z art. 7 ust. 3 P.z.p.** poprzez przeprowadzenie

---

postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybranie oferty wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie w sposób niezgodny z Ustawą, oferta pomimo tego, iż zasługiwała na odrzucenie.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o :

1. uwzględnienie odwołania
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie ewentualnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie i M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: „Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr'' M. G.;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym również kosztami odwołującego związanymi z udziałem w postępowaniu uzasadnionymi odwoławczym pełnomocnika procesowego w kwocie 3.600 złotych.

Równocześnie wniósł o powołanie biegłego z zakresu badania dokumentów i odcisków pieczątek; na okoliczność: istnienia podobieństw w ofercie wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o. i ofercie wykonawcy M. G., polegających na wykorzystaniu przy przygotowywaniu oferty tych wykonawców tej samej pieczątki „Za zgodność z oryginałem” w kolorze czerwonym; wykorzystaniu tej samej pieczęci na dokumentach znajdujących się na stronach 1084 - 1283 oferty wykonawcy M. G. oraz dokumentów znajdujących się na

stronach 1084 -1283 oferty wykonawcy Konsbud.

Także o powołanie biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność:

występowania podobieństw lub powtarzalnych zależności w sposobie ustalenia ceny lub kalkulacji jej poszczególnych składników przez obu w/w oferentów poprzez zachowanie równomiernej lub zbliżonej różnicy w wartości wynagrodzenia wykonawców za wykonanie poszczególnych części przedmiotu zamówienia; występowania takiej samej lub zbliżonej różnicy w wycenie poszczególnych elementów zamówienia; istnienia takiej samej lub podobnej różnicy w wycenie (sumie wyceny) dla poszczególnych zakresów robót i dostaw określonych przez oferentów w kosztorysach (przedmiarach robót; tabelach scalonych), tj. dla (i) Technologii teatralnej - Zestawienie elektroakustyka, w tym: Systemu elektroakustycznego Sali głównej; System elektroakustycznego Sali kameralnej; Systemu inspicjenta; Technicznego podglądu video; Agend informacyjnych; Sali prób baletu; Sali prób orkiestry; Galerii południowej; (ii) Multimediów; (iii) Technologii oświetlenia widowiskowego - Zestawienie oświetlenie sceniczne, w tym: Sali głównej; Sali kameralnej; (iv) Mechaniki

---

scenicznej - Zestawienie mechanika, w tym: Mechanika górna; Mechanika dolna; Banery akustyczne; oraz (v) Wyposażenia technologicznego - Zestawienie wyposażenie, w tym: Wyposażenie Sali Kameralnej; Wyposażenie orkiestry; Sala baletowa; Sala prób orkiestry; Wyświetlacz libretta; Wyposażenie sceny głównej; Podłoga baletowa sceny głównej

Uzasadniając podniesione zarzuty podał:

- **w zakresie zarzutu pierwszego** podał, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 8 P.z.p. w zw. z art. 14 P.z.p. oraz art. 107 k.c. i art. 104 zdanie pierwsze k.c. poprzez zaniechanie ich zastosowania i nie odrzucenie oferty Konsbud z uwagi na fakt, że oferta Konsbud została podpisana przez osobę nieuprawnioną, a tym samym nie została ważnie złożona i jako taka nie mogła zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą; alternatywnie z ostrożności procesowej odwołujący podniósł zarzut naruszenia art 26 ust 4 P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie wezwania wykonawcy Konsbud do złożenia wyjaśnień do złożonego przy ofercie dokumentu pełnomocnictwa względnie art. 26 ust.3 P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowego dokumentu pełnomocnictwa, w sytuacji gdy jego treść nasuwa istotne wątpliwości w kontekście możliwości reprezentowania oferenta samodzielnie przez wskazanego w dokumencie pełnomocnika.

W ocenie Odwołującego dołączony do oferty Konsbud dokument pełnomocnictwa rodzi wątpliwości, co do skuteczności podpisania oferty przez pełnomocnika w osobie P. J., albowiem w treści tego dokumentu wskazano wyraźnie, że pełnomocnictwa udziela się do *„reprezentowania Spółki wspólnie (...)*. W ocenie Odwołującego użycie w pełnomocnictwie zwrotu „wspólnie" powoduje, że pełnomocnik uprawniony jest do reprezentowania spółki Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie tylko w przypadku, gdy działa łącznie z innym pełnomocnikiem, który jednak nie został wymieniony w treści dokumentu pełnomocnictwa. W konsekwencji istniejących wątpliwości Odwołujący stwierdza, że złożona oferta podpisana została przez osobę nieuprawnioną, a brak właściwego pełnomocnictwa w ofercie jest podstawą do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 14 P.z.p. oraz art. 107 k.c. i art. 104 zdanie pierwsze k.c.

- **zakresie zarzutu drugiego** Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 24 ust 2 pkt 3) P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie wykluczenia wykonawcy Konsbud w sytuacji, gdy wykonawca ten podał Zamawiającemu w ofercie nieprawdziwe informacje wskazując, iż nie pozostaje w grupie kapitałowej, gdy tymczasem spółka Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie pozostaje w grupie kapitałowej ze spółką pod firmą Konsbud Audio BIS sp. z o.o. w Warszawie w likwidacji; alternatywnie z ostrożności procesowej odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 26 ust 4 P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsbud do wyjaśnienia treści oświadczenia o przynależności do grupy

---

kapitałowa. Nadto wskazał, iż złożone przez oferenta Konsbud oświadczenie o liście podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej jest nieprawdziwe, albowiem, wykonawca pozostaje w grupie kapitałowej ze spółką pod firmą Konsbud Audio BIS sp. z o.o. w Warszawie w likwidacji (KRS Nr: 0000184287). Przynależność tej ostatniej spółki do grupy kapitałowej oferenta Konsbud wynika z tego, że: (i) spółka oferenta jest jedynym

wspólnikiem spółki Konsbud Audio BIS sp. z o.o. w Warszawie w likwidacji; oraz (ii) Prezes zarządu spółki oferenta w osobie A. P. jest jednocześnie likwidatorem spółki Konsbud Audio BIS sp. z o.o. w Warszawie w likwidacji. Poza tym obie w/w spółki posiadają siedzibę pod takim samym adresem. Okoliczności te powodują, że spółka oferenta w sposób bezpośredni kontroluje innego przedsiębiorcę - spółkę pod firmą: Konsbud Audio BłS sp. z o.o. w Warszawie w likwidacji, a tym samym pozostaje w grupie kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5) P.z.p.

Reasumując powyższe stwierdził, że firma Konsbud wbrew złożonemu oświadczeniu na dzień złożenia oferty pozostawała w grupie kapitałowej ze spółką pod firmą Konsbud Audio BIS sp. z o.o. w Warszawie w likwidacji, a tym samym złożone przez nią oświadczenie nie było prawdziwe. W konsekwencji zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3) P.z.p wykonawca Konsbud powinien zostać wykluczony przez Zamawiającego z postępowania o udzielenie zamówienia. Złożenie nieprawdziwej informacji przez Konsbud i zaniechanie wykluczenia tego oferenta przez Zamawiającego spowodowało, że jego oferta była brana pod uwagę przez Zamawiającego przy rozstrzygnięciu przetargu chociaż w okolicznościach faktycznych sprawy winna być odrzucona.

- w zakresie zarzutu trzeciego, dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 P.z.p. w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3) oraz art 26 ust 2b P.z.p. poprzez nie wykluczenie wykonawcy Konsbud z postępowania podniósł, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W odniesieniu do 3 osób, które zostały wskazane przez oferenta Konsbud, jako osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, tj.: M. B. (nazwisko panieńskie R.); T. Z. oraz J. C. do oferty nie dołączono wymaganych SIWZ dokumentów w postaci (i) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia; (ii) informacji z CEIDG; oraz (iii) oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Obowiązek złożenia przedmiotowych dokumentów w odniesieniu do wskazanych osób wynika z tego, że podstawą do ich dysponowania przez oferenta jest umowa cywilnoprawna - umowa o dzieło. Z tego też względu osoby te traktować należy, jako osoby trzecie udostępniające wykonawcy potencjał osobowy, które zobowiązane były w szczególności do złożenia pisemnego oświadczenia o udostępnieniu tych zasobów oferentowi. Art. 26 ust 2 b P.z.p. dokładnie precyzuje, że nieistotny jest charakter prawny łączący wykonawcę i podmiot, na potencjale którego będzie „opierał" się

wykonawca. W tym względzie dopuszczalna jest każda forma współpracy, gdyż może zaistnieć również taka sytuacja, że nawet osoba, która jest zatrudniona na umowę o pracę z wykonawcą, może w zakresie nieobjętym zakresem świadczenia pracy porozumieć się z pracodawcą i podpisać inną - odrębną umowę cywilno-prawną, a wykonawca (pracodawca) zgłosi taką osobę, jako podmiot trzeci, z którego np. doświadczenia zamierza skorzystać, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (Wyrok KIO z dnia 18 maja 2010 KIO 786/10). W takich okolicznościach zgodnie z przywołanym powyżej wyrokiem w sytuacji gdy udostępniony został wykonawcy Konsbud potencjał osobowy (na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b) to Zamawiający, w celu realizacji dyspozycji przepisu art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych ma obowiązek żądać spełnienia, w odniesieniu do w/w podmiotów (osób fizycznych), warunków udziału w postępowaniu opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

- w zakresie zarzutu czwartego zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) P.z.p. w związku z art. 87 ust. 1 zdanie drugie P.z.p. poprzez zaniechanie ich zastosowania i nie odrzucenie oferty wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie, w sytuacji gdy złożona przez tego wykonawcę oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał w tym zarzucie na niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie 4 elementów, dotyczących zaoferowanego komputera KV, reflektorów, konsoli oświetleniowej i stroboskopu LED, stanowiące niejako osobne zarzuty.

- odnośnie niezgodności z SIWZ zaoferowanego komputera podał, że dostawie komputer ma służyć do rejestracji i montażu video. W specyfikacji technicznej określono. iż komputer ten musi być wyposażony w kartę przechwytująca video oraz oprogramowanie do rejestracji video. Jak wynika natomiast z pisma Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2014 roku, znak: DIFZ/2390/2014/MP - wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów - wykonawca Konsbud nie zaoferował w ofercie wymaganego przez Zamawiającego wyposażenia komputera w postaci karty przechwytującej video. W piśmie tym

(vide: pkt 1

tiret drugie licząc od końca) Zamawiający wskazał bowiem, że *„Komputer KV, o którym mowa w Tabeli 4.9 Specyfikacji technicznej, w zakresie parametrów: - w dostarczonych materiałach brak informacji na temat karty przechwytującej z wejściem DWHDMI komputera KV (o. 1.17 kosztorysu)* a *opis zaoferowanego oprogramowania Avolites Media Miami jest na tyle lakoniczny, że trudno ocenić czy służy ono do montażu"*. Dopiero przy piśmie Konsbud z dnia 31 grudnia 2014 roku - odpowiedzi na w/w wezwanie - Konsbud złożył kartę katalogową karty przechwytującej (DataPathVisionSD4+1S) oraz oprogramowania do montażu (Windows Movie Maker, Windows Media Encoder) i *de facto* zaoferował wymaganą przez Zamawiającego kartę przechwytującą oraz oprogramowanie. To ostatnie działanie nie powinno jednak być uznane za dozwolone wyjaśnienie oferty, ale za nieuprawnione

uzupełnienie oferty wykonawcy Konsbud i zmianę jej treści. Jak wyraźnie stwierdził bowiem Zamawiający w w/w piśmie w dostarczonych przez Konsbud materiałach brak było jakiejkolwiek informacji na temat zaoferowania karty przechwytującej i oprogramowania, a tym samym nie można uznać, że oferta Konsbud odpowiadała treści SIWZ. Co istotne, z treści pisma Zamawiającego zdaje się wynikać jednoznacznie, że Konsbud nie uwzględnił w ogóle w przedłożonym przy ofercie kosztorysie dostawy wymaganej karty przechwytującej i oprogramowania i nie uwzględnił tych urządzeń w zaoferowanej cenie. Tym samym dokonana przez Konsbud niedozwolona zmiana oferty nie była neutralna i powinna mieć wpływ na cenę oferty. W tym miejscu podnieść należy również, że dla oceny zajętego stanowiska bez znaczenia jest twierdzenie Konsbud z w/w pisma, że w/w karta przechwytująca i oprogramowanie były „zawarte w zaoferowanym komputerze", albowiem w świetle treści pisma Zamawiającego stanowisko to należy uznać za całkowicie gołosłowne.

- w zarzucie dotyczącym oświetlenia wskazał, że Zamawiający określił w dokumentacji projektowej, aby każda oprawa była wyposażona w wieszak do rury, linkę stalową i ramki do filtrów. Dodatkowo w opisie każdego reflektora widnieje zapis o konieczności dostarczenia wraz z reflektorami źródeł światła (żarówek). Tymczasem w ofercie Konsbud znajdują się tylko karty katalogowe uchwytów. Brak jest natomiast kart materiałowych linek zabezpieczających oraz źródeł światła. Wobec powyższego stwierdził, że oferta wykonawcy Konsbud nie odpowiada treści SIWZ, albowiem wykonawca ten nie zaoferował wraz z reflektorami źródeł światła i linek zabezpieczających, a tym samym nie spełnił wymogów SIWZ.

- odnośnie konsoli oświetleniowej zarzucił Zamawiającemu, że zgodnie z treścią dokumentacji projektowej dotyczącej specyfikacji konsolety oświetleniowej przeznaczonej do Sali kameralnej wymagane było, żeby konsoleta oświetleniowa została dostarczona w komplecie z monitorami dotykowymi. Jak wynika natomiast z pisma Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2014 roku, znak: D1FZ/2390/2014/MP - wezwanie do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów - wykonawca Konsbud nie zaoferował w ofercie wymaganego przez Zamawiającego wyposażenia albowiem nie złożył przy ofercie kart katalogowych, dotyczącej monitora dotykowego.
Dopiero przy piśmie Konsbud z dnia 31 grudnia 2014 roku - odpowiedzi na w/w wezwanie Konsbud złożył kartę katalogową dotykowego monitora Philips briliance 231C5T, który ma zostać podłączony do konsolety ETC CONGO KID. Takie działanie jest niedozwolone , gdyż spowodowało to nieuprawnione uzupełnienie oferty przez wykonawcę Konsbud, która powoduje zmianę jej treści. Co więcej, dokonana przez Konsbud niedozwolona zmiana oferty nie była neutralna i powinna wpłynąć na podwyższenie ceny oferty.

- odnośnie stroboskopu LED podniósł, że dokumentacji projektowej

wyspecyfikowany jest stroboskop LED. Zgodnie z wymogami Zamawiającego waga tego urządzenia nie może przekraczać 6kg. Jak wynika natomiast z treści przedłożonej przez Konsbud karty katalogowej (str. 1126 i 1317 oferty) zaoferowane urządzenie ma wagę 6,7 kg. Tym samym oferta Konsbud, jako nie odpowiadająca SIWZ powinna zostać odrzucona.

- w zakresie zarzutu piątego, dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) P.z.p. oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsbud, w sytuacji gdy złożenie przez tego wykonawcę oferty stanowiło czyn nieuczciwej podniósł, że zakazane są porozumienia, których celem łub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie

w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegającym w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu, warunków składanych ofert. Wskazał , że biorąc pod uwagę powyższe to analiza oferty wykonawcy Konsbud oraz oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr M. G. nasuwa istotne wątpliwości odnośnie tego, czy w/w oferenci nie zawarli pomiędzy sobą porozumienia, które z jedne strony miało im umożliwić uzyskanie zamówienia, a z drugiej strony uniemożliwić jego uzyskanie przez innych wykonawców. W ocenie Odwołującego złożone przez w/w oferentów oferty wykazują istotne podobieństwa w zakresie treści złożonych dokumentów oraz sposobu przygotowania ofert. W tej sytuacji Zamawiający powinien ze szczególną dokładnością zweryfikować treść złożonych przez w/w oferentów dokumentów i ewentualnie podjąć czynności zmierzające do ustalenia, czy w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy ci dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji i czy z tego względu ich oferty nie powinny zostać odrzucone, czego Zamawiający w tym postępowaniu nie uczynił.

Na potwierdzenie podobieństw w ofertach, a także niedopuszczalnej współpracy wykonawców na etapie przygotowywania i składania ofert podał iż: Biorąc pod uwagę przedłożone przez obu w/w oferentów karty katalogowe należy stwierdzić,

że obie oferty zawierają Identyczne zestawienie urządzeń nawet w przypadku, kiedy zbieżność taka nie znajduje uzasadnienia w wymaganiach postawionych wykonawcom przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, a spełnienie wymogów SIWZ może nastąpić poprzez zastosowanie wielu różnych dostępnych na rynku równoważnych urządzeń. Dotyczy to w szczególności następujących urządzeń (towarów):

a. Skrzynia KA/R/008/500 (strona 323 oferty wykonawcy M. G. i strona 352 oferty wykonawcy Konsbud);

b. Skrzynia KA/W/MIKR (strona 293 oferty wykonawcy M. G. i strona 404 oferty wykonawcy Konsbud);

c. Skrzynia KA/STAT16/1000 (strona 294 oferty wykonawcy M. G. i strona 405 oferty i

wykonawcy Konsbud);

W tym miejscu Wykonawca podał, że w/w skrzynie są produkcji oferenta Konsbud, których karty katalogowe nie są oficjalnie dostępne, a karty te zostały najprawdopodobniej przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania;

d. Przełącznica światłowodowa 12xSC/UPC MM (strona 165 oferty wykonawcy M. G. i strona 492 oferty wykonawcy Konsbud);

e. Switch Netgear S3300 (strona 219 oferty wykonawcy M. G. i strona 476 oferty wykonawcy Konsbud);

f. System Teatr AIDA (strona 1212-1226 oferty wykonawcy M. G. i strona 1149-1163 oferty wykonawcy Konsbud);

g. Wysięgnik BAKS WPT (strona 1237 oferty wykonawcy M. G. i strona 1174oferty wykonawcy Konsbud) (w obu ofertach za tą kartą znajduje się pusta strona ten sam błąd w składaniu ofert);

h. Trójkąt BAKS TM (strona 1238 oferty wykonawcy M. G. i strona 1175 oferty wykonawcy Konsbud (jw. - ta sama pusta strona za kartą);

i. Śruba BAKS SG (strona 1239 oferty wykonawcy M. G. i strona 1176 oferty wykonawcy Konsbud (jw. - ta sama pusta strona za kartą);

j. Osprzęt elektryczny HAGER (strony 789-798 oferty wykonawcy M. G. i strony 810-819 oferty wykonawcy Konsbud); k. Gniazda abonenckie, SATEL (strona 803 oferty wykonawcy M. G. i strona 824 oferty wykonawcy Konsbud);

l. kable HDMI, Prolink TCV928 (strony 805-810 oferty wykonawcy M. G. i strony 826-830 oferty wykonawcy Konsbud); m. karta graficzna (strony 1005, 1006 oferty wykonawcy Konsbud i strony 987, 988 oferty M. G.);

n. klawiatura oraz myszka (strony 1008, 1009 oferty wykonawcy Konsbud i strony 990, 990 oferty M. G. o. monitor 24' (strony 1010 - 1012 oferty wykonawcy Konsbud i strony 992 - 994 oferty M. G.);

p. zewnętrzny dysk twardy o pojemności min 2TB (strona 1013 oferty wykonawcy Konsbud i strona 995 oferty M. G.);

q. W ofertach wykonawcy Konsbud oraz wykonawcy M. G. w części dotyczącej systemu oświetlenia scenicznego karty katalogowe dla tych samych urządzeń znajdują się na stronach o tych samych numerach. Sytuacja ta dotyczy m. in. kart katalogowych dla

urządzeń znajdujących się na następujących stronach ofert: 1084, 1086, 1089, 1090, 1102, 1129, 1133, 1139 itd.;

2. Oferty obu w/w wykonawców zawierają również niemal identyczne zestawienie kart

katalogowych, co w ocenie Odwołującego wskazuje na fakt przygotowania ofert przez ten sam zespół specjalistów lub co najmniej przy udziale tych samych osób. Spostrzeżenie to potwierdza m. in.:

a. Okoliczność występowania niespotykanych i sprzecznych z doświadczeniem życiowym zbieżności pomiędzy ofertami w/w wykonawców, których przypadkowe wystąpienie jest zwyczajnie niemożliwe. Istnienie takich zbieżności potwierdza m. in. to, że w obu ofertach występują puste strony w pliku dokumentów z kartami katalogowymi. Zbieżność ta występuje w następujących sytuacjach:

- Pusta strona za kartą katalogową Schneider Electric (strona 1236 oferty wykonawcy M. G. i strona 1173 oferty wykonawcy Konsbud);
- Pusta strona za kartą katalogową BAKS WPK (strona 1237 oferty wykonawcy M. G. i strona 1174 oferty wykonawcy Konsbud);
- Pusta strona za kartą katalogową BAKS TM (strona 1238 oferty wykonawcy M. G. i strona 1175 oferty wykonawcy Konsbud);
- Pusta strona za kartą katalogową BAKS SG (strona 1239 oferty wykonawcy M. G. i strona 1176 oferty wykonawcy Konsbud);
~ Pusta strona za kartą katalogową ROBE Universal Interface (strona 1131 oferty wykonawcy M. G. i strona 1132 oferty wykonawcy Konsbud);
- Pusta strona za kartą katalogową Mikor (strona 1231 oferty wykonawcy M. G. i strona 1168 oferty wykonawcy Konsbud);
- Pusta strona za kartą katalogową Lenovo Yoga 2 PRO (strona 1132 oferty wykonawcy M. G. i strona 1131 oferty wykonawcy Konsbud);
- Pusta strona za kartą katalogową Lenovo Yoga 2 PRO (strona 1088 oferty wykonawcy M. G. i strona 1088 oferty wykonawcy Konsbud);
- Pusta strona za kartą katalogową Micro F-1 Lite G4 (strona 1140 oferty wykonawcy M. G. i strona 1140 oferty wykonawcy Konsbud);
- Pusta strona za kartą W-DMX Black BOX (strona 1109 oferty wykonawcy M. G. i strona 1109 oferty wykonawcy Konsbud);
- Puste strony za następującymi kartami oferty Konsbud i M. G.: 1088 i 1089, 1089 i 1090, 1098 i 1099, 1099 i 1100, 1109 i 1110, 1118 i 1119, 1119 i 1120,1125 i 1126, 1127 i 1128;

b. niektóre z przedłożonych przez w/w oferentów karty katalogowe to wydruki ze stron internetowych (wydruk bezpośrednio z przeglądarki internetowej), w odniesieniu do których w obu ofertach jest identyczna data wydruku, a czasem również i godzina wydruku.

Zbieżność ta występuje m. in. w odniesieniu do następujących kart katalogowych:

- Robe 1200 Led Wash (strona 1123 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku

12.11.2014 - i strona 1120 oferty wykonawcy Konsbud -
Robe 800 Led Wash (strona 1122 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku .
- Alpha Profile 800 ST (strona 1121 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku 12.11.2014 - i strona 1122 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku ; 12.11.2014)
- Griven Arco PC 2000W (strona 1118 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku 12.11.2014 - i strona 1118 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku 12.11.2014);
- Griven Arco PC 1000W (strona 1119 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku 12.11.2014 - i strona 1119 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku 12.11.2014);
- R&M R802948 (data wydruku 30.10.2014) (strona 1025 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku 30.10.2014 - i strona 1030 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku 30.10.2014);
- R&M R809215 (strona 1048 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku 29.10.2014 - i strona 1054 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku ; 29.10.2014)

- Vivanco TITAN 25655 (strona 860 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku 28.10.2014 - i strona 879 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku ; 28.10.2014)
- Black Magie Design Mini Converter SDI to HDMI (data wydruku 27.10.2014 godz. 16:14) (strona 842 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku godz. 16:14 - i strona 862 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku 27.10.2014 27.10.2014 godz. 16:14);
- Reloop SMP1 USB (strona 894 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku 4.11.2014 godz. 15:05 - i strona 913 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku 4.11.2014 godz. 15:05); - Yamaha AFC3 (strona 586 - 592 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku 6.11.2014 godz. 11.29 i strona 602 - 608 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku 6.11.2014 godz. 11.29);
- iPad (strona 185 - 187 i 124 - 131 oferty wykonawcy M. G. - data wydruku 03.11.2014 godz. 10:42 - i strona 511 - 520 oferty wykonawcy Konsbud - data wydruku 03.11.2014 godz. 10:42). W tym miejscu Odwołujący zwraca uwagę, że karty katalogowe dotyczące tego urządzenia zostały w ofercie wykonawcy M. G. „rozrzucone" w różnych miejscach oferty, prawdopodobnie celem uniknięcia ewentualnych zarzutów odnośnie podobieństwa ofert obu wykonawców; Sytuacja ta miała miejsce w odniesieniu do np. następujących urządzeń:
-Sennheiser SKM 100 - obaj oferenci złożyli następujące fragmenty instrukcji obsługi: strony

1, 30, 31 oraz 32 (strona 901-904oferty wykonawcy M. G. i strona 920-923 oferty wykonawcy Konsbud);
-Direct Out Technologies Andiamo. MC - obaj oferenci złożyli następujące fragmenty instrukcji obsługi: strony 1, 6, 42 oraz 43 (strona 577-580 oferty wykonawcy M. G. i strona 593-596 oferty wykonawcy Konsbud);
- Yamaha Ri8-D. R08-D - obaj oferenci złożyli następujące fragmenty instrukcji obsługi: strony 1, 153, 154 oraz 155; (strona 623 oferty wykonawcy M. G. i strona 639-642 oferty wykonawcy Konsbud);
- Tascam HS-2 - obaj oferenci złożyli następujące fragmenty instrukcji obsługi: strony 1, 8, 9, 10, 11, 12, 13. 14, 15, 16, 24, 25, 128, 129, 130 oraz 131 (strona 331-342 i od strony 361-364 oferty wykonawcy M. G. i strona 316-331 oferty wykonawcy Konsbud). Karty katalogowe dotyczące tego urządzenia zostały w ofercie wykonawcy M. G. „rozrzucone" w różnych miejscach, prawdopodobnie celem uniknięcia ewentualnych zarzutów odnośnie podobieństwa ofert obu wykonawców;

c. Okoliczność złożenia przez obu oferentów w odniesieniu do niektórych urządzeń zamiast oficjalnej karty katalogowej, karty katalogowej przygotowanej samodzielnie.

Sytuacja ta ma miejsce w odniesieniu do następujących urządzeń:
- Lenovo Yoga 2 PRO (strona 1088 oferty wykonawcy M. G. i strona 1088 oferty wykonawcy Konsbud);
- Lenovo Yoga 2 PRO (strona 1132 oferty wykonawcy M. G. i strona 1131 oferty wykonawcy Konsbud);
- W-DMX Black BOX (strona 1109 oferty wykonawcy M. G. i strona 1109 oferty wykonawcy Konsbud);

d. Okoliczność występowania identycznych błędów w numeracji kart katalogowych w obu ofertach. W ocenie Wykonawcy prawdopodobną przyczyną „błędów" jest to, że w obu zestawach kart katalogowych już po wykonaniu ich numeracji, dołożono dodatkowe „brakujące" karty. W ofercie M. G. strony te pozostały bez numeracji, natomiast w ofercie Konsbud strony te zostały ponumerowane błędnie (poza kolejnością). Dostrzeżone przez Wykonawcę „podobieństwa" ofert zachodzą m. in. w następujących przypadkach: Karty za stronami kolejno 1084, 1085, 1086 oraz 1087 oferty wykonawcy M. G. nie posiadają numeracji stron. Natomiast karty za stronami kolejno 1084, 1085, 1086, 1087 oferty wykonawcy Konsbud posiadają błędną numerację stron: kolejno 1284, 1285, 1286, 1287. Powyższe karty w obydwu ofertach dotyczą tych samych urządzeń ETC Cobalt 20 oraz ETC Cobalt 10;
- Karta za stroną 1122 oferty wykonawcy M. G. nie posiada numeru strony. Natomiast karta za stroną 1121 wykonawcy Konsbud posiada błędną numerację strony: 1314. Powyższe

karty w obydwu ofertach dotyczą tego samego urządzenia Robe 800 LEDWash;
- Karta za stroną 1144 oferty wykonawcy M. G. nie posiada numeru strony. Natomiast karta za stroną 1110 oferty wykonawcy Konsbud posiada błędną numerację strony: 1305. Powyższe karty w obydwu ofertach dotyczą tego samego urządzenia ETC Source Four Zoom;
- Karty za stronami kolejno 1100, 1101 oferty wykonawcy M. G. nie posiadają numeracji stron. Natomiast karty za stronami kolejno 1100,1101 oferty wykonawcy Konsbud posiadają błędną numerację stron: kolejno 1296, 1297. Powyższe karty w obydwu ofertach dotyczą tych samych urządzeń ETC Unison230V;
Karty za stronami kolejno 1102, 1103 oferty wykonawcy M. G. nie posiadają numeracji stron. Natomiast karty za stronami kolejno 1102,1103 oferty wykonawcy Konsbud posiadają błędną numerację stron: kolejno 1298, 1299. Powyższe karty w obydwu ofertach dotyczą tych samych urządzeń ETC Paradigm.

Okoliczność złożenia przez obu oferentów w odniesieniu do niektórych urządzeń dokumentów opatrzonych ta sama pieczęcią „Za zgodność z oryginałem" w kolorze czerwonym.

Z przeprowadzonego przez Wykonawcę porównania wynika, iż odbitki pieczęci na dokumentach znajdujących się w obu ofertach charakteryzują się jednakową wielkością i czcionką oraz mają te same cechy graficzne jak np. defekty poszczególnych liter, których stwierdzenie możliwe jest już tylko w sytuacji analizy elektronicznej wersji przedmiotowych dokumentów (skanów) i odpowiednim ich powiększeniu. Powyższe dotyczy m.in. dokumentów znajdujących się na stronach 1084 - 1283 oferty wykonawcy M. G. oraz dokumentów znajdujących się na stronach 1084 - 1283 oferty wykonawcy Konsbud. W tym miejscu dla porządku tylko należy podnieść, że w ofercie Konsbud na stronach od 1084 do 1148 zostały odciśnięte dwie pieczątki „Za zgodność z oryginałem", jedna w kolorze czerwonym (której dotyczy zarzut Odwołującego) i jedna w kolorze czarnym, która w ocenie Odwołującego przypuszczalnie została odciśnięta przez przypadek (niejako z „rozpędu) przy podpisywaniu dokumentów;

e. Okoliczność występowania w obu ofertach w tym samym miejscu karty katalogowej, która została ułożona "do góry nogami". Dotyczy to dokumentu znajdującego się na stronie 1283 w ofercie Konsbud i dokumentu znajdującego się na stronie 1211 w ofercie M. G.;

f. Okoliczność dwukrotnego powtórzenia sie tej samej karty katalogowej w ofertach obu wykonawców (karta oprogramowania Ai Software). Dotyczy to dokumentów znajdujących się na stronach 967 i 1007 oferty Konsbud oraz dokumentów znajdujących się na stronach 948 i 989 oferty M. G.;

g. Okoliczność złożenia przez obu oferentów dla tego samego urządzenia jednakowe! karty

katalogowej przygotowanej na rynek amerykański, pomimo tego, że dla urządzenia tego są karty katalogowe przygotowane zarówno na rynek europejski, jak i rynek polski. Zbieżność ta dotyczy projektorów NEC i zachodzi w przypadku dokumentów znajdujących się na stronach 968 i 975 oferty Konsbud i stronach 949 i 956 oferty M. G.;

3. Obaj w/w oferenci wymiennie użyczają sobie technologii poprzez wskazanie, że zamówienie zostanie wykonane przy wykorzystaniu produktów własnych wytwarzanych przez tych oferentów. Dotyczy to m. in. skrzyń transportowych, o których mowa m. in. na stronie 352, 404, 405 oferty wykonawcy Konsbud oraz m. in. na stronie 323,293, 294 oferty wykonawcy M. G.; Systemu sterowania, o którym mowa m. in. na stronach 1149-1163 oferty wykonawcy Konsbud oraz m. in. na stronach 1212- 1226 oferty wykonawcy M. G.;

4. Oferent M. G., który złożył ofertę o ponad 2 miliony złotych droższa od oferty wykonawcy Konsbud i użycza temu ostatniemu potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz referencie (bez których wykonawca ten nie spełniałby warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia), a jednocześnie w swojej ofercie opiera sie na tym samym doświadczeniu i składa te same referencie;

5. Obaj oferenci wskazali, że wykonają zamówienie przy udziale tych samych 3 osób oddając wzajemnie swoich pracowników do dyspozycji. W obu ofertach wskazano bowiem, że specjalistą z zakresu elektroakustyki będzie mgr inż. P. J. (pracownik wykonawcy Konsbud), specjalistą w zakresie urządzeń mechanicznych sceny będzie mgr inż. T. B. a specjalistą w zakresie elektryki będzie mgr inż. T. Z. (pracownik wykonawcy M. G.). Co istotne aż trzech z czterech wymaganych przez Zamawiającego specjalistów, których wskazali oferenci to te same osoby.

Okoliczność wezwania przez Zamawiającego obu wykonawców pismami z dnia 22 grudnia 2014 roku do uzupełnienia niemal Identycznych braków i złożenia wyjaśnień w takim samym zakresie. W tym miejscu Odwołujący podnosi również, że o istnieniu podobieństw pomiędzy ofertami obu wykonawców świadczyć może potencjalnie również brak tożsamości wezwań skierowanych do w/w oferentów, który wynikać może z niedostrzeżenia przez Zamawiającego braków.

W ocenie Odwołującego już tylko wyżej przedstawione okoliczności rodzą uzasadnione wątpliwości, co do złożonych przez w/w wykonawców ofert w kontekście istnienia pomiędzy nimi niedozwolonego prawem porozumienia. Niestety ze względu na zastrzeżenie przez w/w oferentów tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów stanowiących szczegółowe kosztorysy wykonane na podstawie przedmiaru robót Odwołujący, jak i inni biorący udział w postępowaniu oferenci, zostali pozbawieni możliwości weryfikacji ofert złożonych przez Konsbud i M. G. w zakresie sposobu ustalenia ceny i nie

---

jest w stanie stwierdzić, czy również i w dokumentach nieudostępnionych Odwołującemu nie znajdują się zbieżności lub podobieństwa, które mogłyby dodatkowo potwierdzać istnienie pomiędzy tymi oferentami tzw. „zmowy przetargowej".

Podał również, że w świetle powyższego, oceniane na podstawie dokumentacji przetargowej jak również doświadczenia życiowego okoliczności faktyczne, jakie miały miejsce w niniejszym postępowaniu wskazują w sposób nie budzący wątpliwości, że wykonawcy Konsbud i M. G. działali w porozumieniu stwarzając tylko pozory uczciwej konkurencji. Nawet gdyby bowiem założyć, że każda ze wskazanych w odwołaniu przesłanek byłaby oceniana samodzielnie, nie stanowiąc wystarczającego dowodu na istnienie porozumienia między Wykonawcami, to ich łączne występowanie nie może być oceniane jako przypadkowe, a tym samym musi być uznane za wynik porozumienia ograniczającego konkurencję.

Wskazał, że w kontekście oceny wyżej przedstawionych okoliczności faktycznych i rozważań prawnych istotne powinno być również i to, że Konsbud oraz PS Teatr wykonywali wielokrotnie wspólnie zadania w ramach udzielonych im zamówień publicznych lub wspólnie ubiegali się o uzyskanie zamówień publicznych(co sami wykazywali na rozprawie), przez co nie może być kwestionowany fakt, że podmioty te pozostają przynajmniej okazjonalnie w ścisłych kontaktach handlowych i mogły w odniesieniu do przedmiotowego postępowania poczynić ustalenia odnośnie „sposobu i warunków" ubiegania się o zamówienie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 94/15

Odwołujący PS Teatr we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu niezgodność z ustawą podjętych czynności polegających na:

- dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Konsbud Audio Sp. z o. o., ul. Gajdy 24, 02-878 Warszawa z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp;
- zaniechaniu wykluczenia z postępowania Konsbud Audio, przez co doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3) i art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Konsbud Audio, przez co doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6) Pzp;
- zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum firm: Mikor Iżyniering Sp. z o.o., Prolight Sp. z o.o., Audio mPlus Sp. z o.o., ul. Pożarskiego 28/22, 04-703 Warszawa , Prolight Sp. z o. o., ul. 3 Maja 183, 05-800 Pruszków przez co doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6)Pzp;
- zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

Podnosząc powyższe wskazał na naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 24 ust. 2 pkt

---

4), art. 89 ust. 1 pkt2 i 6), art., art. 91 ust. 1 PZP, a także art. 7 ust. 1 Pzp gdyż zaniechania stanowią o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu.

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu"

1) wykluczenie z postępowania wykonawcy Konsbud Audio;
2) odrzucenie oferty Konsbud Audio;
3) odrzucenie oferty Konsorcjum Mikor;

4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Konsorcjum Mikor, zarzucił Zamawiającemu:

Zarzut nr 1. Dotyczył niezgodności treści oferty z treścią SIWZ z powodu braku zaoferowania nadajnika bezprzewodowego do mikrofonu MSK07 opisanego w Tabeli nr 4.157 STWiOR). Podał,

że Zamawiający w trakcie badania ofert pismem z dnia 22 grudnia 2014 r. znak: DIFZ/2391/2014/MP (str. 5) Zamawiający wezwał Konsorcjum Mikor do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. W szczególności, w odniesieniu do opisanego w Tabeli nr 4.159 STWiOR mikrofonu pojemnościowego do ręki, Zamawiający zażądał potwierdzenia parametru "modulacji nominalnej" (bowiem wykonawca nie przedstawił wartości wyżej wymienionego parametru na karcie katalogowej),
W piśmie z dnia 27 grudnia 2014 r. Konsorcjum Mikor jednoznacznie oświadczyło, że zaoferowany mikrofon MSK07 (Tabela nr 4.159 STWiOR) jest mikrofonem kablowym (zasilany phantomem 11-52 DC), a zatem nie jest mikrofonem bezprzewodowym, w związku z czym nie posiada nadajnika radiowego, a zatem nie można dla niego określić pasma modulacji. Wykonawca potraktował zapis "modulacja nominalna" jako omyłkę pisarska Zamawiającego!
Zamawiający ponownie pismem z dnia 5 stycznia 2015 r. odnosząc się do wyjaśnień Konsorcjum Mikor dotyczących mikrofonu pojemnościowego wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień. Zamawiający sprecyzował, że jego pytanie o wartość parametru "modulacji nominalnej" dotyczyło nadajnika systemu bezprzewodowego. Tabela nr 4.159 STWiOR opisuje bowiem dwa urządzenia: mikrofon oraz nadajnik systemu bezprzewodowego. W związku z tym, że udzielona w dniu 27 grudnia 2014 r. odpowiedź odnosi się wyłącznie do mikrofonu Zamawiający zażądał wyjaśnień w jaki sposób Konsorcjum Mikor uzyska wymaganą funkcjonalność bezprzewodowości systemu i jaka będzie wartość modulacji nominalnej nadajnika bezprzewodowego.

Pismem z dnia 7 stycznia 2015 r. Konsorcjum Mikor przedłożyło kartę katalogową nadajnika bezprzewodowego Shure UR3 bez żadnego dodatkowego komentarza, czy wyjaśnień. Analiza pism Konsorcjum Mikor z dnia 27 grudnia 2014 r. oraz z dnia 7 stycznia 2015 r. jednoznacznie wskazuje, iż Konsorcjum Mikor w złożonej ofercie nie przewidziało wymaganej przez SIWZ funkcjonalności mikrofonu bezprzewodowego.

Zarzut nr 2 dotyczył także niezgodności treści oferty z SIWZ a konkretnie brak zaoferowania przedwzmacniacza do mikrofonu MFC01 — MFC08 opisanego w Tabeli nr 4.153 STWiOR

Podał, że w piśmie z dnia 22 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum Mikor do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego również w odniesieniu do opisanego w Tabeli nr 4.153 STWiOR mikrofonu MFC01 - MFC08. Zamawiający zażądał potwierdzenia parametru zakres częstotliwości przedwzmacniacza, bowiem wykonawca nie przedstawił wartości ww. parametru na karcie katalogowej.
W piśmie z dnia 27 grudnia 2014 r. (pkt 1 str. 4) Konsorcjum Mikor jednoznacznie oświadczyło, że zaoferowany mikrofon MFC01 - MFC08 (Tabela nr 4.153 STWiOR) jest mikrofonem miniaturowym i nie posiada przedwzmacniacza (nie istnieje urządzenie tego typu posiadające przedwzmacniacz), a tym samym nie można podać wartości pasma przenoszenia przedwzmacniacza. Informacja podana przez Konsorcjum Mikor nie była prawdziwa, bowiem z definicji każdy mikrofon pojemnościowy wymaga zastosowania układu elektronicznego przedwzmacniacza stanowiącego element pośredniczący pomiędzy kapsuła mikrofonu a torem wejściowym miksera fonicznego. Ponadto STWiOR wskazywał takie parametry techniczne jak rodzaj zasilania i napięcie zasilania, co również potwierdza, iż przedmiotowy mikrofon powinien posiadać elektroniczny układ przedwzmacniacza.

Aby zapewnić możliwość podłączenia do miksera fonicznego oraz spełnić wymóg zasilania napięciem Phantom konieczne jest zastosowanie dodatkowego adaptera DPA typ DAD6001-BC.

Analiza wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Mikor w piśmie z dnia 27 grudnia 2014 r

jednoznacznie wskazuje, iż Konsorcjum Mikor w złożonej ofercie nie przewidziało wymaganej przez SIWZ funkcjonalności mikrofonu MFC01 — MFC08.
- w zarzucie trzecim odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieodrzucenie oferty Mikor z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, gdyż nadajnik systemu bezprzewodowego z mikrofonem do ręki M201, M202 opisany w Tabeli nr 4.265 STWiOR nie spełniał postawionych wymagań.
W tym zakresie podał, że po zmianie wartości parametru czułości mikrofonu, zostało zaoferowane urządzenie SKM 145 Sennheiser. Jednakże nadajnik SKM 145 (który został w

wyniku tych wyjaśnień dopuszczony) posiada zasadniczo inną - niż wymagana w SIWZ - charakterystykę kierunkowości. Otóż, nadajnik SKM 145 zamiast charakterystyki kardioidalnej posiada charakterystykę superkardioidalną, co z punktu funkcjonalności systemu i jego przeznaczenia jest rozwiązaniem gorszym i stanowi o braku spełnienia wymagań SIWZ.
- w zarzucie piątym (zarzut czwarty został cofnięty przez odwołującego na rozprawie) odwołujący zarzucił, że wykonawca Mikor nie wypełnił Ogólnego Wykazu Płatności. Zgodnie z pkt 1.10 lit. b) w Rozdziału V SIWZ (Ogólny Wykaz Płatności) w ramach obliczania ceny oferty - wykonawca powinien oddzielnie wycenić każdy element rozliczeniowy wyszczególniony w Ogólnym Wykazie Płatności i dla każdego elementu musi podać adekwatną jego wartość. Ponadto, zgodnie z pkt 1.12 w Rozdziale V SIWZ (Ogólny Wykaz Płatności), oferta zostanie odrzucona jako niespełniająca SIWZ jeżeli Wykonawca przekroczy limity określone w pkt 1.10 lit, b). a także jeżeli dla jakiejkolwiek pozycji (elementu) Ogólnego Wykazu Płatności nie określi kwoty (wartości) liczba naturalna nie mniejsza niż zero.
- w zarzucie szóstym, dotyczącym przekroczenia przekroczenie sztywnych wartości elementów rozliczeniowych podanych w Tabeli Płatności - Rozdział VI SIWZ, Odwołujący podał, że zgodnie z z pkt 1.3 Tabeli Płatności - Rozdział VI SIWZ, wartość procentowa elementów rozliczeniowych w polach zielonych oraz żółtych była wartością narzuconą przez Zamawiającego. Zamawiający dopuścił warunkową zmianę wartości (w uzasadnionych przypadkach) w polach zielonych oraz żółtych, po uzgodnieniu z Inżynierem. Tabela płatności musi uwzględniać wartość wszystkich robót, które Wykonawca zgodnie z Kontraktem wykona w celu prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia, obejmujące rezultat rzeczowy określony w SIWZ dokumentacji projektowej. Stawiając ten zarzut Odwołujący zakładał, że Konsorcjum Mikor mogło nie dochować wymaganiom Zamawiającego dotyczących sztywnych wartości procentowych ustalonych dla części elementów rozliczeniowych w Tabeli Płatności, a ze względna objęcie tej części tajemnicą przedsiębiorstwa nie miał możliwości sprawdzenia tego faktu. Ponadto zarzucił, że skoro pominięto jeden z dokumentów związanych z obliczaniem ceny i płatnościami, to tym bardziej ww. konsorcjum mogło niedopatrzeń wymagań w zakresie maksymalnych wartości niektórych elementów rozliczeniowych.

W zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Konsbud, odwołujący podniósł następujące zarzuty.
- **zarzut 1 dotyczył niewykluczenia wykonawcy z powodu** złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i tym

samym nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podał, że wśród jawnych dokumentów znajdujących się w ofercie Konsbud Audio Odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia (Formularz nr 5). W punkcie 2 wykazu (Specjalista w zakresie urządzeń mechanicznych sceny) wykonawca Konsbud Audio podał nazwisko Pani M. B., jednocześnie oświadczając, że podstawą do bezpośredniego dysponowania ww. osobą jest umowa o dzieło. Zdaniem Odwołującego, ten fakt nie mógł mieć miejsca, gdyż Pani M. B. jest wieloletnim współpracownikiem Przedsiębiorstwa Specjalistycznego PS Teatr, zaś Odwołujący nie posiada wiedzy jakoby ww. osoba współpracowała również z konkurencyjnymi przedsiębiorcami działającymi na rynku. W związku z tym w ocenie Odwołującego firma Konsbud Audio uwzględniła w ofercie ww. osobę bez jej wiedzy, podając nieprawdę że nią dysponuje na podstawie umowy o

dzieło, gdyż nie ma z ta osobą zawartej żadnej umowy!
- **w następnej grupie zarzutów** dotyczących wystąpienia w postępowaniu sytuacji powodujących iż oferta wykonawcy Konsbud być może nie spełnia wymagań SIWZ, stwierdzić należy, że Odwołujący wobec wykonawcy Konsbud podniósł identyczne zarzuty jak wobec wykonawcy Mikor opisane powyżej w pkt. 3, 6. Zarzut drugi wobec wykonawcy Konsbud będący tożsamy z zarzutem 4 wobec konsorcjum Mikor został cofnięty przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestników postępowania złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Oba odwołania Izba uznała za zasadne i tym samym zostały uwzględnione, chociaż tylko część podniesionych zarzutów znalazła potwierdzenie w materiale dowodowym przedstawionym przez odwołujących i przystępujących.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Obaj odwołujący wykazali interes we wniesieniu swoich odwołań, gdyż ich uwzględnienie stwarzało realną szansę dla tego Odwołującego na uzyskanie zamówienia.

Na wstępie wskazać również należy, że każdy z trzech wykonawców biorących udział w tym postępowaniu odwoławczym utajnił część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W szeregu zarzutach odwołujący podnoszą iż zarzuty opierają tylko na domniemaniu błędów czy braków w ofertach innych wykonawców, gdyż z powodu

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie mieli do nich dostępu. Jednakże w tym zakresie stwierdzić należy, że żaden z wykonawców na odpowiednim etapie postepowania nie zakwestionował prawidłowości takiego zastrzeżenia, jak i uznania tych zastrzeżeń przez Zamawiającego. Izba nie oceniała prawidłowości czynności Zamawiającego w tym zakresie, jednakże może budzić wątpliwości fakt np. zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa każdej z ofert kilkuset stron wydruków ze stron internetowych w większości dotyczących kart katalogowych urządzeń.

Odwołanie konsorcjum Mikor syg. akt KIO 93/15

W zakresie zarzutu pierwszego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie z uwagi na fakt, że oferta Konsbud Audio sp. z o.o. została podpisana przez osobę nieuprawnioną. Zamawiający odpowiadając na ten zarzut podał, że niewątpliwym jest, że z treści pełnomocnictwa wnikało iż wolą mocodawcy było ustalenie, że tylko jedna osoba będzie reprezentowała go w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia i tylko ta osoba – P. J., została wymieniona z imienia i nazwiska. Przystępujący również dodał, że gdyby wolą wykonawcy Konsbud było udzielenie pełnomocnictwa łącznego więcej niż jednej osobie to wymieniłby w treści pełnomocnictwa wszystkie osoby, których łączne działanie byłoby niezbędne, dla skutecznego reprezentowania go w postępowaniu.

Izba oceniając zasadność tego zarzutu stwierdza, że pełnomocnictwo jest oświadczeniem woli osoby reprezentowanej - mocodawcy, na podstawie którego będzie działał pełnomocnik. Udzielenie pełnomocnictwa jest czynnością prawną jednostronną. Przy jego wykładni należy stosować dyrektywy interpretacyjne zawarte w art. 65 § 1 k.c., odnoszące się w szczególności do woli strony(mocodawcy) udzielającego pełnomocnictwa.

W tej sprawie można jednoznacznie stwierdzić, ze wolą udzielającego pełnomocnictwa było umocowanie tylko P. J. do samodzielnego podpisania w jego imieniu szeregu dokumentów,

w tym również oferty (formularz oferty wraz z załącznikami). Z faktu wymienienia w pełnomocnictwie imienia i nazwiska osoby pełnomocnika należy wywodzić także, że w sytuacji gdyby mocodawca ustalił pełnomocnictwo łączne, to osoby które miałyby go reprezentować wraz z P. J. także zostałyby w nim wymienione. Ich brak wskazuje na udzielenie pełnomocnictwa tylko jednej osobie i tym samym podniesiony zarzut należy uznać za niezasadny.

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący zarzucił zaniechanie przez Zamawiającego

wykluczenia wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o. w Warszawie w sytuacji, gdy wykonawca podał Zamawiającemu w ofercie nieprawdziwe informacje wskazując, iż nie pozostaje w grupie kapitałowej i tym samym naruszył przepis art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zakresie tego zarzutu rozważeniu podlegają dwie kwestie, po pierwsze, skutki nie wskazania przynależności do grupy kapitałowej oraz po drugie, możliwość zastosowania sankcji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji.

W zakresie grupy kapitałowej stwierdzić należy, że definicja legalna grupy kapitałowej wskazana w art. 4 pkt 14 u.o.k.k. określa, że grupa kapitałowa to grupa wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę. Ta szeroka definicja nie wskazuje wiążących form kontroli między członkami grupy kapitałowej. Dotyczy ona „wszystkich przedsiębiorców", co z kolei oznacza szeroko pojmowany krąg podmiotów, do których należą przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, czyli osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonujące we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ustawa Pzp, od dnia 20 lutego 2013 r. nakłada na każdego wykonawcę, a więc każdy podmiot wskazany w art. 2 pkt 11 Pzp., który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązek wskazany w art. 26 Pzp ust. 2d, tj. złożenia wraz z wnioskiem lub ofertą, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, albo informację o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej.

Zdaniem Izby wykonawca winien w sposób jednoznaczny, odzwierciedlający stan rzeczywisty wskazać czy wchodzi w skład grupy kapitałowej. Jest to wymóg formalny ustawy. Natomiast ocena czy wykonawca wchodzący w skład grupy kapitałowej z tego tytułu będzie lub nie, podlegał wykluczeniu, jest kwestią wtórną zależną od oceny tego faktu przez zamawiającego.

Niewątpliwy w sprawie jest fakt, że Konsbud posiada drugą spółkę Konsbud Audio BIS sp. z o.o.. Ta spółka jest postawiona w stan likwidacji. Przejście spółki z o.o. w stan likwidacji, powoduję zmianę celu jej utworzenia i funkcjonowania nakierowanego pierwotnie na uzyskiwanie zysku na prowadzonej działalności gospodarczej. Celem spółki z o.o. w likwidacji zamiast prowadzenia działalności gospodarczej, staje się zakończenie jej bytu, w celem zaspokojenie wierzycieli, podział majątku oraz doprowadzenie do wykreślenia spółki z rejestru. Likwidacja spółki ma na celu spieniężenie majątku oraz zakończenie bieżących spraw spółki. Likwidatorzy mają w pierwszej kolejności zakończyć bieżące interesy spółki. Taka spółka nie może być uczestnikiem postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, gdyż podlegałaby wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Intencją regulacji ustawy Pzp o grupie kapitałowej było uniemożliwienie udziału w tych samych postępowaniach podmiotów powiązanych kapitałowo, mogących samodzielnie występować w obrocie. Skoro Konsbud Audio BIS Sp. z o. o. w likwidacji nie

mogła złożyć ważnej oferty w jakimkolwiek postępowaniu o zamówienie publiczne to nie mogło z jej udziałem dojść do złożenia jakiejkolwiek oferty w tym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu możliwości wykluczenia wykonawcy Konsbud z powodu złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji wskazać należy, że możliwość wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania należy oceniać w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tak to czyni również Odwołujący. Jak wynika z szeregu orzeczeń sądów okręgowych i KIO możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga wykazania, takiego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, które miało charakter działania celowego nakierowanego na uzyskanie zamówienia w wyniku złożenia tej nieprawdziwej informacji. Wskazuje się, że konieczne jest udowodnienie świadomości działania wykonawcy, że informacja podawana przez niego Zamawiającemu jest celowo nieprawdziwa (por. wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12, wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r. sygn. akt II Ca 1285/12).

Jednocześnie niezbędne jest wykazanie, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było

skutkiem omyłki, np. spowodowanej nieprawidłową interpretacja danego przepisu prawa. Ponadto poruszając się w zakresie wskazanego w zarzucie przepisu art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał, iż podana przez Konsbud informacja o nieprzynależeniu do grupy kapitałowej, miała lub mogła mieć jakikolwiek wpływ na wynik postępowania, co jest konieczną przesłanką dającą możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Wobec powyższych ustaleń zarówno co do stanu faktycznego, a przede wszystkim niewykazania wpływu złożenia tego oświadczenia przez Konsbud na wynik postępowania Izba podniesiony zarzut uznaje za niezasadny. W zakresie zarzutu trzeciego odwołujący zarzucił Zamawiającemu niewykluczenie

wykonawcy Konsbud z powodu nie wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zamawiający odpowiadając na ten zarzut podał, że w tym zakresie występował do wykonawcy KONSBUD w trybie art. 26 ust. 3 o wskazanie podstaw dysponowania osobami przy pomocy których będzie wykonywane zamówienie. W sposób niewątpliwy zostało ustalone, że Konsbud będzie dysponował tymi osobami w sposób bezpośredni, a więc te osoby same swoim zobowiązaniem wyraziły wolę uczestnictwa w danym postępowaniu. Nie ma tutaj miejsca tzw dysponowanie pośrednie, tj, takie kiedy te osoby były udostępniane przez inny podmiot.

Izba odnosząc się do tego zarzutu za Przystępującym stwierdza, że pod pojęciem

---

„dysponowania pośredniego" należy rozumieć powoływanie się na osoby zdolne do wykonania zamówienia pozostające w dyspozycji innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami bezpośrednio, a na czas realizacji zamówienia w celu wykonania pracy związanej z wykonaniem danego zamówienia, np. oddelegowanie pracownika. W takim przypadku, wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędne osoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Natomiast pod pojęciem „dysponowania bezpośredniego" należy rozumieć przypadek, gdy tytułem prawnym do powołania się przez Wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą, a tymi osobami, na dysponowanie których dany podmiot się powołuje. Bezpośrednie dysponowanie osobami w oparciu o umowy cywilnoprawne przez wykonawcę nie jest sytuacją, o której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, gdzie wyraźnie wprowadza się dodatkowy podmiot, za którego pośrednictwem wykonawca osobami takimi może dysponować (podobnie; wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1104/10).

Tym samym podniesiony zarzut nie znalazł potwierdzenia w stanie faktycznym postępowania i nie mógł zostać uwzględniony przez Izbę.

W zarzucie czwartym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu cały szereg uchybień związanych z nieprawidłową ocena oferty wykonawcy Konsbud polegających na niezgodności jej treści z postanowieniami SIWZ.

W pierwszym zarzucie z tej grupy zarzutów Odwołujący podniósł kwestię niezgodności oferty z wymogiem SIWZ w zakresie komputera KV, a zarzut dotyczył niezaoferowania karty przechwytującej i oprogramowania. Zamawiający w tym zakresie wnosząc o nieuwzględnienie zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, podał, że Odwołujący w swojej ofercie na str. 124 kosztorysu ofertowego wskazał,

że oferuje komputer

wraz z kartą przechwytująca oraz ich montażem. Zamawiający podniósł także iż w specyfikacji nie rozdzielił wymagania co do kart katalogowych tak, aby karta katalogowa miała być złożona osobno na komputer i osobno na kartę przechwytującą. Wskazał także iż w poz. 1.17 przedmiarów branży „multimedia" mowa jest o „Komputerze z kartą przechwytującą + oprogramowanie do montażu", wskazując na jedną sztukę takiego kompletu, dla której należało podać cenę jednostkową. Tym samym zarzut Odwołującego, że wykonawca Konsbud nie zaoferował w ofercie wymaganego przez Zamawiającego wyposażenia komputera w postaci karty przechwytującej video jest niezasadny.

Izba odnosząc się do tego zarzutu stwierdza, że twierdzenie Odwołującego jakoby dopiero przy piśmie z dnia 31 grudnia 2014 roku - kiedy Konsbud złożył kartę katalogową

karty przechwytującej, dopiero wtedy zaoferował tą kartę oraz oprogramowanie jest niezasadne. Czym innym jest brak karty katalogowej, której celem było wykazanie spełniania przez oferowane urządzenia wskazanych w ofercie funkcjonalności, a czym innym jest brak zaoferowania w ofercie samego urządzenia. Z faktu, że Zamawiający wystąpił o przesłanie w ramach uzupełnienia w trybie art. 26 ust.3 Pzp samej karty katalogowej należy wywieść stanowisko – co znalazło potwierdzenie na rozprawie, że oferta obejmowała te określone elementy, a jedynie ich właściwości nie zostały potwierdzone w załączonych kartach katalogowych. Izba stwierdziła, że Konsbud wypełnił kosztorys stosując się do jego ustalonego wzorca, podał nazwę firmy i model komputera, który w komplecie zawiera kartę przechwytującą i oprogramowanie do montażu. Wykazano również, że niezbędne oprogramowanie jest częścią pakietu Windows 7 - które pobierane jest swobodnie ze strony Microsoft.

W zakresie drugiego zarzutu Odwołujący podniósł niezgodność treści oferty z SIWZ w zakresie braku kart materiałowych, odnoszących sie do linek zabezpieczających oraz źródeł światła.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzut podniósł, że twierdzenie Odwołującego iż wykonawca Konsbud nie zaoferował wraz z reflektorami źródeł światła i linek zabezpieczających, a tym samym nie spełnił wymogów SIWZ, jest całkowicie niezasadne. Postawiony zarzut sprowadza się do kwestionowania braku wyszczególnienia w ofercie elementów montażowych do oświetlenia. Zwrócił uwagę na fakt, że koszt elementów montażowych zgodnie z kosztorysem był wyceniany w osobnych pozycjach tj. na str. 128 punkt 3.1 zostały wycenione elementy montażowe użyte do montażu wyposażenia na sali głównej, natomiast na str. 129 również w punkcie 3.1. zostały wycenione materiały pomocnicze do montażu urządzeń na sali kameralnej. Stwierdził nadto, że Zamawiający nie wymagał podania w specyfikacji, rozbicia dostawy urządzeń oświetleniowych na dostawę opraw oświetleniowych, źródeł światła i elementów montażowych.

Izba odnosząc się do powyższych stanowisk i ustaleń stwierdza, że nie było wymogu, aby dla linek montażowych, czy źródeł światła wymagane było złożenie kart katalogowych. Nadto wskazać należy, że brak przedmiotowych kart katalogowych nie uzasadnia stanowiska Odwołującego, że brak tych kart jest równoznaczny z brakiem zaoferowania określonego elementu urządzenia. Karty katalogowe były wymagane do urządzeń podstawowych, a nie do akcesoriów niezbędnych do ich zamontowania. Zamawiający i przystępujący Konsbud zasadnie wykazali, ze powyższe elementy reflektorów stanowią akcesoria do reflektorów, które to zostały wycenione w osobnych pozycjach kosztorysu. Tym samym podniesiony zarzut nie został uwzględniony.

W zakresie zarzutu trzeciego z grupy zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty

z SIWZ, Odwołujący zarzucił niezgodność oferty w zakresie konsolety oświetleniowej. Podobnie jak w przypadku dwóch ww. zarzutów Odwołujący również w odniesieniu do monitorów dotykowych zakładał, że skoro nie złożono kart katalogowych to znaczy, że nie zostały ujęte w ofercie.

Zamawiający w tym zakresie stwierdził, że na str. 128 w punkcie 1.1. wykonawca Konsbud zaoferował konsolety oświetleniowe wraz z monitorami dotykowymi. Wezwanie Zamawiającego w tym zakresie dotyczyło tylko uzupełnienia kart katalogowych na monitory dotykowe, a nie uzupełnienia oferty poprzez zaoferowanie monitorów. Przystępujący Konsbud w tym zakresie podał, że STWiOR dla branży oświetleniowej nie zawierał informacji na temat jakichkolwiek parametrów granicznych dotyczących monitorów dotykowych dla konsoli oświetleniowej Sali kameralnej, toteż tego urządzenia nie musiały dotyczyć karty katalogowe. Niemniej Przystępujący przedstawił je na wezwanie Zamawiającego aby nie było wątpliwości, że jego oferta jest wyczerpująca. Przedmiar robót został wypełniony zgodnie z jego wzorem, tj. zaprezentowano w nim jedną sztukę Konsolety oświetleniowej głównej podając producenta i model. W przedmiarze nie było miejsca na wyszczególnienie monitorów, toteż potraktowano pozycję jako jeden komplet. Dodał także, że wspomniane dotykowe monitory (podobnie jak klawiaturę i myszkę) traktuje się jako „wymagane parametry" konsolety oświetleniowej , a nie odrębne urządzenia.

Izba, stanowisko Zamawiającego i Przystępującego uznaje za zasadne, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał że przedmiotowe monitory nie zostały zaoferowane. Nie

wykazano również, że niedopuszczalne wg SIWZ było uznanie możliwości podłączenia monitora Philips do konsolety poprzez zastosowanie przejściówki. Brak jest także podstaw do przyjęcia, iż dla takiej „przejściówki" wymagane były karty katalogowe, skoro taka przejściówka nie stanowi samodzielnego urządzenia.

W zakresie ostatniego zarzutu z tej grupy dotyczącego zaoferowania stroboskopu o niewłaściwej wadze Zamawiający podał, że obaj wykonawcy tj. Konsbud i Odwołujący Mikor zaoferowali to samo urządzenie. Zamawiający uznał jego prawidłowość biorąc między innymi pod uwagę, wagę tego urządzenia wskazaną w karcie katalogowej Odwołującego. Z karty katalogowej tego urządzenia zaoferowanego przez KONSBUD wynikało, że waży ono 7,7 kg, natomiast w ofercie wykonawcy Mikor z załączonej karty katalogowej wynikało, że posiada ono wagę 5,8 kg. Zamawiający oceniając ten parametr stwierdził, że w karcie katalogowej załączonej do oferty Mikor została podana waga netto tj. samego urządzenia, a w ofercie Konsbud, waga urządzenia wraz z osprzętem tj. ramkami mocującymi i przewodami połączeniowymi. Tym samym uznał, że waga obu urządzeń jest taka sama i spełnia w tym zakresie wymagania SIWZ.

Izba takie postępowanie Zamawiającego uznała za zasadne i powyższy zarzut

oddaliła.

W **zarzucie piątym** Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsbud, w sytuacji gdy złożenie przez tego wykonawcę oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji względnie nastąpiło w warunkach popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w tym zakresie przywołał definicję czynu nieuczciwej konkurencji wskazaną w treści art. 3 ust.1 uznk oraz w art. 15 ust.1 pkt 5 tejże ustawy. Wskazał również na treść art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, który może również stanowić podstawę odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3) P.z.p.. Zgodnie z treścią tej regulacji *„Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny".*

Przed merytorycznym odniesieniem się do tego zarzutu, zdaniem Izby wskazać należy na kilka kwestii natury ogólnej, związanych z możliwością uznania zachowań wykonawców, jako naruszających jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty w trybie konkurencyjnym. Czyn nieuczciwej konkurencji stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Powyższą definicję szczegółowo rozwija w polskim ustawodawstwie ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy z.n.k.u. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 znku czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009-06-09, II CSK 44/09, Sąd Najwyższy wskazał, iż artykuł 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.

Ważną regulacja w tym zakresie jest regulacja z art. 7 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którym zasada uczciwej konkurencji oznacza między innymi, że Zamawiający jest

zobowiązany eliminować z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji. Za wyrokiem KIO z dnia 15 stycznia 2013r, sygn. akt: KIO 2865/12 Izba stwierdza, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert jest podjęcie działań zmierzających do ustalenia czy złożenie oferty/ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto za wyrokiem KIO z dnia 20.06.2013 r. sygn. akt KIO 1353/13 stwierdzić należy, ż „ *zabronione jest uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu oraz podejmowanie przez nich działania w toku procedury o zamówienie, które prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji. wpływa negatywnie na uczciwą konkurencję albo stanowi działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami".*

Symptomy, które mogą wskazywać na zmowę przetargową, są najczęściej związane z treścią ofert (np. identyczne oferty, jednakowe parametry w ofertach, jednakowy sposób kalkulacji, takie same fragmenty ofert) lub z formą złożonych ofert (np. ten sam charakter pisma w ofertach, jednakowe błędy obliczeniowe, ortograficzne, gramatyczne lub stylistyczne, jednakowy wygląd graficzny). Udowodnienie zaistnienia zmowy przetargowej zasadniczo opiera się na dowodach pośrednich (tzw. poszlakach), które wskazują na większe lub mniejsze prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego porozumienia. Z uwagi na tajność takich porozumień praktycznie niemożliwe jest oparcie się w tym zakresie na dowodach bezpośrednich (por. wyrok SN o sygn. akt III SK 6/06).

Oczywistym jest także, że z uwagi na charakter tego rodzaju działania, a także konsekwencje, jakie się z nim wiążą, niespotykaną będzie sytuacja, że uczestnicy tego rodzaju porozumienia dadzą temu formalny wyraz, który pozwoli uchwycić porozumienie.

Przeciwnie, tego rodzaju porozumienia jest zazwyczaj starannie ukrywane i zaprzeczane przez zainteresowane podmioty. W konsekwencji, stwierdzenie zmowy przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie (por. wyrok KIO z 7 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 2691/14).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy na wstępie, że istotną kwestią mającą wpływ na ocenę zachowań odwołujących i przystępujących uczestniczących w tym postępowaniu jest fakt, że podmioty te nie ukrywają iż działają w swoistym układzie, gdzie praktycznie wszystkie kwestie związane z uczestniczeniem w

---

postępowaniach są między nimi uzgadniane przed złożeniem oferty. To uzgadnianie jest według tych podmiotów rzeczą normalną i jest uzasadniane „ jak zgodnie stwierdzają" specyfiką tego rynku zamówień oraz potrzebą wzajemnej współpracy celem uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Nie zauważają, że takie działania praktycznie uniemożliwiają dostęp do tego rodzaju zamówień innym podmiotom chcącym wejść na ten rynek zamówień. Tak jak stwierdził jeden z pełnomocników na rozprawie, że dotychczasowa sytuacja była akceptowana przez nich wszystkich, a tylko niepotrzebnie w sprawie zostały wniesione odwołania oraz niepotrzebnie niektórzy z wykonawców złożyli swoje oferty, gdyż wybrany wykonawca dawał pozostałym nie składającym ofert do wykonania, części zamówienia jako podwykonawcom.

Opierając się na powyższym Izba stwierdza, że niewątpliwym w sprawie jest fakt niedozwolonego współdziałania wykonawców na etapie przygotowywania i składania ofert. Na tą bardzo ścisła współpracę wskazuje szereg podobieństw w ofercie wykonawcy Konsbud i PS Teatr, np. w zakresie: oferowanych takich samych urządzeń, identycznych danych takich jak data i godzina wydruku kart katalogowych, złożenia dokładnie tych samych dokumentów np. instrukcji obsługi, złożenie na te same urządzenia takich samych kart katalogowych nie będących kartami oryginalnymi, złożenie kilkudziesięciu kart katalogowych opieczętowanych ta samą pieczątka za godność z oryginałem, złożenia w ofercie w tych samych miejscach pustych stron w pliku dokumentów z kartami katalogowymi, występowania identycznych błędów w numeracji kart katalogowych w obu ofertach, dwukrotnego powtórzenia sie tej samej karty katalogowej w ofertach obu wykonawców, złożenia przez obu oferentów dla tego samego urządzenia jednakowej karty katalogowej przygotowanej na rynek amerykański, wykazania tego samego potencjału dla spełnienia warunków udziału, wymiennie użyczają sobie technologii poprzez wskazanie, że zamówienie zostanie

wykonane przy wykorzystaniu produktów własnych wytwarzanych przez tych oferentów, itd. Zdaniem Izby stwierdzić należy,

że biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego nie sposób przyjąć, że było to wynikiem przypadku, a nie celowego działania. Za potwierdzeniem powyższych zbieżności przemawia nie tylko fakt wyrywkowego porównania przez Izbę zbieżności w ofertach obu wykonawców, ale przede wszystkim stanowisko Zamawiającego i Przystępujących w tej sprawie. Podniesione przez Odwołującego zarzuty co do podobieństwa ofert obu wykonawców podane w uzasadnieniu zarzutu odwołania, nie zostały zakwestionowane przez Zamawiającego i Przystępujących. Stwierdzili oni natomiast, że nie występuje spór, co do faktów dotyczących zaistniałych podobieństw ofert, ale inaczej od Odwołującego oceniają stan prawny tak zaistniałych podobieństw. Tą kwestię podobieństwa w ofertach wyjaśnił Przystępujący Konsbud, który stwierdził, że przed złożeniem oferty otrzymał od wykonawcy PS Teatr ofertę na realizacje części tego

---

zamówienia w zakresie branży oświetleniowej oraz mechaniki sceny. Dlatego też wskazywane w zarzucie podobieństwa pieczątek, daty i godziny wydruku itp. na kartach katalogowych, które kwestionuje odwołujący Mikor, wynikają z tego, że zostały one złożone wykonawcy Konsbud przez PS Teatr i przez niego przygotowane. Wykonawca Konsbud między innymi te karty katalogowe w otrzymanej wersji złożył wraz z swoją ofertą. Złożył je również ze swoja ofertą wykonawca PS Teatr.

Zauważenia wymaga również fakt, że to postępowanie wykazało iż grupa wykonawców biorących udział w tym postępowaniu współdziała ze sobą od lat. Sam przystępujący Konsbud stwierdził na rozprawie, że zwyczajem panującym na tym rynku usług jest to, że firmy ze sobą współpracują (na co sam złożył szereg dokumentów), ta współpraca obejmuje zarówno okres przed przygotowywaniem ofert, współpracę w zakresie udziału w postępowaniu, czy również w zakresie wykonywania zamówienia, przy czym dodał, że dotychczas z reguły tylko jeden wykonawca z tego kręgu składał ofertę, a pozostali uczestniczyli w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawcy.

Osobnego omówienia wymaga także kwestia udzielenia przez PS Teatr wykonawcy Konsbud zasobów w zakresie potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia wraz z referencjami dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba zauważa, że wykonawcy mogą korzystać z zasobów innego podmiotu o których mowa w art. 26 ust.2b Pzp. Samo udostępnienie zasobów, zdaniem Izby nie może być podstawą uznania zaistnienia zmowy czy innego czynu nieuczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. W wyroku z 4 czerwca 2012 r. (KIO 994/12, KIO 1025/12) KIO uznała, że jakkolwiek fakt udostępnienia drugiemu wykonawcy własnych zasobów w postaci doświadczenia, sam w sobie nie jest zakazany. Jednakże za nienaturalną w warunkach uczciwej konkurencji, należy uznać sytuację, że wykonawcy składają sobie nawzajem oferty na wykonanie części zamówienia. Użyczają sobie w tym zakresie zasobów(bez których nie mogliby złożyć ofert) i to w sytuacji kiedy wykonawca składający ofertę podwykonawstwa sam składa ofertę na całość tego zamówienia, równocześnie wpisując do jej treści, treść z oferty zaoferowanej innemu podmiotowi. Zdaniem Izby w warunkach konkurencji rzeczywistej, każdy podmiot zgłaszający swoją ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia działa we własnym interesie, a nie w interesie pozostałych uczestników, którzy winni stanowić dla niego konkurencję.

Opierając się na powyższym Izba stwierdza, że niewątpliwym w sprawie jest fakt współdziałania wykonawców na etapie przygotowywania i składania ofert. Na potwierdzenie współdziałania wskazuje ponadto fakt, że wykonawcy pomimo wymienienia się dokumentami będącymi treścią oferty, obaj złożyli oferty w tym postępowaniu. Obie oferty - różnica w cenach tych ofert wynosiła około 2 ml złotych, były niekompletne i wymagały uzupełnienia

---

praktycznie w tym samym zakresie. Nie sposób nie zauważyć, ze oferty zostały uzupełnione, gdyż ofertę złożył również wykonawca Mikor, która powodowała sytuację, że gdyby Konsbud nie uzupełnił dokumentów ofertowych, to zamówienie otrzymałby wykonawca Mikor a nie Konsbud czy PS Teatr. Gdyby nie oferta wykonawcy Mikor to z okoliczności podobieństw i braków w ofertach należy domniemywać, że oferta wykonawcy Konsbud nie zostałaby uzupełniona, a zamówienie uzyskałby PS Teatr którego oferta była o 2 ml zł droższa.

Takie uzgodnienia pomiędzy wykonawcami zdaniem Izby ograniczają konkurencje na rynku, wypierając wykonawców nie należących do grupy wykonawców w tym postępowaniu. Wykazane działania ww. wykonawców Izba uznaje za działania asekuracyjne zmierzające do tego, aby zamówienie uzyskał podmiot z danego kręgu wykonawców i następnie uzyskane zamówienie zostało dzielone pomiędzy tych wykonawców. Czyli należy stwierdzić, że wykonawcy zawarli porozumienie mające umożliwić im uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji. Tego konkurowania w tym postępowaniu w stosunku do wszystkich wykonawców, biorących udział w postępowaniu nie było. Zauważyć należy także, że również Odwołujący Mikor złożył pismem z dnia 13.10.2014 roku ofertę wykonawcy Konsbud, na realizację części zamówienia w zakresie mechaniki i sterowania, gdyby to Konsbud wygrał to postępowanie. Miało to miejsce jeszcze na etapie składania ofert.

Izba nie miała wątpliwości, że stan faktyczny sprawy obrazuje zestaw okoliczności, których łączne, przypadkowe ich wystąpienie bez porozumienia wykonawców jest praktycznie nierealne. W efekcie wyciągnięty został wniosek, że w postępowaniu doszło do złożenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji poprzez utrudnianie dostępu do zamówienia innym wykonawcom i podzielenia tego zamówienia pomiędzy wykonawców używających sobie nawzajem zasobów, referencji, udostępniania części swoich ofert i całego szeregu dokumentów ofertowych. Działanie to oceniono jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, a także zagrażające interesom innych przedsiębiorców, poprzez pogorszenie ich sytuacji w dostępie do rynku. Okoliczności uzasadniające zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji muszą być oceniane jako pewna całość stanowiąca rezultat działania wykonawców, albowiem oceniane pojedynczo mogą stanowić o samodzielnej, niezależnej i zgodnej z przepisami czynności wykonawcy związanej z przygotowaniem wniosków/ofert.

W ocenie Izby, wystąpił zbieg norm i podstaw dla przypisania Odwołującemu czynów nieuczciwej konkurencji, określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie

określonego porozumienia między podmiotami zagrażającego interesom gospodarczym pozostałych uczestników przetargu. Niewątpliwym jest, że złożenie ofert przez ww. wykonawców w tym postępowaniu nie realizowało celu uczciwej między nimi konkurencji, a raczej wskazywało na jej zupełną pozorność.

Tym samym działanie Zamawiającego w zakresie oceny ofert należy uznać za nieprawidłowe. Zauważyć należy, że Zamawiający nie podołał w tym zakresie nałożonym na niego obowiązkom. Nie podjął żadnych działań w zakresie ustalenia czy złożenie ofert nie nastąpiło w warunkach popełnienia przez wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji. W ustawie Pzp na Zamawiającego nałożony został obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji zarówno na etapie przygotowywania postępowania, jak i w trakcie jego przeprowadzania. W trakcie postępowania jest on pierwszym podmiotem, który uzyskuje wgląd w treść i formę złożonych ofert. To właśnie na tym etapie postępowania Zamawiający powinien przeprowadzić wstępną ocenę, czy zachodzą okoliczności, które mogłyby wskazywać na istnienie zmowy przetargowej. Tłumaczenia zamawiającego co do braku w ustawie odpowiednich narzędzi dla ustalenia faktu popełnienia zmowy przetargowej są dla Izby nieprzekonywujące.

Izba dodaje, ze pomimo tego, że w odwołaniu został sprecyzowany zarzut wobec nieodrzucenie oferty wykonawcy Konsbud to jednak Izba biorąc pod uwagę treść żądania Odwołującego oraz dokonane ustalenia stanu faktycznego, które wskazują jednoznacznie na zmowę ww. wykonawców, uznała za niezasadne pozostawianie Zamawiającemu, możliwości odrzucenia oferty wykonawcy PS Teatr, jako drugiego uczestnika czynu nieuczciwej konkurencji i nakazała obie oferty odrzucić.

Izba nie uwzględniła wniosków Odwołującego o powołanie biegłych na okoliczność istnienia podobieństw w ofercie wykonawcy Konsbud Audio sp. z o.o. i ofercie wykonawcy Marka Gumińskiego, polegających na wykorzystaniu przy przygotowywaniu oferty przez tych wykonawców tej samej pieczątki „Za zgodność z oryginałem” oraz biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność: występowania podobieństw lub powtarzalnych zależności w sposobie ustalenia ceny lub kalkulacji jej poszczególnych składników.

Izba wskazuje, że dowód z opinii biegłego powołuje się w sytuacji kiedy KIO potrzebuje wiadomości niezbędnych by wyjaśnić okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Zgodnie z treścią przepisu art. 190 ust. 4 Izba może powołać biegłego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Treść tego przepisu w połączeniu z przepisem ust.1 tegoż artykułu należy interpretować w ten sposób, że powołanie biegłego jest niezbędne, jeśli strony za pomocą wiarygodnych dowodów wykażą iż prezentowe przez nich stanowiska w sprawie są zasadne, a Izba stwierdzi iż powoduje to sprzeczność w sensie dowodowym, uniemożliwiającym przyznanie

racji tylko jednej ze stron. Jednym z przejawów specyfiki powołania dowodu z opinii biegłego jest to, że tenże środek dowodowy, z uwagi na składnik w postaci wiadomości specjalnych, nie może być zastąpiony inną czynnością dowodową. Dla ustalenia wnioskowanych faktów nie było potrzeby posiadania wiadomości specjalnych, a tym samym nie było zasadne powoływanie biegłych. Wystarczało zwykłe porównanie ofert przez Odwołującego. Jednakże zauważyć należy iż Odwołujący wnioskował o powołanie biegłych, ponieważ ze względu na okoliczność objęcia przez wykonawców Konsbud i PS Teatr znacznej części ofert, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, miał utrudniony dostęp do tych ofert i możliwości samodzielnego ustalenia istnienia bądź nie, pewnych faktów na które powołuje się odwołaniu.
Zauważenia wymaga jednak fakt, że wszyscy wykonawcy w tym postępowaniu zastrzegli większą część ofert jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający te zastrzeżenia uznał za zasadne. Natomiast żaden z wykonawców tych zastrzeżeń w ofertach konkurentów nie zakwestionował. Wobec tego należy stwierdzić, że profesjonalny wykonawca winien wykazywać dbałość o swój interes w uzyskaniu zamówienia na każdym etapie postępowania. Poniechanie tego uprawnienia może niweczyć możliwości wykazania nieprawidłowości w ofertach konkurentów na dalszym etapie postępowania. W sytuacji poniechania przez wykonawcę możliwości ochrony swoich praw za pomocą innych środków dowodowych, za niezasadne należy uznać powoływanie „w zastępstwie wykonawcy" dla ustalenia wnioskowanych okoliczności, biegłych. Równocześnie Izba stwierdza, że nie było potrzeby powoływania biegłych dla możliwości rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku uwzględnić zarzut z art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

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

Odwołanie wykonawcy PS Teatr syg. akt KIO 94/15

Zarzuty wobec wykonawcy Konsorcjum Mikor.

Na wstępie rozprawy Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut oznaczony nr 4 wobec

wykonawcy Mikor i zarzut oznaczony nr 2 wobec wykonawcy Konsbud.

W **zakresie pierwszego** zarzutu Odwołujący zarzucił zaniechanie odrzucenia oferty Mikor z powodu braku zaoferowania nadajnika bezprzewodowego do mikrofonu MSK07 opisanego w Tabeli nr 4.157 STWiOR.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wskazał, że jest on niezasadny. Podał, że faktycznie dwukrotnie występował do wykonawcy z zapytaniem, czy został zaoferowany właściwy mikrofon. W pierwszym pytaniu Zamawiający przyznaje, iż w sposób nieprecyzyjny sformułował treść wezwania, gdyż pytanie odniósł do mikrofonu, a nie do nadajnika bezprzewodowego. Przy tak postawionym pytaniu, wykonawca miał prawo udzielić takiej odpowiedzi, jaka wskazywana jest w treści odwołania. W następnym wezwaniu Zamawiający doprecyzował, iż chodzi mu, nie o sam mikrofon, ale o nadajnik umożliwiający bezprzewodowe korzystanie z mikrofonu. Stwierdził również, że mikrofon przewodowy po odłączeniu od niego przewodu i zamontowaniu w to miejsce odpowiedniego nadajnika staje

się mikrofonem bezprzewodowym. W odpowiedzi na drugie wezwanie Zamawiającego konsorcjum Mikor przedłożyło kartę katalogową nadajnika i wobec tego Zamawiający uznał, że w sposób pełny i właściwy zostało wypełnione jego oczekiwanie, wskazane w treści SIWZ.

Przystępujący Konsorcjum Mikor stwierdził, że całkowicie chybiony jest zarzut Odwołującego, jakoby poprzez złożenie karty katalogowej Mikor dopuścił się uzupełnienia oferty. W wezwaniu z dnia 22 grudnia 2014 roku Zamawiający wskazał wprost, że *„(...) uzupełnienia ww. dokumentów można dokonać również poprzez złożenie karty katalogowej zawierającej wszelkie wymagane przez Zamawiającego informacje o danym produkcie".* Skoro zatem Zamawiający wezwał uczestnika do uzupełnienia dokumentów i wskazał, że uzupełnienie to może nastąpić poprzez złożenie karty katalogowej brak jest podstaw do uznania zasadności zarzutu odwołującego. Izba uznała,

że Zamawiający słusznie po pierwszym wezwaniu wykonawcy, nie wykluczył go z postępowania, gdyż wezwanie niewątpliwie było nieprecyzyjne. Wezwanie dotyczyło samego mikrofonu nie precyzując, iż chodzi tutaj o nadajnik bezprzewodowy. W następnym wezwaniu do wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4, Zamawiający doprecyzował, iż chodzi o nadajnik, umożliwiający bezprzewodowe korzystanie z mikrofonu. W następstwie tego wezwania konsorcjum Mikor przedłożyło kartę katalogową nadajnika i wobec tego zamawiający uznał spełnienia wymania SIWZ w tym zakresie. Wobec powyższego Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu drugiego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieodrzucenie oferty Mikor z powodu braku zaoferowania przedwzmacniacza do mikrofonu MFC01 — MFC08 opisanego w Tabeli nr 4.153 STWiOR.

Zamawiający wnosząc o nie uwzględnienie tego zarzut podał, że z zarzutem odwołującego nie można się zgodzić, albowiem oferta uczestnika zawierała niezbędne do pracy systemu adaptery DAD6001-BC. Zaoferowanie przedmiotowych urządzeń przez uczestnika potwierdza w sposób jednoznaczny treść karty katalogowej złożonej przez niego do oferty. Odwołujący opiera swój zarzut na użycie błędnej nazwy w odniesieniu do urządzeń o symbolu DAD6001-BC (o których mowa w odwołaniu) nazywając je nieprawidłowo przedwzmacniaczami, gdy w istocie są to urządzenia będące źródłami zasilania (ściślej mówiąc są to konwertery impedancji, a nie przedwzmacniacze).

Odnosząc się do powyższego Izba stwierdza, że podniesiony zarzut nie potwierdził się. Wymagany do prawidłowego działania zaoferowanego przez uczestnika mikrofonu adapter został określony przez producenta w karcie katalogowej mikrofonu DPA 4060-BM (symbol z przedmiaru MFC01 - MFC08) mianem „Power supply", a tym samym zaoferowane przez Mikor urządzenia zapewniają prawidłowe działanie systemu zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ. Izba ustaliła także, że została złożona właściwa karta katalogowa, z której wynikało, że został zaoferowany właściwy przedwzmacniacz, a właściwie adapter (power supply), a to wystarcza do stwierdzenia, że oferta w tym zakresie jest zgodna z wymaganiami SIWZ. Tak więc wymagany element został zaoferowany już wraz z ofertą.

W zakresie zarzutu trzeciego Odwołujący zarzucił niezgodność treści oferty Mikor z wymogami SIWZ spowodowanej zaoferowaniem niewłaściwego nadajnika systemu bezprzewodowego z mikrofonem do ręki.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu stwierdził iż jest on niezasadny gdyż ten mikrofon występuje w formie zestawu, którego odpowiednie elementy po zamontowaniu tworzą zaoferowany mikrofon bezprzewodowym. Wskazał ponadto iż kierunkowość działania tego mikrofonu jest zmieniana za pomocą odpowiedniej wymiennej główki, która powoduje, że ten sam mikrofon może mieć charakterystykę kierunkową kardioidalną lub superkardioidalną. Wobec powyższego, zamawiający uznał, że nie ma niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w tym zakresie.

Izba wskakuje, że istotnym dla rozstrzygnięcia tego zarzutu był fakt iż w odpowiedzi na twierdzenie Odwołującego, że Mikor zaoferował mikrofon o charakterystyce superkardioidalnej dlatego, że jest tańszy od mikrofonu o charakterystyce kardioidalnej, Przystępujący Mikor złożył do akt sprawy Cennik produktów Sennheiser z którego wynikało, że mikrofon o charakterystyce superkardioidalnej jest droższy o 180 zł od mikrofonu o charakterystyce kardioidalnej. Jednakże dla rozstrzygnięcia tego zarzutu istotny był fakt nie ceny mikrofonu, ale jego charakterystyka. Przy tak zaistniałej sytuacji w odpowiedzi na

pytanie Izby, wykonawca Mikor oświadczył jednoznacznie, że zaoferowany przez niego

mikrofon ma charakterystykę superkardioidalną. Uzasadniając ta zmianę stanowiska wywodził, że Zamawiający wskazując na kardioidalność nie określił kąta kierunkowości działania tego mikrofonu, dlatego też zaoferowany mikrofon superkardioidalny należy traktować jako rozwiązanie równoważne w tym zakresie. Izba z analizy wymagań SIWZ stwierdza, że Zamawiający faktycznie nie określił stopnia kierunkowości mikrofonu, ale określił, iż ma być to mikrofon kardioidalny Wobec powyższego podniesiony zarzut znalazł potwierdzenie w ustaleniach Izby i został uznany za zasadny.

W zakresie zarzut piątego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieodrzucenie oferty z powodu zaniechania wypełnienia przez Mikor Ogólnego Wykazu Płatności.

Zamawiający odpowiadając na ten zarzut stwierdził, że jest on niezasadny gdyż pomimo niewypełnienia tego wykazu przez wykonawcę to jednak z danych z oferty wykonawcy Mikor, Zamawiający mógł go sam uzupełnić. Zamawiający wymagał dostarczenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, zawierających ceny za wykonanie poszczególnych urządzeń, czy etapów zamówienia. Wobec takiej sytuacji nie było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, gdyż pomimo nie wypełnienia ogólnego wykazu płatności, Zamawiający miał możliwość dokonać tego samodzielnie w oparciu o wartości wskazane w kosztorysach szczegółowych. Dlatego też uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty z tego powodu.

Izba odnosząc się do tego zarzutu uznaje za zasadne stanowisko, że Zamawiający może odrzucić ofertę z powodu braku wypełnienia jakiegoś formularza czy załącznika, jeśli nie jest możliwe ustalenie jego treści przez Zamawiającego w oparciu o dane z innych dokumentów oferty. Tutaj taka możliwość istniała. Wypełnianie Ogólnego Wykazu Płatności następowało w oparciu o dane zawarte w Tabelach Płatności, a te tabele zostały przez wykonawcę Mikor wypełnione. Dlatego też powyższy zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

W zarzucie szóstym Odwołujący zarzucił niespełnienie w ofercie Mikor wymagań w zakresie zgodności treści oferty z treścią SIWZ i błędu w obliczeniu ceny w wyniku
przekroczenie sztywnych wartości elementów rozliczeniowych podanych w Tabeli Płatności.

Tabela Płatności miała służyć Zamawiającemu do określenia kwot należnych za wykonanie poszczególnych etapów zamówienia i tym samym do nienadpłacania przy danym etapie za etapy jeszcze nie wykonane. Stwierdził, ze według jego wyliczeń wykonawca Mikor w tabeli płatności, nie przekroczył poziomów wartości wskazanych w Ogólnym Wykazie Płatności.

Izba oceniając powyższy zarzut zażądała od Zamawiającego wykazania wyników iż obliczeń z których miałoby wynikać, jak twierdził Zamawiający, że wykonawca Mikor wpisując wartości w tabeli płatności nie przekroczył, ustalonej wielkości rozdziału kosztów realizacji na poszczególne etapy zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiający przedłożył

dokonane w tym zakresie wyliczenia. Izba dokonując sprawdzenia przedłożonych obliczeń kwot ustaliła, że sytuacja jest zgoła odmienna od stanowiska Zamawiającego, gdyż kwoty w Ogólnym Wykazie Płatności przekraczały wartość procentową elementów rozliczeniowych wskazanych na polach żółtych i zielonych Tabeli Płatności, co obrazuje poniższa tabela.

Opis elementu Procentowy Kwoty ustalone Procentowy udział w rozliczeniowego {z dopuszczalny udział w przez wartości
OGÓLNEGO wartości Zamawiającego dla wynagrodzenia WYKAZU wynagrodzenia {z oferty Mikor* wyliczony przez Izbę
PŁATNOŚCI, TABELI PŁATNOŚCI na podstawie tych powtórzony w (zielone pola)}* danych *
TABELI PŁATNOŚCI
(zielone pola) *
1. Technologia **29,91%** 4667497,32 zł **32,94%** teatralna
2. Technologia **23,42%** 3661302,68 zł **25,84%** oświetlenia
widowiskowego
3. Mechanika **39,68%** 4743200,00 zł 33,47% sceniczna
4. Wyposażenie **6,99%** 1098082,62 zł **7,75%** technologiczne
Razem 100% 14170082,62 zł 100%

* OWP i TP, a także postanowienia pkt 1.10 i 1.12 ze sposobu obliczenia ceny oferty odnoszą się do wartości netto, stąd powyższe sprawdzenie dotyczy wartości netto dla oferty

Mikor , choć daje taki sam wynik przy badaniu wartości brutto poszczególnych elementów rozliczeniowych (których wartość dla oferty Mikor zamawiający również podał).

Zwrócenia uwagi wymaga postanowienie przez Zamawiającego rygoru w pkt 1.12 w Rozdziału V SIWZ (Ogólny Wykaz Płatności - OWP), iż oferta wykonawcy zostanie odrzucona jako nie spełniająca SIWZ, jeżeli Wykonawca przekroczy limity określone w pkt 1.10 lit. b), a także jeżeli dla jakiejkolwiek pozycji (elementu) Ogólnego Wykazu Płatności nie określi kwoty (wartości) liczbą naturalną nie mniejszą niż zero. Izba ustaliła, że w Konsorcjum Mikor przekroczyło w przypadku elementów rozliczeniowych dopuszczone współczynniki dla Ogólnego Wykazu Płatności i tym samym zarzut został uwzględniony, co skutkowało równocześnie odrzuceniem jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Równocześnie Izba stwierdza, że ww. niezgodności nie mogą być oceniane jako błąd w obliczeniu ceny oferty, a tylko jako niezgodność treści oferty z SIWZ.

39

W zakresie zarzutów kierowanych pod adresem oferty Konsbud.

W pierwszym zarzucie Odwołujący podniósł kwestię niewykazania spełniania przez Konsbud warunków udziału w postępowaniu i tym samym zaniechanie wykluczenia go z postępowania, z powodu złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zarzut ten Odwołujący oparł na przypuszczeniu, że nie jest możliwe aby Pani M. B. zobowiązała się współpracować z firmą Konsbud w sytuacji kiedy od lat współpracuje z Odwołującym. Na potwierdzenie tego zarzutu Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, twierdząc, że Pani B. jest na urlopie i uzyskanie potwierdzenia w zakresie kwestii podnoszonych w zarzucie jest chwilowo niemożliwe.

Izba oceniając powyższy zarzut stwierdziła jego niezasadność gdyż, po pierwsze Odwołujący nie przedstawił dowodu na jego potwierdzenie, a po drugie, to Przystępujący Konsbud przedstawił dowód w postaci korespondencji e-mailowej w której Pani B. oświadczyła, cyt. „podtrzymuję *moje zobowiązanie do użyczenia mojej osoby w przypadku wygrania przez Konsbud Audio przetargu, na technologię sceny Opery na Zamku w Szczecinie".* Tym samym podniesiony zarzut okazał się niezasadny.

Odwołujący PS Teatr wobec wykonawcy Konsbud podniósł kolejna grupę zarzutów, przy czym były to 3 zarzuty i zarzuty te były identyczne jak podniesione w stosunku do wykonawcy Mikor.

Na rozprawie Odwołujący przestał w zakresie tych zarzutów na argumentacji przedstawionej w odwołaniu, a Zamawiający oświadczył iż jego stanowisko w tym zakresie jest także takie samo jak wobec zarzutów postawionych wykonawcy Mikor.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący postawił takie same zarzuty wobec obu wykonawców stwierdzając, że są one aktualne wobec jednego z nich tj Mikor lub Konsbud, ale ze względu na objęcie ofert tajemnica przedsiębiorstwa nie mógł ustalić wobec którego winny być postawione. Dlatego tez postawił takie same wobec obu ww. wykonawców.

Izba odnosząc się do tych zarzutów stwierdza ich niezasadność. Jak wynika z ustaleń na rozprawie okazało się, że zarzut nr 1 i 2 tej grupy zarzutów dotyczył wykonawcy Mikor i tym samym brak jest podstaw do ich rozpatrywania wobec wykonawcy Konsbud.

Trzeci zarzut był takiej samej treści jak wobec wykonawcy Mikor i dotyczył niezgodność treści oferty z treścią SIWZ związanych z przekroczeniem sztywnych wartości elementów rozliczeniowych podanych w Tabeli Płatności. Izba na rozprawie dokonała sprawdzenie w treści oferty prawidłowości wyliczeń i ustaliła, że wartości te nie zostały przekroczone i odpowiadają dokładnie wielkości wartości narzuconych przez Zamawiającego w Tabeli Płatności.

40

Reasumując powyższe ustalenia i orzeczenie co do obu odwołań, skierowanych do łącznego rozpoznania, zauważyć należy iż w wyniku nakazania Zamawiającemu odrzucenia w obu odwołaniach ofert wszystkich wykonawców uczestniczących nadal w tym postępowaniu to Zamawiający w oparciu o przepis art. 93 ust 1 pkt 1 „ *nie złożono* żadnej

ofert nie podlagającej odrzuceniu" winien unieważnić przedmiotowe postępowanie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

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

Przewodniczący ……..
Członkowie: ……...
……