

WYROK
z dnia 26 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Joanna Gawdzik-Zawalska
Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Europejskie Centrum Filmowe CAMERIMAGE, ul. Rynek Nowomiejski 28, 87-100 Toruń,**

przy udziale wykonawcy **ERBUD S.A., ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, na rzecz zamawiającego: Europejskie Centrum Filmowe CAMERIMAGE, ul. Rynek Nowomiejski 28, 87-100 Toruń, kwotę 4 603 zł 11 g (słownie: cztery tysiące sześćset trzy złote jednaście groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt KIO 2688/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Europejskie Centrum Filmowe CAMERIMAGE, ul. Rynek Nowomiejski 28, 87-100 Toruń, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Budowa budynku Studia Filmowego jako I etapu planowanego kompleksu budynków Europejskiego Centrum Filmowego CAMERIMAGE”, numer referencyjny ECFC 2600.1.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 07.03.2023 r., nr 2023/S 047-138012.

W dniu 11.09.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej: „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 i pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERBUD, pomimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny w zakresie pozycji określonych w tabeli Rozbicie Cenowe Oferty (zwane dalej „RCO”) w odniesieniu do pozycji wskazanych szczegółowo w dalszej części odwołania, a także jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie uwzględnia części zakresu zamówienia opisanego dokumentami zamówienia (w szczególności OPZ) oraz została przygotowana w sposób niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, co uniemożliwia realizację umowy zgodnie z założeniami Zamawiającego,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 3 ust. 1 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „uznk”, w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ERBUD, w sytuacji gdy została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk polegającego na manipulacji cenowej polegającej na zaniżeniu wartości istotnych elementów składowych ceny oferty poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia dotyczącego dostaw specjalistycznego sprzętu i oprogramowania kinotechnicznego stanowiącego wyposażenie realizowanego obiektu budowlanego oraz manipulacji cenami jednostkowymi w zakresie, co do którego wykonawca spodziewa się, że Zamawiający może zrezygnować z ich wykonania,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ERBUD na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 ustawy Pzp oraz zaniechanie odrzucenia oferty ERBUD jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego w odniesieniu do spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia z uwagi na zatajenie faktu realizacji zamówienia w konsorcjum, względnie z uwagi na brak staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji w tym zakresie mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ERBUD na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz zaniechanie odrzucenia oferty ERBUD jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego w odniesieniu do spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego kwalifikacji zawodowych p. Dawida R. z uwagi na brak staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu (poz. 9 wykazu osób),
- 5) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy ERBUD, mimo że ta podlegała odrzuceniu, ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia odwołania w zakresie skutkującym odrzuceniem oferty ERBUD:
- 6) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy ERBUD w zakresie istotnych elementów składowych ceny oferty wskazanych w RCO w zakresie określonym w dalszej części odwołania, pomimo że ich zaniżona wycena powinna co najmniej wzbudzić wątpliwości Zamawiającego z uwagi rażąco niską cenę, nieobjęcie pełnego zakresu zamówienia oraz niemożliwość zrealizowania zakresu zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia,
- 7) art. 128 ust. 4 i/lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy ERBUD do

wyjaśnień wykazu osób, do dalszych wyjaśnień i/lub uzupełnienia wykazu osób, pomimo że informacje, jakie Zamawiający uzyskał na podstawie dokumentów i informacji w toku badania oferty ERBUD nie pozwalały na uznanie, że ERBUD wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w dalszej części odwołania,

8) art. 128 ust. 4 i/lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy ERBUD do wyjaśnień wykazu robót i/lub uzupełnienia wykazu robót, pomimo że informacje, jakie Zamawiający uzyskał na podstawie dokumentów i informacji w toku badania ofert ERBUD nie pozwalały na uznanie, że ERBUD wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w dalszej części odwołania,

9) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy ERBUD, pomimo że istnieją co najmniej uzasadnione wątpliwości co do zaferowania ceny rażąco niskiej oraz co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji i doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz doświadczenia wykonawcy ERBUD.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Zarzut 1 dot. błędu w obliczeniu ceny

(...) aby właściwie skalkulować przedmiot zamówienia, wykonawca powinien wziąć pod uwagę wszystkie elementy przedmiotu zamówienia opisane w OPZ i dokumentach zamówienia, przy czym w niektórych punktach Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) Zamawiający wymagał szczegółowej prezentacji cen tylko za niektóre elementy przedmiotu zamówienia. Prezentacja cen tylko za niektóre elementy zamówienia nie zwalniała jednak wykonawcy z rozpoznania i skalkulowania całości przedmiotu zamówienia zgodnie z OPZ i dokumentami zamówienia. Jednocześnie zgodnie z powyższymi zasadami wykonawca był zobowiązany do wypełnienia każdej pozycji, nie mógł żadnej z nich pomijać, nie mógł również pozycji tych zmieniać, przesuwać ani ich agregować.

W niżej wymienionych głównych pozycjach tabeli RCO wykonawca ERBUD zaprezentował ceny poszczególnych elementów składających się na daną główną pozycję, które Zamawiający chciał poznać na etapie składania ofert. Ceny za te elementy sumują się do 100% ceny za daną pozycję nadrzędną, co oznacza wadliwie dokonaną wycenę i wadliwą prezentację tej wyceny.

Poz. 5.16 „System multimedialny TOM IV C”

W poz. 5.16 należało wycenić kompletny system multimedialny zgodnie z opisem zawartym w Tomie IV C, a ponadto wyszczególnić ceny wskazanych przez Zamawiającego urządzeń i sprzętu, zgodnie z powoływany już wyżej opisem pod tabelą: *W niektórych pozycjach Zamawiający prosi o wyszczególnienie cen określonych urządzeń. Zamawiający zwraca uwagę, że nie są to wszystkie znajdujące się w OPISACH urządzenia wchodzące w skład danej pozycji, a jedynie te, których ceny Zamawiający chce poznać. Stąd też, pozycje objęte wyszczególnieniem nie sumują się do ceny pozycji nadrzędnej.* Tym samym Zamawiający żądał zarówno podania łącznej ceny za kompletny system multimedialny w poz. 5.16 oraz cen jednostkowych za poszczególne, wybrane przez Zamawiającego urządzenia (poz. 1-7), przy czym urządzenia w poz. 1-7 nie wyczerpywały wszystkich urządzeń i sprzętu, jaki wchodzi w skład systemu multimedialnego, jakie należało wycenić w poz. 5.16. Tym samym suma poz. 1-7 nie mogła równać się cenie w poz. 5.16, ponieważ taka wycena nie obejmowała kompletnego systemu multimedialnego, a w taki sposób wyceny i jej prezentacji dokonał wykonawca ERBUD.

Zgodnie z jego ofertą poz. 5.16 wynosi 2 066 879,39 zł i stanowi sumę poz. 1-7. (...) Oznacza to, że w kalkulacji ceny wykonawca ERBUD pominął szereg pozycji wymienionych w OPZ w tomie TOM IV C „System Multimedialny (wyłuszczone w tabeli pozycje, które nie zostały skalkulowane przez wykonawcę ERBUD): (...)

Poz. 11 „Mechanika sceniczna”

Kolejnym przypadkiem wadliwej wyceny jest poz. 11 RCO obejmująca mechanikę sceniczną. Analogicznie jak w przypadku pozycji 5.16 przedmiotem wyceny w tej pozycji miała być kompletna mechanika sceniczna, natomiast poz. 11.1-11.4 (poz. 1-4) obejmować miały jej poszczególne elementy składowe, których ceny Zamawiający chciał poznać, które jednak nie wyczerpywały całej poz. 11. ERBUD natomiast skalkulował poz. 11 jako sumę poz. 11.1. – 11.4. (...) Oznacza to, że wykonawca ERBUD pominął szereg pozycji wymienionych w OPZ w tomie TOM IV C „Mechanik sceniczna” (wyłuszczone w tabeli pozycje, które nie zostały skalkulowane przez wykonawcę ERBUD): (...) Ponadto wykonawca ERBUD pominął w tej pozycji kalkulację kotary zielonej, kotary czarnej i szyny prowadzącej.

Poz. 12 „Oświetlenie technologiczne”

Kolejnym przypadkiem braku wyceny części przedmiotu zamówienia jest poz. 12, w której ERBUD nie dokonał kompletnej wyceny oświetlenia technologicznego. Pozycje 1-4 nie wyczerpywały poz. 12, zatem ponownie należało w niej wycenić i zaprezentować cały zakres Oświetlenia technologicznego zawarty w dokumentach Postępowania. (...) Oznacza to, że wykonawca ERBUD pominął szereg pozycji wymienionych w OPZ w tomie TOM IV C „Oświetlenie technologiczne” (wyłuszczone w tabeli pozycje, które nie zostały skalkulowane przez wykonawcę ERBUD): (...) Ponadto wykonawca ERBUD nie skalkulował w ofercie: obwodów zasilających, systemu sterowania, obwodów sterujących i okablowania. Dodatkowo w niżej wymienionych głównych pozycjach tabeli RCO wykonawca ERBUD zaprezentował ceny poszczególnych elementów składających się na daną główną pozycję, które Zamawiający chciał poznać na etapie składania ofert, w których ceny za te elementy przekraczają 100% ceny za daną pozycję. Ponadto suma podpozycji nie powinna dawać pozycji łącznej, ponieważ obejmuje ona dodatkowe elementy, które powinny być wycenione tylko w pozycji głównej:

Poz. 10.4 „Sala efektów specjalnych”

(...) Oznacza to, że wykonawca ERBUD pominął szereg pozycji wymienionych w OPZ w tomie TOM IV C „Efekty specjalne” (wyłuszczone w tabeli pozycje, które nie zostały skalkulowane przez wykonawcę ERBUD): (...)

Poz. 10.5 „Montażownia online”

(...) Oznacza to, że wykonawca ERBUD pominął szereg pozycji wymienionych w OPZ w tomie TOM IV C „Montażownia 01” (wyłuszczone w tabeli pozycje, które nie zostały skalkulowane przez wykonawcę ERBUD): (...)

Wartość poz. 10.4, wynosi 125 858, 08 zł, a suma podpozycji 142 075,27 zł, natomiast wartość poz. 10.5, 258 133,85 zł, a suma podpozycji 351 067,03 zł.

Błąd w obliczeniu ceny w zakresie poz. 10.4. i 10.5 RCO polega zatem na nieuwzględnieniu w wycenie pełnego zakresu poz. 10.4 i 10.5, pomimo takiego obowiązku, jak również na nienaprawialnych błędach matematycznych, ponieważ podpozycje w obu przypadkach przekraczają pozycje 10.4 i 10.5. Biorąc pod uwagę, że suma podpozycji w obu przypadkach nie może dawać sumy działań, gdyż w dziele należy jeszcze uwzględnić prace inne, nieujęte w podpozycjach, błąd ten nie może zostać naprawiony przez Zamawiającego. Błąd ten nie dawałby się usunąć także wtedy gdyby podpozycje miały sumować się do pozycji głównej (co jednak nie ma miejsca), ponieważ nie byłby znany sposób, w jaki należy ofertę poprawić. Poprawa mogłaby nastąpić zarówno od pozycji 10.4 czy 10.5, ale wówczas nie jest

wiadomym, jak należałoby wycenić podpozycje, bądź też poprzez sumowanie podpozycji, ale taki sposób nie wynika z treści oferty ERBUD i nie był objęty oświadczeniem woli wykonawcy Ponadto wartość poz. 10.4 w ofercie ERBUD stanowi mniej niż 10% wartości tej pozycji w niemal wszystkich innych ofertach złożonych w Postępowaniu, przy czym zasadnicza różnica wynika z wyceny poz. 10.4.2.

Zdaniem Odwołującego ERBUD wadliwie wycenił poz. 10.4. z powodu opisanych wyżej matematycznych błędów i nieuwzględnienia pełnego zakresu zamówienia, jaki w tej pozycji podlegał wycenie. Jak wskazano powyżej nie może ona obejmować pełnego zakresu zamówienia, ponieważ jej wartość jest niższa nawet od sumy podpozycji 1 i 2, a niezależnie od tego – nie obejmuje ona opisanego wyżej zakresu zamówienia, który nie był objęty wyceną w żadnej z podpozycji, a zatem musiał zostać objęty tylko wyceną w poz. 10.4. Dodatkowo jednak Odwołujący zauważa, że ERBUD nie uwzględnił pełnego zakresu zamówienia zgodnego z wymaganiami Zamawiającego nie tylko w wycenie 10.4, ale także w wycenie poz. 10.4.2., co spowodowało jej zaniżenie poniżej kosztów realizacji. Tym samym cena jednostkowa w RCO w poz. 10.4.2. nie obejmuje zakresu zamówienia zgodnie z ustalonymi warunkami SWZ, czego skutkiem jest zaniżenie jej do poziomu niespełna 10% w porównaniu do większości cen ofert w tej pozycji. Nie ma bowiem obiektywnej możliwości, aby w tej cenie możliwe było wykonanie zamówienia w zakresie wymaganym w SWZ, tj. w zakresie Sala efektów specjalnych oprogramowanie i akcesoria, która w większości pozostałych ofert została skalkulowana na kwotę przekraczającą 1 mln zł.

Powyższe zestawienie prowadzi Odwołującego do wniosku, że wykonawca ERBUD nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich elementów zamówienia wymienionych w OPZ i dokumentach zamówienia. Naruszył tym samym dyspozycję sformułowaną w rozdz. II ust. 13 pkt 1 SWZ (pomimo pouczeń zawartych przez Zamawiającego w pozycjach nr 2 i 3 pod tabelą RCO). Zasady kalkulacji ceny wyłączały również możliwość agregowania pozycji RCO. Wykonawca ERBUD nie mógł więc wskazanych pozycji skalkulować w innych pozycjach. Stałoby to również w sprzeczności z zasadą przejrzystości postępowania. Tym samym należy stwierdzić, że wadliwie ustalił stan faktyczny Postępowania, co doprowadziło do błędów w obliczeniu ceny. (...)

Jednocześnie niewątpliwie wskazane błędy wykonawcy ERBUD są błędami nieusuwalnymi. Są to błędy, który nie mogą być sanowane na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wszelkie przesunięcia kwot lub ich zmiana w ramach RCO będą stanowiły zmianę oświadczenia woli złożonego przez ww. wykonawcę. Będą stanowiły ingerencję w merytoryczną treść oferty.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. (...)

W niniejszym postępowaniu niezgodność z warunkami zamówienia polega na:

- o zidentyfikowaniu przez wykonawcę ERBUD zakresu realizacji przedmiotu umowy (świadczenia wykonawcy) z pominięciem istotnych elementów zamówienia opisanych w opisie przedmiotu zamówienia, czego emanacją był sposób sporządzenia RCO (o czym była mowa powyżej);
- o niewłaściwą prezentacją wyceny, która ma pełnić istotną rolę również na etapie realizacji umowy, wbrew jasnym wytycznym zamawiającego zawartym w SWZ.

(...) Jak wskazano powyżej w uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny, wykonawca ERBUD nie skalkulował w ofercie istotnych elementów zamówienia, co prowadzi do wniosku, że wadliwie rozpoznał treść zobowiązania wykonawcy, jakiego wymaga Zamawiający w dokumentach zamówienia i który szczegółowo opisał w OPZ. Nawet jeśli wykonawca ERBUD argumentowałby, że skalkulował wszystkie elementy przedmiotu zamówienia, to wskazać należy, że wadliwa prezentacja tej wyceny, uniemożliwia prawidłową realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Wadliwe RCO prowadziłyby do problemów np. z ograniczeniem zamówienia o niektóre elementy przez zamawiającego i rozliczeń z tym związanych.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zakres oczekiwanych przez Zamawiającego informacji, jakie należało podać w RCO, jednoznacznie wskazuje, że stanowi on treść oferty. W RCO następuje bowiem konkretyzacja treści świadczenia – określa się wycenę poszczególnych części zamówienia (pozycji), która będzie podstawą na etapie realizacji Umowy m.in. do dokonywania rozliczeń wynagrodzenia, do wyceny robót lub dostaw dodatkowych i zaniechanych. Należy przy tym zauważyć, że opis wymagań Zamawiającego w tym zakresie jest precyzyjny, jednoznaczny i został wielokrotnie wyartykułowany w dokumentach postępowania.

Zarzut 2 – czyni nieuczciwej konkurencji

Przedmiotowe zamówienie obejmuje, poza robotami budowlanymi mającymi doprowadzić do powstania obiektu budowlanego, bardzo znaczącą część dostaw specjalistycznego sprzętu i oprogramowania kinotechnicznego stanowiącego wyposażenie realizowanego obiektu budowlanego. Stanowią one kluczowy dla Zamawiającego oraz przyszłego użytkownika, co wielokrotnie podkreślał Zamawiający oraz m.in. Pan M. Ż. – twórca festiwalu Camerimage element zamówienia z uwagi na przeznaczenie obiektu, jaki ma powstać w wyniku realizacji niniejszego zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest bowiem wybudowanie najnowocześniejszego w kraju studia filmowego. Celem Zamawiającego jest, aby wyposażenie obiektu spełniało najwyższe standardy jakościowe, co znajduje odzwierciedlenie w treści technicznych wymagań Zamawiającego. Równocześnie z uwagi na planowany okres budowy poprzedzający montaż wyposażenia trwający wiele miesięcy istnieje ogromne ryzyko, że parametry sprzętu staną się nieadekwatne, a przez to wyposażenie stanie się zbędne. Zamawiający zagwarantował zatem sobie możliwość rezygnacji z wykonania zamówienia, przyjmując, że gwarantowana część zamówienia obejmuje 50% wartości wynagrodzenia. Zamawiający szacował, że wartość specjalistycznych dostaw może sięgać aż tego poziomu. Równocześnie Zamawiający zastrzegł, że nie planuje rezygnacji z istotnej części robót budowlanych. Jest to zrozumiałe, ponieważ specyfika robót budowlanych jest zupełnie inna niż specyfika dostaw specjalistycznego sprzętu kinotechnicznego. Zamawiający, gwarantując wykonanie zamówienia w zakresie 50% wartości wynagrodzenia, gwarantował zatem przede wszystkim wykonanie robót budowlanych. (...)

Tymczasem w ofercie ERBUD wykonawca dopuścił się ewidentnego zaniżenia części technologicznej zamówienia. Okoliczności faktyczne szczegółowo opisane w zarzucie nr 1 oraz w zarzucie nr 6, który to opis pozostaje w pełni adekwatny także w zakresie niniejszego zarzutu i winien być uwzględniony przy jego rozpoznaniu przez KIO, potwierdzają, że ERBUD nie uwzględnił w wycenie technologii scenicznych wszystkich wymaganych elementów i zaniżył wartość zakresu zamówienia w części dotyczącej technologii scenicznych poniżej kosztów jego wykonania. (...)

ERBUD wycenił wartość robót budowlanych w swojej ofercie w RCO na jedną z najwyższą wartości spośród złożonych ofert. Z kolei wartość pozycji RCO w odniesieniu do technologii scenicznych została wyceniona na łącznym poziomie około 15% wartości ceny oferty, przy czym wartość wyceny poszczególnych szczegółowych pozycji nie obejmuje pełnego zakresu zamówienia oraz zawarte tam ceny jednostkowe nie odzwierciedlają rzeczywistego poziomu kosztów wykonania zamówienia. ERBUD dopuścił się zatem czynu nieuczciwej konkurencji na dwóch poziomach. Po pierwsze

zaferował realizację wykonania istotnej części zamówienia (istotnych elementów składowych ceny oferty) za rażąco niską cenę, niepokrywającą kosztów wykonania zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 unzk oraz mieści się w kategorii manipulacji cenami jednostkowymi, co dodatkowo wypełnia zakres czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 unzk. Po drugie, zaferował wysoką cenę za wykonanie robót budowlanych, co stanowi pewną lub niemal pewną część zamówienia oraz zaniżoną za część zamówienia dotyczącą wyposażenia, z której rezygnacja przez Zamawiającego jest bardzo lub co najmniej bardziej prawdopodobna. Gdyby ERBUD dokonał rzetelnej wyceny oferty zakresu zamówienia obejmującego technologie sceniczne cena oferty byłaby znacznie wyższa, a jej obecne ustalenie nie jest możliwe ani dopuszczalne po terminie składania ofert. W obu przypadkach czyn nieuczciwej konkurencji sprowadza się do manipulacji cenowej, co wyczerpuje dyspozycję przepisów art. 3 ust. 1 unzk i dodatkowo art. 15 ust. 1 pkt 1 unzk.

Zarzut 3 dot. wykazu robót (wprowadzenie w błąd co do konsorcjum)

(...) W wykazie robót wykonawca ERBUD wskazał robotę budowlaną pn: „Budowa ogólnomiejskiej hali widowiskowo-sportowej wraz z obiektami towarzyszącymi przy ul. Szafera w Szczecinie”. Z podmiotowych środków dowodowych złożonych w postępowaniu przez wykonawcę ERBUD wynika, że wykonał ww. roboty budowlane samodzielnie. W wykazie robót budowlanych nie określił bowiem, że ww. inwestycja była realizowana w konsorcjum. Nie wynika to również z przedstawionych referencji.

Jak wynika z informacji podawanych na stronie BIP zamawiającego – Gminy Miasta Szczecin (44C) wykonawca ERBUD S.A. realizował to zamówienie w konsorcjum wraz z Maxi – Star Sp. z o. o. z siedzibą w Obornikach oraz PUHF „Maxi – Star Konstruktor” Tomasz Kaczmarek. (...) W ocenie Odwołującego wykonawca ERBUD w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (...)

Podsumowując, wykonawca ERBUD zataił przed Zamawiającym informację, że przedstawiona przez niego w wykazie robót budowlanych „Budowa ogólnomiejskiej hali widowiskowo-sportowej wraz z obiektami towarzyszącymi przy ul. Szafera w Szczecinie” była wykonywana w konsorcjum. Wykonawca może posłużyć się nabytym doświadczeniem wyłącznie w takim zakresie, jaki faktycznie i realnie wykonywał. Zatajenie tej informacji mogło więc przynajmniej potencjalnie wprowadzić w błąd Zamawiającego co do faktu spełnienia przez wykonawcę ERBUD warunku udziału w postępowaniu. Skala i znaczenie ww. inwestycji mogą świadczyć o tym, że wykonawca ERBUD zataił tę informację intencjonalnie, albo przynajmniej w działaniu w sposób rażąco niedbały. Jednocześnie informacji tej, zgodnie z przywołanym orzecznictwem, nie można zastąpić informacją prawdziwą (pełną) w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Prowadzi to do wniosku, że oferta wykonawcy ERBUD powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zarzut 4 – wprowadzenie w błąd – poz. 9 wykazu osób

Wykonawca ERBUD został wezwany pismem z 23 sierpnia 2023 r. do złożenia wyjaśnień trybie art. 128 ust. 4 Pzp dotyczących m.in. poz. 9 wykazu osób. Wykonawca w treści wykazu osób, w pozycji nr 9. dot. Specjalisty ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ), dla której podano p. Dawida (...), w kolumnie Doświadczenie, wskazał, że osoba ta posiada doświadczenie w realizacji zadania pod nazwą „Aula UMK w Toruniu, Aula Szkoły Muzycznej Warszawa, Aula szkoły Muzycznej w Toruniu, Teatr Horzycy Toruń”, dla którego zamieszczono opis: „Nadzór nad montażem urządzeń, programowanie sterowników, Wykonanie tablic synoptycznych BMS”. Treść podana przez Wykonawcę w ramach nazwy zadania sugeruje, że były to cztery różne obiekty. Nadto, z treści wykazu nie wynika bezpośrednio czy wskazana usługa była pełniona w ramach roboty budowlanej rozumianej jako wzniesienie lub odbudowa, rozbudowa, przebudowa, nadbudowa.

W odpowiedzi na to wezwanie, wykonawca ERBUD przesłał pismo datowane na 28 sierpnia 2023 r., w którym lakonicznie stwierdził jedynie, że „W odpowiedzi na Państwa wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób i doświadczenia osób wskazanych w pozycji 6, 7, 8 i 9 załączamy wykaz osób zawierający informacje wyjaśniające.” Wykonawca zamiast wyjaśnić, złożył poprawiony wykaz osób, w którym w poz. 9 przedstawił: „Nazwa zadania: Nowa siedziba Zespołu Państwowych Szkół Muzycznych w Warszawie, Stary Mokotów, ulica Rakowiecka”. Opis zadania: Rozbudowa i przebudowa budynku dawnego sierocińca, oraz zmiana sposobu użytkowania na cele edukacyjne dla Zespołu Państwowych Szkół Muzycznych w Warszawie. W ramach inwestycji powstała nowoczesna sala koncertowa.” (...) W ocenie Odwołującego podawanie wielu inwestycji, brak złożenia jakichkolwiek wyjaśnień na żądanie zamawiającego w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, a w konsekwencji dokonana bez wezwania zmiana wykazu poprzez usunięcie poprzednio wykazywanych robót i zamieszczenie w wykazie innej, było jaskrawym przykładem braku staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Z tego względu w ocenie odwołującego oferta wykonawcy ERBUD powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Zarzuty ewentualne – na wypadek nieuznania przez Izbę, że oferta ERBUD podlega odrzuceniu.

Zarzut 6 – zaniechanie wezwania do wyjaśnić rażąco niskiej ceny

(...) Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny istotnych elementów zamówienia w zakresie technologii scenicznych, pomimo że oferta ERBUD winna wzbudzić oczywiste wątpliwości Zamawiającego do co rzetelności dokonanej wyceny. Ceny jednostkowe z tego obszaru zamówienia wydają się bowiem rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Ponadto niektóre z cen (np. w poz. 10.4, w tym 10.4.2. oraz w 10.5 spełniają kryterium 30% względem wartości wynikających z kosztorysu inwestorskiego, pozostałych ofert oraz średniej arytmetycznej cen jednostkowych wynikających ze złożonych ofert przekraczają 30% rozbieżności.

Podkreślić należy, że zakres zamówienia obejmujący elementy technologii scenicznych, tj. ELEKTROAKUSTYKA KINOTECHNIKA, MECHANIKA SCENICZNA, OŚWIETLENIE TECHNOLOGICZNE stanowią o „sercu obiektu”, j zostac wybudowany. Jak wynika z dokumentacji postępowania przedmiotem zamówienia jest wybudowanie ultranowoczesnego studia filmowego, jakie będzie mogło być udostępniane i wykorzystywane do tworzenia najnowszych produkcji przez najważniejsze studia filmowe na świecie. Jak przyznawali twórcy festiwalu Camerimage, w tym M. Ż., dyrektor festiwalu Camerimage, studio filmowe ma być wyposażony w najbardziej nowoczesny sprzęt i urządzenia, umożliwiające tworzenie materiałów filmowych w najnowszej technologii wykorzystywanej w najnowszych produkcjach najważniejszych studiów filmowych na świecie. Oznacza to zarazem, że wymagania w odniesieniu do części technologicznej postawione zostały bardzo wysoko. W kosztorysie inwestorskim część technologiczna stanowiła ponad 20% (po jego uzupełnieniu o kosztorys sali kolaudacyjnej). Podobnie w ofertach pozostałych wykonawców

zachowana była proporcja na tym poziomie. (...)

Analizując poszczególne elementy zaniżonych przez ERBUD zakresów zamówienia, to w przypadku kinotechniki poziom wyceny kosztów stanowił około 67% względem średniej. Równie zaniżone są także inne elementy technologii scenicznych, co obrazują tabele poniżej: (...) Ekstremalne zaniżenie ceny jednostkowej wynika z poz. 10.4 oraz 10.4.2. gdzie kalkulacja ceny jednostkowej stanowi około 10% średniej ceny arytmetycznej cen innych złożonych ofert, a gdyby pominąć w tym względzie ofertę Doraco (która i tak jest dwa razy wyższa niż cena ERBUD) to wysokość tej ceny jednostkowej wynosi ok. 10% średniej ceny arytmetycznej cen złożonych ofert. Tym samym koszty wykonania technologii scenicznych oszacowane przez ERBUD nie przystają w żaden sposób ani do wycen zawartych w poszczególnych ofertach ani w kosztorysie samego Zamawiającego. Kosztorys ten jest wyższy o blisko 6 mln od kosztów tych robót wskazanych w ofercie ERBUD. Równocześnie roboty budowlane w ofercie ERBUD wycenione zostały na ponad 45 mln zł, co przekracza wartość z kosztorysu inwestorskiego o około 6 mln. Również żaden z pozostałych wykonawców nie oszacował wartości prac technologicznych na tak niskim poziomie. Co więcej roboty budowlane w ofercie ERBUD zostały skalkulowane na wyższym poziomie niż w innych droższych ofertach (...). Zamawiający uznał wprost, że każda z pozycji w RCO stanowi istotny element ceny oferty podlegający weryfikacji m.in. z uwagi na ocenę pod kątem rażąco niskiej ceny. (...) W ocenie Odwołującego zawartej w innych zarzutach zaniżenie wyceny wynika z nieuwzględnienia pełnego zakresu zamówienia wynikającego z SWZ, jednak nawet jeżeli Zamawiający nie podzielał opinii Odwołującego, to drastycznie niski i zupełnie nieuzasadniony poziom wyceny winien w sposób oczywisty wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, co obligowało go do wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut 7 - dot. wykazu osób

Zgodnie z rozdziałem II podrozdziałem 7 ust. 4 część B. SWZ Zamawiający postawił szereg warunków dotyczących dysponowania odpowiednim personelem zdolnym do wykonania zamówienia. (...) Jednocześnie Zamawiający wymagał (s. 31 SWZ): „Doświadczenie zawodowe powinno obejmować pełnienie funkcji:

*o*przez cały okres procesu budowy, tj. od daty przekazania placu budowy do dnia zakończenia czynności końcowego odbioru robót, w przypadku osób wskazanych w ppkt. 1) i 2);

*o*przez cały okres realizacji robót danej branży lub specjalizacji, w przypadku osób wskazanych w ppkt. od 3) do 7)“.

Wykaz osób, złożony 28 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę ERBUD (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 23 sierpnia 2023 r.) nie daje podstaw do uznania, że wykonawca ERBUD spełnił warunki udziału w postępowaniu dotyczące następujących osób:

Kierownik kontraktu

W poz. 1 wykazu dotyczącej zadania Zespół hotelowo-wypoczynkowo-usługowy „Baltic Park Molo” wykonawca wskazał jako okres realizacji datę z dokładnością miesiąca: 12.2014-09.2017. Jednocześnie na stronie internetowej wykonawcy ERBUD jako datę realizacji tej inwestycji wskazał 10.2014-06.2017. (...)

Kierownik budowy

W poz. 2 wykazu dotyczącej zadania „Centrum Handlowo-Rozrywkowego VIVO!” wykonawca wskazał jako okres realizacji datę z dokładnością miesiąca: 10.2014-11.2015. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca powinien był wskazać w poz. 2 wykazu osób, prawidłową datę realizacji inwestycji (...) przez cały okres procesu budowy, tj. od daty przekazania placu budowy do dnia zakończenia czynności końcowego odbioru robót.

Kierownik robót w branży sanitarnej

W poz. 3 wykazu dotyczącej zadania „Centrum Handlowo-Rozrywkowego VIVO!” wykonawca wskazał jako okres realizacji datę z dokładnością miesiąca: 10.2014-11.2015. Wskazane daty nie pozwalają na weryfikację, czy pan (...) pełnił funkcję kierownika robót w branży sanitarnej przez cały okres realizacji robót w tej branży, tym samym nie można uznać, że wykonawca ERBUD spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą o odpowiednim doświadczeniu dla tej funkcji.

Kierownik robót w branży elektrycznej

W poz. 4 wykazu dotyczącej zadania „Przebudowa Hotelu Europejskiego w Warszawie” wykonawca ERBUD wskazał błędną datę 07.2018 – 01.2018. Tym samym nie można uznać, że wykonawca ERBUD wykazał, że pan (...) pełnił funkcję kierownika robót w branży elektrycznej przez cały okres realizacji robót branży elektrycznej.

Kierownik robót w branży elektrycznej

W poz. 4 wykazu dotyczącej zadania „Przebudowa Hotelu Europejskiego w Warszawie”

Kierownik robót w branży telekomunikacyjnej/ teletechnicznej

W poz. 5 wykazu dotyczącej zadania „Hala widowiskowo-sportowa Arena Gliwice” wskazano daty w latach (2014-2017). Wskazane daty nie pozwalają na weryfikację, czy pan (...) pełnił funkcję kierownika robót w branży telekomunikacyjnej przez cały okres realizacji robót w tej branży/specjalizacji, tym samym nie można uznać, że wykonawca ERBUD spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą o odpowiednim doświadczeniu dla tej funkcji.

Specjalista ds. elektroakustyki

W poz. 6 wykazu dotyczącej zadania „Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku” wykonawca ERBUD wskazał daty w latach 2015-2017. Wskazane daty nie pozwalają na weryfikację, czy pan (...) pełnił funkcję specjalisty ds. elektroakustyki przez cały okres realizacji robót w tej specjalizacji, tym samym nie można uznać, że wykonawca ERBUD spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą o odpowiednim doświadczeniu dla tej funkcji.

Specjalista ds. mechaniki scenicznej

W poz. 7 wykazu dotyczącej zadania „Narodowe Forum Muzyki we Wrocławiu” wykonawca ERBUD wskazał daty w latach 2013-2015. Wskazane daty nie pozwalają na weryfikację, czy pan (...) pełnił funkcję specjalisty ds. mechaniki scenicznej przez cały okres realizacji robót w tej specjalizacji, tym samym nie można uznać, że wykonawca ERBUD spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą o odpowiednim doświadczeniu dla tej funkcji.

Specjalista ds. oświetlenia technologicznego (scenicznego)

W poz. 8 wykazu dotyczącej zadania „Narodowe Forum Muzyki we Wrocławiu” wykonawca ERBUD wskazał daty w latach 2013-2015. Wskazane daty nie pozwalają na weryfikację, czy pan (...) pełnił funkcję specjalisty ds. oświetlenia technologicznego (scenicznego) przez cały okres realizacji robót w tej specjalizacji, tym samym nie można uznać, że wykonawca ERBUD spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą o odpowiednim doświadczeniu dla tej funkcji.

Specjalista ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ)

W poz. 9 wykazu dotyczącej zadania „Nowa siedziba Zespołu Państwowych Szkół Muzycznych w Warszawie” wykonawca ERBUD wskazał daty w latach 2019-2020. Wskazane daty nie pozwalają na weryfikację, czy pan (...) pełnił funkcję specjalisty ds. ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ) przez cały okres realizacji robót w tej specjalizacji, tym samym nie można uznać, że wykonawca ERBUD spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący

dysponowania osobą o odpowiednim doświadczeniu dla tej funkcji.

Zarzut 8 dot. wykazu robót (brak robót elektroakustycznych)

(...) W wykazie robót wykonawca ERBUD wskazał robotę budowlaną pn: „Budowa ogólnomiejskiej hali widowiskowo-sportowej wraz z obiektami towarzyszącymi przy ul. Szafera w Szczecinie”. W ocenie Odwołującego wykonaniu należy mieć uzasadnione wątpliwości czy robocie budowlanej przedstawionej w wykazie inwestycji nie towarzyszyło wykonanie prac elektroakustycznych w znaczeniu nadanym przez Zamawiającego w przytoczonej odpowiedzi na pytanie. Wątpliwości te budzi w szczególności charakter i przeznaczenie hali (widowiskowo-sportowa).”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodnej z warunkami zamówienia, złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, tj. oferty ERBUD i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie
- 3) wezwania wykonawcy ERBUD do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie istotnych elementów składowych ceny oferty wskazanych w odwołaniu,
- 4) wezwania wykonawcy ERBUD do uzupełnienia i/lub złożenia wyjaśnień co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kwalifikacji personelu lub spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w zakresie objętym zarzutami odwołania.

Pismem z dnia 14.09.2023 r. wykonawca ERBUD S.A., ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 22.09.2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 22.09.2023 r. również Przystępujący przedstawił swoją argumentację.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa budynku Studia Filmowego jako I etapu planowanego kompleksu budynków Europejskiego Centrum Filmowego CAMERIMAGE wraz z infrastrukturą techniczną w Toruniu.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wskazał:

A. opis warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, zgodnie z którym warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż należycie wykonał w okresie ostatnich 10 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane, w wyniku których powstał co najmniej jeden budynek dla każdej ze wskazanych robót (rozumiane jako budowa, a nie odbudowa, rozbudowa, przebudowa, nadbudowa lub remont), z których każdy stanowi funkcjonalną całość i uzyskał pozwolenie na użytkowanie oraz spełnia definicję budynku użyteczności publicznej określoną w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2022 r., poz. 1225 z późn. zm.), o kubaturze brutto nie mniejszej, niż 30.000 m³ w ramach każdej z robót, w tym obejmujące przynajmniej w 1 zadaniu robotę budowlaną, w ramach której wykonywano prace akustyczne oraz elektroakustyczne związane bezpośrednio z funkcjonowaniem budynku.

B. warunki zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie kadry dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, posiadającymi prawo wykonywania zawodu oraz wymagane uprawnienia budowlane, tj.:

- 1) jedna osoba, która będzie pełnić w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia funkcję Przedstawiciela Wykonawcy (Kierownika Kontraktu),
- 2) jedna osoba, która będzie pełnić w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia funkcję Kierownika Budowy,
- 3) jedna osoba, która będzie pełnić w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia funkcję Kierownika robót w branży sanitarnej,
- 4) jedna osoba, która będzie pełnić w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia funkcję Kierownika robót w branży elektrycznej,
- 5) jedna osoba, która będzie pełnić w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia funkcję Kierownika robót w branży telekomunikacyjnej/teletechnicznej,
- 6) jedna osoba, która będzie pełnić w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia funkcję Specjalisty ds. elektroakustyki,
- 7) po jednej osobie, które będą pełnić w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia funkcje:
 - a) Specjalisty ds. mechaniki scenicznej,
 - b) Specjalisty ds. oświetlenia technologicznego (scenicznego),
 - c) Specjalisty ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ).

Szczegółowe wymagania i zakres doświadczenia zawarto w rozdziale II podrozdziale 7 pkt 4 Opisu Potrzeb i Wymagań (OPiW).

W rozdziale II podrozdziale 7 pkt 4.B. OPiW Zamawiający doprecyzował wymagania wobec personelu, którym ma dysponować wykonawca. W zakresie m.in. Specjalisty ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ) Zamawiający wymagał, aby posiadał on doświadczenie w pełnieniu usług polegających na kierowaniu lub nadzorowaniu pracami związanymi z montażem i uruchomieniem urządzeń/systemów w ww. zakresach, w ramach co najmniej jednej roboty budowlanej (rozumianej jako wzniesienie lub odbudowa, rozbudowa, przebudowa, nadbudowa) w obiektach pełniących jedną z następujących funkcji:

- studia filmowego,
- sali widowiskowej,
- sali teatralnej,
- sali koncertowej,
- sali wielofunkcyjnej przystosowanej do widowisk muzycznych lub teatralnych (z wyłączeniem ze względu na znaczącą odrębność funkcjonalną: audytoriów, sal wykładowych, sal konferencyjnych oraz sal lub hal sportowych).

Zamawiający wskazał też, że doświadczenie zawodowe wszystkich wymaganych osób powinno obejmować pełnienie funkcji:

- w przypadku osób wskazanych w ppkt. 1 i 2 - przez cały okres procesu budowy, tj. od daty przekazania placu budowy do dnia zakończenia czynności końcowego odbioru robót,
- w przypadku osób wskazanych w ppkt od 3) do 7) - przez cały okres realizacji robót danej branży lub specjalizacji.

W rozdziale I podrozdziale 3 pkt 3 OPiW Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 oraz art. 109 ust 1 pkt 4, 8 i 10 ustawy Pzp.

W rozdziale II podrozdziale 9 pkt 3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą tabeli „Rozbicie Ceny Ofertowej” sporządzonej według wzoru stanowiącego Załącznik nr 9 do SWZ. Pod tabelą Zamawiający wskazał:

„Ceny wskazane w RCO na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będą pełniły funkcję informacyjną i służyły do weryfikacji ceny w przypadku wystąpienia przesłanek badania rażąco niskiej ceny, a na etapie realizacji Umowy pomocniczo do wyceny robót lub dostaw dodatkowych i zaniechanych. Z tych względów Zamawiający nie dopuszcza przesunięć cen pomiędzy poszczególnymi pozycjami RCO (poz. 1. – 12. RCO).

W niektórych pozycjach Zamawiający prosi o wyszczególnienie cen określonych urządzeń. Zamawiający zwraca uwagę, że nie są to wszystkie znajdujące się w OPISACH urządzenia wchodzące w skład danej pozycji, a jedynie te, których ceny Zamawiający chce poznać. Stąd też, pozycje objęte wyszczególnieniem nie sumują się do ceny pozycji nadrzędnej. Kwoty głównych pozycji tabeli Rozbicie Ceny Ofertowej, tj. pozycji 1. do 12. nie składają się na wartość Ceny Ofertowej wskazanej w załączniku nr 2 do SWZ, tj. w Formularzu Ofertowym.

Pod pojęciem kpl (komplet) w tabeli rozumieć należy wymaganą ilość sztuk wraz akcesoriami oraz niezbędnym do uruchomienia i funkcjonowania dedykowanym osprzętem i okablowaniem ruchomym.”

W rozdziale II podrozdziale 13 pkt 1, 2, 6 i 9 SWZ Zamawiający wskazał:

1. Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty brutto na podstawie Opisu Przedmiotu Zamówienia i wszystkich Dokumentów Zamówienia oraz przy uwzględnieniu wypełnionego przez siebie Rozbicia Ceny Ofertowej, zgodnie z zasadami opisanymi w treści niniejszego podrozdziału.

2. Wykonawca jest obowiązany wskazać całkowitą cenę oferty brutto za realizację całości niniejszego zamówienia w treści Załącznika nr 2 do SWZ – „Formularz Oferty”.

6. Cenę oferty, jak również poszczególne ceny jednostkowe podane w RCO, należy obliczyć uwzględniając całość wynagrodzenia Wykonawcy za prawidłowe wykonanie Umowy. Wykonawca jest zobowiązany skalkulować cenę na podstawie Opisu Przedmiotu Zamówienia, SWZ oraz Załącznika nr 8 do SWZ – „Wzoru Umowy”. Cena oferty, jak również poszczególne ceny podane w RCO, obejmują także wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty. Wykonawca skalkuluje ponadto wszystkie potencjalne rodzaje ryzyka ekonomicznego, jakie mogą wystąpić przy realizacji Przedmiotu Umowy, a wynikające z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawierania umowy, w tym związane z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia.

9. Ceny wskazane w RCO na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będą pełniły funkcję informacyjną i służyły do weryfikacji ceny w przypadku wystąpienia przesłanek badania rażąco niskiej ceny, a na etapie realizacji Umowy pomocniczo do wyceny robót lub dostaw dodatkowych i zaniechanych. Z tych względów Zamawiający nie dopuszcza przesunięć cen pomiędzy poszczególnymi pozycjami RCO (poz. 1. – 12. RCO).

Pismem z dnia 03.08.2023 r. Zamawiający, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi Przystępujący złożył m.in.:

1. wykaz robót, w którym jako jedną z inwestycji wskazał budowę ogólnomiejskiej hali widowiskowo-sportowej wraz z obiektami towarzyszącymi przy ul. Szafera w Szczecinie, wskazał też, że „W zadaniu tym wykonano prace akustyczne oraz elektroakustyczne związane bezpośrednio z funkcjonowaniem budynku” i dołączył referencje.

2. wykaz osób, w którym wskazał:

a) okresy realizacji inwestycji w miesiącach i latach albo tylko w latach,

b) dla Specjalisty ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ) wskazał pierwotnie:

„Nazwa zadania: Aula UMK w Toruniu, Aula Szkoły Muzycznej Warszawa, Aula szkoły Muzycznej w Toruniu, Teatr Horzycy Toruń

Opis zadania: Nadzór nad montażem urządzeń, programowanie sterowników, Wykonanie tablic synoptycznych BMS.

Okres realizacji: 2017-2021

Funkcja obiektu: sala koncertowo-widowiskowe

Funkcja: Kierownik projektu, Programista”

Pismem z dnia 23.08.2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie m.in.: Specjalisty ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ) Zamawiający zauważył, że dla tego specjalisty wskazano „zadania pod nazwą „Aula UMK w Toruniu, Aula Szkoły Muzycznej Warszawa, Aula szkoły Muzycznej w Toruniu, Teatr Horzycy Toruń”; (...) Treść podana przez Wykonawcę w ramach nazwy zadania sugeruje, że były to cztery różne obiekty. Nadto, z treści wykazu nie wynika bezpośrednio czy wskazana usługa była pełniona w ramach roboty budowlanej rozumianej jako wzniesienie lub odbudowa, przebudowa, nadbudowa”. W związku z tym Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień m.in. „w zakresie tego, w ramach którego zadania wskazana osoba pełniła opisane usługi, a w przypadku gdy pełniła je w ramach więcej niż jednego zadania – Zamawiający prosi o jednoznaczne wskazanie dla poszczególnych zadań odrębnie jakie części opisu zawartego w kolumnie Doświadczenie odnoszą się do nich”.

W odpowiedzi z dnia 28.08.2023 r. Przystępujący złożył nowy wykaz osób, w którym dla Specjalisty ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ) wskazał:

„Nazwa zadania: Nowa siedziba Zespołu Państwowych Szkół Muzycznych w Warszawie, Stary Mokotów, ulica Rakowiecka.

Opis zadania: Rozbudowa i przebudowa budynku dawnego sierocińca, oraz zmiana sposobu użytkowania na cele edukacyjne dla Zespołu Państwowych Szkół Muzycznych w Warszawie. W ramach inwestycji powstała nowoczesna sala koncertowa.

Okres realizacji: 2019-2020

Funkcja obiektu: sala koncertowa

Funkcja: Nadzór nad pracami związanymi z montażem urządzeń, programowaniem sterowników, automatyką budynku w tym CCTV i PPOŻ.”

Pismem z dnia 01.09.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

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

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na

kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp:

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b), pkt 5, pkt 7 i pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zarzut dotyczący art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny i niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia z uwagi na sposób wypełnienia przez niego Rozbicia Ceny Ofertowej (RCO) w pierwszej kolejności należy przytoczyć właściwe postanowienia SWZ. Przede wszystkim w rozdziale II podrozdziale 13 pkt 1, 2, 3 i 9 SWZ Zamawiający wskazał:

1. Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty brutto na podstawie Opisu Przedmiotu Zamówienia i wszystkich Dokumentów Zamówienia oraz przy uwzględnieniu wypełnionego przez siebie Rozbicia Ceny Ofertowej, zgodnie z zasadami opisanymi w treści niniejszego podrozdziału.

2. Wykonawca jest obowiązany wskazać całkowitą cenę oferty brutto za realizację całości niniejszego zamówienia w treści Załącznika nr 2 do SWZ – „Formularz Oferty”.

3. Wraz z ofertą Wykonawca jest obowiązany przedłożyć Rozbicie Ceny Ofertowej zgodnie z wzorem przygotowanym przez Zamawiającego – Załącznik nr 9 do SWZ, wpisując każdą pozycję odpowiednio wartości oferowane za realizację danych elementów Przedmiotu Umowy, na podstawie których Wykonawca obliczył całkowitą cenę oferty. Wykonawca powinien wypełnić każdą pozycję RCO o wartość większą niż zero (0). RCO jest dokumentem niezbędnym do prawidłowej realizacji zamówienia, wobec czego jego złożenie jest obligatoryjne. Przedłożenie zmienionego RCO względem wzoru przygotowanego przez Zamawiającego lub wpisanie w którąkolwiek pozycję wartości zero (0) lub mniejszej będzie skutkowało odrzuceniem oferty Wykonawcy.

9. Ceny wskazane w RCO na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będą pełniły funkcję informacyjną i służyły do weryfikacji ceny w przypadku wystąpienia przesłanek badania rażąco niskiej ceny, a na etapie realizacji Umowy pomocniczo do wyceny robót lub dostaw dodatkowych i zaniechanych. Z tych względów Zamawiający nie dopuszcza przesunięć cen pomiędzy poszczególnymi pozycjami RCO (poz. 1.- 12. RCO).

Dodatkowo pod tabelą RCO Zamawiający wskazał:

„Ceny wskazane w RCO na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będą pełniły funkcję informacyjną i służyły do weryfikacji ceny w przypadku wystąpienia przesłanek badania rażąco niskiej ceny, a na etapie realizacji Umowy pomocniczo do wyceny robót lub dostaw dodatkowych i zaniechanych. Z tych względów Zamawiający nie dopuszcza przesunięć cen pomiędzy poszczególnymi pozycjami RCO (poz. 1. – 12. RCO).

W niektórych pozycjach Zamawiający prosi o wyszczególnienie cen określonych urzędzeń. Zamawiający zwraca uwagę, że nie są to wszystkie znajdujące się w OPISACH urzędzeń wchodzące w skład danej pozycji, a jedynie te, których ceny Zamawiający chce poznać. Stąd też, pozycje objęte wyszczególnieniem nie sumują się do ceny pozycji nadrzędnej. Kwoty głównych pozycji tabeli Rozbicia Ceny Ofertowej, tj. pozycji 1. do 12. nie składają się na wartość Ceny Ofertowej wskazanej w załączniku nr 2 do SWZ, tj. w Formularzu Ofertowym.

Pod pojęciem kpl (komplet) w tabeli rozumieć należy wymaganą ilość sztuk wraz akcesoriami oraz niezbędnym do uruchomienia i funkcjonowania dedykowanym osprzętem i okablowaniem ruchomym.”

Z powyższego przede wszystkim wynika, że ceny wskazane w RCO na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będą pełniły funkcję jedynie informacyjną i będą służyły do badania rażąco niskiej ceny,

natomiast na etapie realizacji zamówienia RCO będzie dokumentem służącym pomocniczo do wyceny robót lub dostaw dodatkowych i zaniechanych. Zamawiający przewidział ponadto wynagrodzenie ryczałtowe i w konsekwencji wskazał, że wykonawcy zobowiązani są „obliczyć cenę oferty brutto na podstawie Opisu Przedmiotu Zamówienia i wszystkich Dokumentów Zamówienia” oraz jedynie „przy uwzględnieniu” RCO. Nie można nie zauważyć różnicy między sformułowaniami: „na podstawie” i „przy uwzględnieniu”. Pierwsze oznacza, że wykonawcy bezwzględnie muszą oprzeć obliczenie ceny oferty na wskazanych wyżej dokumentach, drugie zaś oznacza, że dodatkowo powinni mieć na uwadze ceny wskazane w RCO, tak by nie doszło do całkowitego oderwania ceny ofertowej od cen rozbitych w RCO. Zamawiający nie oczekiwał jednak, że ceny wpisane do RCO będą bezpośrednio przekładać się na cenę oferty i że będą podstawą jej obliczenia. O powyższym świadczą nie tylko ww. postanowienia, ale także brak w RCO pozycji podsumowującej wszystkie koszty i brak wymogu, aby takie zsumowane koszty przenieść do Formularza Oferty. Zamiast tego Zamawiający wprost wskazał pod tabelą: „Kwoty głównych pozycji tabeli Rozbicie Ceny Ofertowej, tj. pozycji 1. do 12. nie składają się na wartość Ceny Ofertowej wskazanej w załączniku nr 2 do SWZ, tj. w Formularzu Ofertowym”. Ww. ustalenia prowadzą do wniosku, że RCO jest dokumentem informacyjnym, który miał zawierać ceny za określone elementy przedmiotu zamówienia pozostające w powiązaniu z ceną oferty, ale jednocześnie nie stanowił sam w sobie podstawy obliczenia ceny tej oferty i zawarte w nim ceny nie przekładają się wprost na cenę oferty wykonawcy.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę na postanowienia projektu umowy, w tym § 13 ust. 6, z którego wynika, że w terminie 14 dni od zawarcia Umowy wykonawca zobowiązany będzie do sporządzenia Kosztorysu Szczegółowego zgodnego cenowo z ofertą i RCO. Jak wskazano też w ww. postanowieniu: „Zatwierdzony Kosztorys Szczegółowy będzie służył do ustalenia wysokości płatności częściowych zgodnie z Harmonogramem oraz wyceny zakresów i robót zaniechanych i dodatkowych zgodnie z § 22 ust. 3 Umowy”. Oznacza to, że RCO (obok oferty) jest dokumentem wyjściowym dla szczegółowego rozbitcia ceny w kosztorysach składających się na Kosztorys Szczegółowy, ale nie jest dokumentem samodzielnie przesądzającym o prawidłowości obliczenia ceny oferty.

Powyższego nie zmieniają pojedyncze zdania np. z rozdziału II podrozdziału 13 pkt 3 i 6 SWZ, które są powoływane przez Odwołującego wybiórczo bez uwzględnienia całej treści tych punktów (np. zdanie pierwsze i trzecie z pkt 6: „Cenę oferty, jak również poszczególne ceny jednostkowe podane w RCO, należy obliczyć uwzględniając całość wynagrodzenia Wykonawcy za prawidłowe wykonanie Umowy. (...) Cena oferty, jak również poszczególne ceny podane w RCO, obejmują także wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty”, bez powołania pozostałych zdań w pkt 6, w tym zdania drugiego: „Wykonawca jest zobowiązany skalkulować cenę na podstawie Opisu Przedmiotu Zamówienia, SWZ oraz Załącznika nr 8 do SWZ – „Wzoru Umowy”). Podobnie Odwołujący powołuje się tylko na § 3 ust. 2 pkt 12 projektu umowy, w którym wymieniono RCO, pomijając pełną treść tego ustępu: „Dokumenty stanowiące Umowę należy traktować jako wzajemnie wyjaśniające się i uzupełniające. W przypadku gdy z dokumentów składających się na Umowę wynikają różne od siebie obowiązki w tym samym zakresie, jednak nie są one ze sobą wzajemnie sprzeczne, Wykonawca jest obowiązany do wykonania każdego z nich. W przypadku wystąpienia sprzeczności pomiędzy postanowieniami dokumentów, w celu interpretacji pierwszeństwo będą miały dokumenty, znajdujące się wyżej na następującej liście:

- 1)Umowa;
- 2)Wymagania BIM;
- 3)Szczegółowy opis wykonania modelu 3D Studia Filmowego (VR);
- 4)Wytyczne dot. makiet;
- 5)Wytyczne dot. nagrywania postępów budowy;
- 6)Opis projektów zamiennych;
- 7)Opis wyłączenia systemu wirtualnej rzeczywistości;
- 8)SLA (Service Level Agreement);
- 9)Dokumentacja Projektowa;
- 10)SWZ wraz z wyjaśnieniami treści SWZ, jak również dokonanymi przez Zamawiającego na etapie postępowania zmianami jej treści;
- 11)Oferta Wykonawcy wraz z oświadczeniami i dokumentami złożonymi wraz z Ofertą;
- 12)RCO;
- 13)pozostałe dokumenty stanowiące integralną część Umowy, niewymienione powyżej.”

Z treści ww. ustępu 12 wynika, że RCO nie ma charakteru przesądzającego o obowiązkach wykonawcy, a w razie sprzeczności w tym zakresie wynikającej z różnych dokumentów, RCO jest dopiero na 12-tej pozycji pośród dokumentów podlegających interpretacji.

RCO nie wyznacza także zakresu świadczenia wykonawcy, o czym wprost stanowi fragment pod tabelą: „W niektórych pozycjach Zamawiający prosi o wyszczególnienie cen określonych urządzeń. Zamawiający zwraca uwagę, że nie są to wszystkie znajdujące się w OPISACH urządzenia wchodzące w skład danej pozycji, a jedynie te, których ceny Zamawiający chce poznać. Stąd też, pozycje objęte wyszczególnieniem nie sumują się do ceny pozycji nadrzędnej”. Skoro zatem Zamawiający jednoznacznie wskazał, że nie wszystkie elementy zamówienia są objęte pozycjami RCO, to nie można w oparciu o ten dokument czynić Przystępującemu zarzutu, że nie uwzględnił w swojej ofercie jakichś elementów. Również fakt, że ceny z niektórych podpozycji sumują się do ceny nadrzędnej w RCO nie dowodzi, że Przystępujący pominął jakieś elementy przedmiotu zamówienia. Ww. postanowienie oznacza, zdaniem Izby, że ceny z podpozycji nie muszą sumować się do ceny z pozycji nadrzędnej, skoro nie wszystkie elementy objęte przedmiotem zamówienia są w ogóle uwzględnione w RCO, niemniej jednak, z uwagi choćby na oferowanie określonych elementów w kompletach z innymi elementami nie przewidzianymi wprost w RCO, możliwość zsumowania się tych cen nie została wyłączona. Powyższa możliwość „kompletowania” elementów wymienionych w RCO z innymi, a także fakt, że niektóre elementy mogą się pojawić w kilku podpozycjach RCO (zgodnie z przykładami podanymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie) powoduje też, że możliwe jest nawet przekroczenie łącznej ceny wskazanej w pozycji nadrzędnej. Nie świadczy to jednak, w świetle ww. postanowień SWZ, o wadliwym wypełnieniu RCO przez Przystępującego, w tym również w pozycjach 10.4. i 10.5.

Reasumując, ustalony powyżej charakter RCO i określone przez Zamawiającego zasady jego wypełnienia, nie pozwalają na przyjęcie, że Przystępujący sporządził go wadliwie i że dopuścił się błędu w obliczeniu ceny lub że jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia (zarówno z powodu nieuwzględnienia jakichś elementów przedmiotu zamówienia, jak i z powodu prezentacji wyceny). Dlatego Izba uznała zarzut za niezasadny i oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Zarzut dotyczący art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 3 ust. 1 uzhk.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego złożenia przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, należy zauważyć, że ww. zarzut opiera się na stwierdzeniu, że:

- maksymalny zakres zamówienia, który na pewno będzie realizowany (50% wynagrodzenia brutto) obejmuje roboty budowlane, natomiast zakres, z którego Zamawiający może zrezygnować (pozostałe 50%) dotyczy dostaw specjalistycznego sprzętu,
- Przystępujący posiadając wiedzę na temat tego, z jakiej części zamówienia Zamawiający ew. może zrezygnować, celowo zaniżył ceny za dostawę sprzętu, a zawiążył ceny za roboty budowlane.

Z przedstawionego przez Odwołującego dowodu nr 1, tj. fragmentu odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1982/23, rzeczywiście wynika, że część zamówienia, z której Zamawiający może zrezygnować obejmuje najprawdopodobniej dostawę specjalistycznego sprzętu, o czym świadczy treść pkt 8 tej odpowiedzi: „(...) Przedmiotowe zamówienie obejmuje, oprócz robót budowlanych mających doprowadzić do powstania obiektu budowlanego, bardzo dużą część dostaw specjalistycznego sprzętu i oprogramowania stanowiącego wyposażenie realizowanego obiektu budowlanego, które wiąże się w określonych branżach z tzw. częścią budowlaną zadania. Ilość, jakość i wysoka cena tego wyposażenia wpływają na szacowaną wartość zamówienia, która w części dot. dostaw może zbliżyć się właśnie do 50%. (...) Zamawiający nie przewiduje konieczności wyłączenia z zakresu zamówienia znacznych części robót budowlanych. Mając jednak na uwadze specyfikę rynku dostaw specjalistycznego oprogramowania kinotechnicznego Zamawiający musiał przewidzieć odpowiednie postanowienia Wzoru Umowy, pozwalające mu na uzasadnione i racjonalne ograniczenie zakresu rzeczowego zamówienia w sytuacji, gdyby takie dostawy okazały się zbędne. (...)”.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał jednak, że w ofercie Przystępującego doszło rzeczywiście do zniżenia cen za dostarczany sprzęt i do zawyżenia cen za roboty budowlane i że w konsekwencji – doszło do jakichkolwiek przesunięć cenowych między cenami za te części zamówienia.

Po pierwsze, należy zauważyć, że cena Przystępującego za roboty budowlane wskazana w poz. 1 RCO wynosi 41.878.736,63 zł netto, podczas gdy średnia z tej pozycji wynikająca ze wszystkich RCO wynosi 40.923.840,17 zł netto. Oznacza to, że wartość robót budowlanych w RCO Przystępującego stanowi ok. 102% średniej wartości ze wszystkich RCO, co trudno uznać za wynik świadczący o zawyżeniu ceny i o dokonywaniu jakichś przesunięć cenowych. Już zatem tylko ten fakt nie pozwala stwierdzić, że zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji jest zasadny.

Po drugie, Odwołujący prawidłowo wyliczył, że w RCO Przystępującego wartość pozycji dotyczących technologii scenicznych stanowi ok. 15% wartości ceny oferty, ale nie można pominąć tego, że w przypadku pozostałych wykonawców wartość ta mieści się w granicach 19% - 23%. Różnica nie jest więc na tyle istotna, aby można było uznać, że Przystępujący zaniżył ceny za specjalistyczny sprzęt i dopuścił się jakichś przesunięć cenowych.

Niezależnie od powyższego, Izba podtrzymuje wszystkie wyżej opisane (przy poprzednim zarzucie) ustalenia dotyczące RCO, zwłaszcza co do jego informacyjnego charakteru i tego, że jest on dokumentem wyjściowym do wskazania ostatecznych szczegółowych cen w Kosztorysie Szczegółowym, co oznacza, że wymienione w nim ceny nie mogą na tym etapie dowodzić przesuwania cen między pozycjami. Nie można zatem na podstawie tego dokumentu jednoznacznie stwierdzić wystąpienia okoliczności świadczących o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Z powyższych względów Izba odmówiła mocy dowodowej dowodom złożonym przez Odwołującego w postaci ofert dostawców i zestawienia z tych ofert (dowody 2a – 2d), gdyż nie potwierdzają one zasadności zarzutu zawyżenia cen za roboty budowlane i w świetle charakteru RCO nie są przydatne do stwierdzenia zniżenia cen za specjalistyczny sprzęt.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania, że Przystępujący złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Dlatego też odwołanie zostało w zakresie tego zarzutu oddalone.

Zarzut dotyczący art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Podniesiony przez Odwołującego zarzut dotyczy tego, że Przystępujący nie wskazał w wykazie robót, że inwestycja polegająca na budowie hali widowiskowo-sportowej w Szczecinie, była realizowana w ramach konsorcjum, co miało wprowadzić Zamawiającego w błąd i stanowić podstawę wykluczenia Przystępującego z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Po pierwsze zatem, należy stwierdzić, że zgodnie z ww. przepisami wprowadzenie zamawiającego w błąd skutkuje wykluczeniem z postępowania jedynie wtedy, gdy mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie istotny wpływ na decyzje zamawiającego mogłaby mieć tylko taka sytuacja, w której Przystępujący zataiłby informację o zdobyciu doświadczenia w ramach konsorcjum, a jednocześnie okazałoby się, że działając w tym konsorcjum nie wykonywał prac koniecznych do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem Odwołujący takiego zarzutu nie postawił i konsekwentnie nawet nie starał się takich okoliczności wykazywać. Nie może być zatem mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w sposób skutkujący wykluczeniem Przystępującego z postępowania.

Po drugie, należy zauważyć, że Zamawiający przygotowując wzór wykazu robót nie przewidział miejsca na wpisanie informacji, w jakiej formule działał wykonawca przedstawiający swoje doświadczenie. Trudno zatem zarzucać Przystępującemu, że wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez brak podania informacji, której Zamawiający nie żądał.

Po trzecie, Przystępujący przedstawił dowód w postaci aneksu z dnia 28.03.2011 r., którym dokonano zmiany umowy konsorcjum z dnia 04.01.2010 r. w zakresie uprawnień i obowiązków w stosunkach wewnętrznych między Konsorcjantami a Liderem Konsorcjum i m.in. z § 1 ust. 2 tego aneksu wynika, że od dnia jego zawarcia Konsorcjanci nie będą wykonywali robót budowlanych, a odpowiedzialność za ich wykonanie przejmuje Lider Konsorcjum, czyli obecny Przystępujący. W tym stanie rzeczy tym bardziej nie można twierdzić, że Przystępujący w jakikolwiek sposób wprowadził Zamawiającego w błąd, skoro informacja o tym, że samodzielnie wykonał wskazane w wykazie roboty, jest zgodna ze stanem faktycznym.

Z uwagi na powyższe nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp i dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut dotyczący art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zakresie doświadczenia Specjalisty ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ).

Odwołujący podniósł, że Przystępujący niedbale przedstawił w wykazie osób informacje dotyczące Specjalisty ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ), co miało wprowadzić Zamawiającego w błąd i stanowić podstawę wykluczenia Przystępującego z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Niedbałość działania Przystępującego polega, wg Odwołującego, na tym że w wykazie osób Przystępujący jako doświadczenie ww.

specjalisty wskazał 4 różne inwestycje (Aula UMK w Toruniu, Aula Szkoły Muzycznej Warszawa, Aula szkoły Muzycznej w Toruniu, Teatr Horzycy Toruń), a w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, złożył nowy wykaz osób, w którym była już wskazana tylko jedna inwestycja – Zespół Państwowych Szkół Muzycznych przy ul. Rakowickiej w Warszawie.

W ocenie Izby zachowanie Przystępującego było prawidłowe, tj. udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wskazał jedną z ww. czterech inwestycji (Aula Szkoły Muzycznej Warszawa) i uszczegółowił dotyczące jej informacje wskazując w nowym wykazie osób, że chodzi o nową siedzibę Zespołu Państwowych Szkół Muzycznych w Warszawie, na Starym Mokotowie przy ul. Rakowickiej, gdzie miała miejsce rozbudowa i przebudowa budynku dawnego sierocińca oraz zmiana sposobu użytkowania na cele edukacyjne dla ww. Zespołu Szkół i w ramach tej inwestycji powstała nowoczesna sala koncertowa. Tym samym Przystępujący wyjaśnił Zamawiającemu, która spośród czterech podanych pierwotnie inwestycji spełnia warunek udziału w postępowaniu i nie ma znaczenia, że zrobił to w formie złożenia nowego wykazu osób. Należy przy tym zauważyć, że Przystępujący nie wskazał nawet żadnej nowej inwestycji w celu wykazania doświadczenia Specjalisty ds. automatyki budynku (w tym CCTV oraz PPOŻ), a jedynie doprecyzował informacje dotyczące jednej z nich, od początku wymienionej w wykazie osób. Dodatkowo należy podkreślić, że Odwołujący nie kwestionował tego, że inwestycja ta potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z kolei dowód nr 3 w postaci zestawienia szkół muzycznych działających na terenie Warszawy Izba oceniła jako nieprzydatny, gdyż liczba tych szkół nie ma znaczenia dla oceny zasadności zarzutu.

W tym stanie rzeczy nie można przyjąć, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd i że zachodzi przesłanka wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a w konsekwencji – odrzucenia jego oferty. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut dotyczący wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący postawił także zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty w zakresie, w jakim dotyczy ona technologii scenicznych, tj. elektroakustyki, kinotechniki, mechaniki scenicznej i oświetlenia scenicznego nazwanych przez Odwołującego „sercem obiektu” o wartości ok. 20% kosztorysu inwestorskiego. O ile zwłaszcza znaczenie przedmiotowe ww. elementów, może uzasadniać uznanie, że zarzut odnosi się do istotnej części składowej ceny oferty, o tyle nie można zgodzić się z pozostałą argumentacją Odwołującego.

W szczególności Odwołujący wyliczył, że wartość części technologicznej w ofercie Przystępującego wynosi ok. 15%, podczas gdy w pozostałych ofertach ok. 19% - 23%, jednak wbrew stanowisku Odwołującego, różnica ta nie może być, w ocenie Izby, uznana za „ekstremalną”. Odwołujący powołuje się też ponownie na zaniżenie cen za sprzęt specjalistyczny oraz zawyżenie cen za roboty budowlane, która to okoliczność z przyczyn wskazanych powyżej została już przez Izbę uznana za nieudowodnioną. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uznania, że zachodzą wątpliwości uzasadniające wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący złożył także dowody nr 2a-2d w postaci ofert trzech dostawców i zestawienia dotyczącego tych ofert, niemniej jednak dowody te pokazują, że nawet dostawcy na rynku różnie wyceniają te same elementy przedmiotu zamówienia. Już sam Przystępujący na rozprawie zauważył m.in. następujące różnice:

1) w pozycji 10.8.:

- ESS Audio wskazał cenę 2 626 685,82 zł,
- Kinekspert – 4 269 000 zł, a w drugiej jego ofercie - 3 169 000 zł,
- 4Vision – brak ceny,

2) w pozycji 10.4.2.:

- ESS Audio – 114 242,55 zł,
- Kinekspert - 1 259 067 zł,
- 4Vision – 1 259 067 zł,

3) w pozycji 10.3.3.:

- ESS Audio - 10 000 zł,
- Kinekspert - 130 000 zł,
- 4Vision – 130 000 zł,

Z powyższego wynika, że specjalistyczny sprzęt będący przedmiotem zamówienia może być różnie wyceniany i brak podstaw, by na podstawie ww. ofert dostawców oceniać cenę oferty Przystępującego jako niewiarygodną.

Ponadto z dowodu nr 7 obejmującego korespondencję z dostawcami nie wynika jednoznacznie, że Przystępujący nie mógł uzyskać od innego dostawcy niższych cen, niż wskazane w ofertach ESS Audio, Kineksperti 4Vision. Należy zauważyć, że wprawdzie firma 4vision pisze, że „wszyscy potencjalni wykonawcy, bez wyjątków, otrzymali taką samą ofertę handlową” (choć nie jest jasne, dlaczego odpowiedź jest z godziny 14.45, a pytanie z godziny późniejszej „4:25 PM” tego samego dnia), ale nie oznacza to, że pozostali dostawcy również oferowali takie same ceny wszystkim potencjalnym klientom. Nie jest też jasne, którzy dostawcy w ogóle złożyli ofertę handlową Przystępującemu, bo z jednej strony pracownik ESS Audio pisze, że „wg mojej wiedzy nikt z firmy ESS Audio nie składał oferty bezpośrednio wykonawcy Erbud w tym postępowaniu”, a z drugiej strony pracownik Kinekspert pisze, że „z tego co wiem, z Erbudem nie rozmawialiśmy i nie wysyłaliśmy tam żadnej oferty, widziałem, że złożona przez nich oferta była najniższa, wiem, że ESS Audio szykowało dla nich ofertę razem z Awaco”. Przy czym należy zauważyć, że obie ww. osoby posługują się zwrotami „wg mojej wiedzy” i „z tego co wiem”, co oznacza, że pochodzące od nich informacje nie są pewne. Tym samym dowód nr 7 nie potwierdza, że Przystępujący nie miał dostępu do niższych cen na rynku.

W tym miejscu należy zauważyć, że Przystępujący złożył jako dowód ofertę dostawcy, która nie może być przez Izbę szczegółowo omówiona z uwagi na to, że została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dowód ten zawiera ceny, które m.in. w zakresie sali efektów specjalnych i oprogramowania do efektów specjalnych (kwestionowane przez Odwołującego pozycje 10.4. i 10.4.2.) uzasadniają ceny zawarte w RCO Przystępującego.

W świetle powyższych okoliczności Izba uznała, że nie zachodzi konieczność wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty w oparciu o art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut dotyczący art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp w zakresie wykazu osób.

Odwołujący podniósł, że Przystępujący w wykazie osób wskazał osoby, dla których nie określił szczegółowo, w jakim okresie pełniły one funkcje na wskazanych inwestycjach, a dodatkowo zauważył, że w przypadku Kierownika Kontraktu podano okres realizacji: 12.2014-09.2017, zaś na stronie internetowej Przystępującego wskazany jest okres: 10.2014 – 06.2017, a poza tym Przystępujący powinien był podać daty pełnienia funkcji przez tę osobę, tj. od daty przekazania placu budowy.

Przed wszystkim Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby doświadczenie zawodowe wszystkich

wymaganych osób obejmowało pełnienie funkcji:

- w przypadku osób wskazanych w ppkt. 1 i 2 - przez cały okres procesu budowy, tj. od daty przekazania placu budowy do dnia zakończenia czynności końcowego odbioru robót,
- w przypadku osób wskazanych w ppkt od 3) do 7) - przez cały okres realizacji robót danej branży lub specjalizacji.

Jednocześnie we wzorze wykazu osób Zamawiający nie przewidział miejsca na wpisanie okresu pełnienia funkcji przez daną osobę. Zamawiający żądał jedynie wpisania okresu realizacji inwestycji, w ramach której dana osoba zdobyła doświadczenie, natomiast nie żądał informacji o okresie pełnienia przez nią funkcji. Powyższe jest zgodne z art. 124 pkt 2 ustawy Pzp, z którego wynika, że nawet w przypadku opisanego określonych warunków udziału w postępowaniu zamawiający mogą, ale nie muszą, żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie ich spełnienia. W tym wypadku zatem Zamawiający opisał warunek dotyczący wymaganego okresu pełnienia funkcji przez daną osobę w ramach wykazywanego dla niej doświadczenia, ale zrezygnował z żądania złożenia podmiotowego środka dowodowego w tym zakresie, o czym świadczy brak zostawienia w wykazie osób miejsca na wpisanie takiej informacji. Już tylko ten fakt, tj. brak żądania podania przez wykonawców informacji o okresie pełnienia funkcji przez daną osobę, powoduje, że postawiony zarzut jest niezasadny. W konsekwencji nie ma podstaw do tego, by Zamawiający wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień lub do uzupełnienia wykazu osób o informacje, których uprzednio nie żądał.

Z tego też powodu dowód złożony przez Przystępującego w postaci oświadczeń pięciu osób wymienionych w wykazie osób (oraz jednej niewymienionej w tym wykazie), o tym że pełniły one funkcje przez cały okres realizacji robót w danej branży, należy uznać za nieprzydatny, a co najmniej nadmiarowy, bo Przystępujący, ani inni wykonawcy nie byli zobowiązani wykazywać tego faktu w drodze składania jakichkolwiek dokumentów. Konieczność udowodnienia tego za pomocą np. oświadczeń lub innych dokumentów mogłaby zaistnieć, gdyby powstały wątpliwości co do okresu pełnienia funkcji przez daną osobę, ale taki zarzut Odwołujący sformułował tylko w stosunku do Kierownika Kontraktu. W tym zakresie Odwołujący przedstawił jako dowód wydruk informacji o przebiegu inwestycji wraz z podaniem linka do strony internetowej KompasInwestycji.pl. Z informacji tych wynika, że plac budowy został przejęty przez Przystępującego w dniu 05.11.2014 r., podczas gdy w wykazie osób wpisano okres realizacji 12.2014-09.2017. Izba podzieliła jednak argumentację Zamawiającego, zgodnie z którą dowód w postaci takich informacji z podaniem linka do ww. strony nie może być uznany za przesądzający o zasadności zarzutu, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że w celu podważenia spełnienia ww. warunku bardziej wiarygodne byłyby dowody w postaci np. dokumentów dotyczących wskazanej w wykazie osób inwestycji i zaangażowania do jej wykonania Kierownika Kontraktu, których Odwołujący jednak nie przedstawił.

Już tylko na marginesie należy zwrócić uwagę, że podnoszone na rozprawie pytanie nr 5 w zestawie nr 2 dotyczącym OPIW, nie dotyczyło wprost Kierownika Kontraktu, gdyż dotyczyło kierowników robót branżowych i osób określonych w warunku jako specjaliści, niemniej jednak w odpowiedzi na to pytanie Zamawiający podtrzymał dotychczasową treść warunku (m.in.: „od daty przekazania placu budowy”) w stosunku do osób z pkt 1 i 2, czyli także w stosunku do Kierownika Kontraktu.

Wobec powyższych ustaleń, w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp, dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Zarzut dotyczący art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp w zakresie wykazu robót.

Odwołujący sformułował zarzut poprzez wskazanie, że „należy mieć uzasadnione wątpliwości, czy robocizna budowlanej przedstawiłonej w wykazie inwestycji nie towarzyszyło wykonanie prac elektroakustycznych w znaczeniu nadanym przez Zamawiającego w przytoczonej odpowiedzi na pytanie. Wątpliwości te budzi w szczególności charakter i przeznaczenie hali (widowskowo-sportowa)”. Już samo ogólnikowe sformułowanie zarzutu, bez podania żadnych konkretnych okoliczności faktycznych, z których miałyby wynikać ww. „wątpliwości” powoduje, że trudno uznać ten zarzut za zasadny.

Niezależnie od powyższego sam Odwołujący przytacza definicję prac elektroakustycznych, podaną przez Zamawiającego w odpowiedzi nr 1 w zestawie nr 2 do OPIW, zgodnie z którą:

„Poprzez „prace elektroakustyczne”, o których mowa w Rozdziale II podrozdziale 7. pkt. 4 cz. A Opisu Potrzeb i Wymagań oraz Sekcji III pkt III.1.3) cz. A Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający rozumie między innymi prace (jedną lub kilka z prac) polegające na dostawie i montażu urządzeń systemu elektroakustycznego, wykonania systemu cyfrowej sieci audio-video do transmisji sygnałów, systemu rejestracji wielokanałowej, systemu sali zgrań dźwięku kinowego i kolaudacji, interkomu itp., wraz z wykonaniem połączeń, konfiguracją i strojeniem systemu w oparciu o pomiary akustyczne, konfigurację i oprogramowanie wszystkich urządzeń, instalacją oprogramowania, wykonaniem badań.

Montaż systemu nagłośnienia, związany bezpośrednio z funkcjonowaniem budynku, może zostać uznany przez Zamawiającego za „prace elektroakustyczne”, jeżeli w ramach tych prac zapewniono wykonanie połączeń, konfiguracji i strojenia systemu w oparciu o pomiary akustyczne, konfiguracji i oprogramowania wszystkich urządzeń oraz instalacji.

Wykaz prac i czynności typu: połączenia, konfiguracja, konfiguracja i oprogramowanie wszystkich urządzeń, instalacja oprogramowania strojenia, zamieszczonych wyżej ma charakter przykładowy i nie stanowi katalogu zamkniętego.”

Zamawiający wymienił zatem m.in. montaż systemu nagłośnienia jako prace elektroakustyczne, o ile spełnione zostały pozostałe warunki dotyczące tego montażu. Przystępujący złożył w tym zakresie dowód w postaci wyciągu z dokumentacji projektowej hali widowskowo-sportowej w Szczecinie, z której wynika, że realizowano w ramach tej inwestycji m.in. system DSO wraz z „pomiarą zrozumiałości mowy”. Zakres rzeczowy projektu obejmował:

- dobór i rozmieszczenie głośników DSO oraz komentatorów sportowych,
- konfiguracje centrali DSO,
- dobór linii głośnikowych systemu głośnikowego komentatorskiego,
- system nagłośnienia komentatora sportowego,
- instalacja linii głośnikowych i montaż głośników systemu DSO,
- instalacje linii głośnikowych i montaż głośników systemu komentatorskiego,
- integracje systemu DSO z systemem sygnalizacji pożarowej SAP,
- zasilanie systemu DSO,
- wytyczne zasilania systemów komentatorskich.

Ponadto z pkt 3.3.2. projektu wykonawczego wynika, że był też wykonany system nagłośnienia ogólnego i system sterowania urządzeniami. W świetle zatem definicji podanej przez Zamawiającego (abstrahując od braku sformułowania konkretnego zarzutu przez Odwołującego) nie ma podstaw, by uznać, że wskazana przez Przystępującego inwestycja w Szczecinie nie obejmowała prac elektroakustycznych.

Jednocześnie Izba odmówiła mocy dowodowej dowodom złożonym przez Odwołującego na rozprawie w postaci porównania fragmentów z ogólnych opisów przedmiotu zamówienia hali widowskowo-sportowej w Szczecinie i z

niniejszego postępowania oraz w postaci tabeli elementów scalonych i pierwszej strony Tabeli Elementów Rozliczeniowych, ponieważ ich treść nie podważa tego, że Przystępujący wykonał m.in. system DSO spełniający – wg definicji Zamawiającego - wymogi uznania za prace elektroakustyczne.

W świetle powyższych ustaleń, w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp, dlatego odwołanie w zakresie tego zarzutu zostało oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Koszty zasądzone na rzecz Zamawiającego obejmują koszty wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł) oraz koszty dojazdu na rozprawę (1003,11 zł).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....

.....